

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AktG 1965, §§ 17, 57, 116; BGB § 31

- a) Ein beherrschender Einfluß im Sinne von § 17 AktG muß gesellschaftsrechtlich bedingt oder zumindest vermittelt sein. Eine durch Austauschbeziehungen, zum Beispiel einen Kreditvertrag, begründete rein wirtschaftliche Abhängigkeit reicht hierfür nicht aus. Durch sie kann sich lediglich ein ohnehin schon bestehender gesellschaftsinterner Einfluß zu einem beherrschenden Einfluß verstärken.
- b) Die vom Senat entwickelten Grundsätze über die Behandlung kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen sind auf eine Aktiengesellschaft sinngemäß anzuwenden, wenn der Gläubiger an ihr unternehmerisch beteiligt ist. Davon ist regelmäßig bei einem Aktienbesitz von mehr als 25 % des Grundkapitals auszugehen. Bei einer darunter liegenden, aber nicht unbeträchtlichen Beteiligung kann ein Gesellschafterdarlehen als haftendes Kapital einzustufen sein, wenn die Beteiligung in Verbindung mit weiteren Umständen dem Gläubiger Einfluß auf die Unternehmensleitung sichert und er ein entsprechendes unternehmerisches Interesse erkennen läßt.
- c) Auch wenn eine Gesellschaft ein Mitglied ihres Vertretungsorgans für den Aufsichtsrat einer anderen Gesellschaft vorgeschlagen hat, haftet sie nicht, wenn der von ihr Vorgeschlagene bei der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben als Aufsichtsratsmitglied pflichtwidrig ihren Interessen den Vorrang gibt und dadurch die andere Gesellschaft schädigt (Bestätigung von BGHZ 36, 296, 309 ff).

BGH, Urt. v. 26. März 1984 - II ZR 171/83 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

27

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 171/83

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
26. März 1984
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Rechtsanwalts und Diplom-Kaufmanns Friedrich
Wilhelm M. in seiner Eigenschaft als Konkurs-
verwalter über das Vermögen der B. - und M. AG,
C. -straße 21, D. ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. B. -
und Dr. K. -

gegen

die W. - L. -G. , gesetzlich
vertreten durch ihren Vorstandsvorsitzenden
Friedel N. und den stellvertretenden Vorstands-
vorsitzenden Dr. Ludwig T. ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. B. ,
Dr. O. und J. -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 1984 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. Juni 1983 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

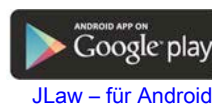
Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der B- und M- AG (BuM), über das am 1. Juni 1979 das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Er verlangt von der verklagten Bank Zahlung zur Konkursmasse in Höhe von 70.638,230 DM.

Die Beklagte war die wichtigste Hausbank und Hauptkreditgeberin von BuM. An dieser war sie in wechselnder Höhe - im Jahre 1977 höchstens bis zu 20,5 % des Grundkapitals - als Aktionärin beteiligt. Seit 1974 hatte BuM wachsend mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu kämpfen, die ihre



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



Liquidität beeinträchtigten. Von April 1977 an überzog sie ihre von der Beklagten eingeräumte Kontokorrentlinie von 20.000.000 DM bis zu einem am 21. Dezember 1977 erreichten Höchststand (einschließlich Kontokorrentkredit) von etwa 87.000.000 DM. Das geschah im Einvernehmen mit der Beklagten unter der Zusage, die Überziehungen bis zum Jahresende 1977 vollständig zurückzuführen. Darüber hinaus verkaufte BuM der Beklagten im Wege sogenannter Forfaitierung Forderungen gegen ausländische Auftraggeber im Gesamtbetrag von etwa 40,1 Mio DM, den die Beklagte Ende September 1977 auf dem Kontokorrentkonto von BuM gutschrieb.

Zum Jahresende 1977 betrieb BuM verstärkt den Einzug von Außenständen. Im Interesse der versprochenen Kreditrückführung stellte sie zugleich die Bezahlung von Verbindlichkeiten bis zum Jahresende zurück. Von den Zahlungseingängen auf ihren Konten bei der C bank AG übertrug sie in der Zeit von Mitte bis Ende Dezember 1977 insgesamt 36 bis 39 Mio DM auf ihr Kontokorrentkonto bei der Beklagten. Am 29. Dezember 1977 erhielt sie nach erheblichen Anstrengungen einen Scheck über 36.027.155,25 DM aus Saudi-Arabien für Bauleistungen an dortigen Sportstätten. Die Schecksumme wurde bei der Beklagten zunächst auf ein für diese Leistungen eingerichtetes Sonderkonto verbucht und dann zum 30. Dezember 1977 dem laufenden Konto von BuM gutgeschrieben. Nach dem Vortrag des Klägers verstieß die Umbuchung gegen Vereinbarungen zwischen der Beklagten, einem von ihr geleiteten Bankenkonsortium und BuM. Auf dem laufenden Konto von BuM gingen ferner zwei Zahlungen ihrer nigerianischen Tochtergesellschaft, der M C N (MCC), ein, und zwar am 29. Dezember 1977 über 7.902.996 DM und am 4. Januar 1978

über 8.599.703,61 DM. Die letztgenannte Zahlung wurde mit Wertstellung zum 30. Dezember 1977 verbucht, jedoch nicht mehr in den Jahresabschlußsaldo 1977 einbezogen. Weitere Zahlungseingänge wurden in ähnlicher Weise behandelt.

Am 6. Januar 1978 belastete die Beklagte das Kontokorrentkonto von BuM mit 33.318.245,28 DM. Das war der Betrag der noch nicht realisierten Forderungen aus dem Forfaitierungsgeschäft von September 1977. Durch schriftliches Angebot vom 29. Dezember 1977, das die Beklagte nach Zugang sofort annahm, hatte BuM diese Forderungen von der Beklagten zurückgekauft. Der Betrag wurde mit Wertstellung zum 30. Dezember 1977 noch im Jahresabschlußsaldo 1977 verrechnet.

Damit hatte BuM durch Zahlungen von über 100 Mio DM zum Jahreswechsel 1977/1978 die Überziehungen bei der Beklagten unter die Kontokorrentlinie von 20 Mio DM sowie den Betrag der zurückgekauften Auslandsforderungen zurückgeführt.

Am 30. Dezember 1977 beschloß der Vorstand der Beklagten, BuM die Ende 1977 auslaufende Kontokorrentkreditlinie von 20 Mio DM von Januar 1978 an weiterzubelassen und im Vorgriff auf angestrebte Finanzhilfen auf 40 Mio DM zu erhöhen, weitere Überziehungen jedoch nicht mehr zu gestatten.

Da dies nicht ausreichte, den Liquiditätsbedarf von BuM für 1978 zu decken und Bemühungen um einen Konsortialkredit sowie um eine Patronatserklärung der Hauptaktionärin von BuM erfolglos blieben, beantragte BuM Ende Januar 1978

mit Unterstützung der Beklagten eine Ausfallbürgschaft des Landes Nordrhein-Westfalen für ein Darlehen in Höhe von 100 Mio DM. Diese Bürgschaft wurde am 7. März 1978 bewilligt und führte dazu, daß BuM von einem Bankenkonsortium einen langfristigen Kredit von 100 Mio DM erhielt, der zu 70 % durch die Ausfallbürgschaft und im übrigen dinglich abgesichert war. Nachdem die Mittel daraus bald erschöpft waren, geriet BuM erneut in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Im Juli 1978 beantragte sie eine Bundesbürgschaft. Diese wurde mit der Auflage einer beträchtlichen Kapitalerhöhung bewilligt. Auch die der BuM daraufhin zufließenden Mittel reichten zu einer dauerhaften Konsolidierung nicht aus, so daß sie am 3. April 1979 den Antrag auf Konkurseröffnung stellen mußte.

Der Kläger hat am 2. Juni 1980 gegen die Beklagte einen Mahnbescheid über die Klagesumme mit der Begründung erwirkt, BuM habe den Betrag zum Jahreswechsel 1977/1978 an die Beklagte mit der dieser bekannten Absicht der Gläubigertenachteiligung zur Abdeckung eines Überziehungskredits und zum Rückkauf sogenannter forfaitierter Forderungen geleistet (§ 37 Abs. 1, § 31 Nr. 1 KO), davon 36.027.155 DM aus der Gutschrift des Saudi-Schecks, 26.011.372 DM aus der Überweisung von Guthaben bei der C bank AG und 8.599.703 DM aus der Überweisung der MCC vom 3./4. Januar 1978. Nach Widerspruch der Beklagten gegen den Mahnbescheid hat der Kläger seinen Zahlungsanspruch mit der Behauptung, BuM sei erkennbar überschuldet, unterkapitalisiert, zahlungsunfähig und kreditunfähig gewesen, weiterhin auf den Gesichtspunkt der verbotenen Rückgewähr kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, auf eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung der

Gläubiger durch die bevorzugte Erfüllung von Ansprüchen der Beklagten und durch Konkursverschleppung, auf Verstöße des Vorstandsmitglieds der Beklagten Grothgar gegen seine Pflichten als Aufsichtsratsmitglied von BuM sowie auf die §§ 311, 317 AktG gestützt und dazu behauptet, die Beklagte habe als herrschendes Unternehmen im Sinne dieser Bestimmungen die von ihr abhängige BuM zu nachteiligen Handlungen veranlaßt.

Beide Vorinstanzen haben die auf Zahlung von 70.638.230 DM mit Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen

Soweit die Klage auf den Gesichtspunkt der verbotenen Rückgewähr kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen gestützt ist, betrifft sie den Überziehungskredit, den BuM bei der Beklagten im zweiten Halbjahr 1977 über einen Kontokorrentkredit von 20 Mio DM hinaus in Anspruch genommen und zum Jahresende zurückgeführt hat (Klageschrift S. 116 ff, 118, Urteilstatbestand S. 9). Nach Ansicht des Berufungsgerichts (Urteilsabdruck ZIP 1983, 786 = WM 1983, 873 = NJW 1983, 2887, bespr. v. H. P. Westermann, ZIP 1983, 1281; Urt. d. LG: ZIP 1981, 601, bespr. v. H. P. Westermann, KTS 1982, 165) greift dieser Gesichtspunkt nicht durch. Das ist im Ergebnis richtig. Die hierfür gegebene Begründung ist jedoch rechtlich nicht haltbar, wie die Revision insoweit zutreffend rügt.

1. Keine Grundlage besteht für die Ansicht des Berufungsgerichts, der Gesetzgeber habe dadurch, daß er die Vorschriften über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der GmbH-Novelle vom 4. Juli 1980 (BGBl. I 836) auf die Rechtsformen der GmbH und der handelsrechtlichen Personengesellschaften ohne voll haftende natürliche Person (§§ 129 a, 172 a HGB) beschränkt hat, den Willen zu erkennen gegeben, die Anwendung entsprechender Grundsätze auf Aktionärsdarlehen auch im Wege der Rechtsfortbildung auszuschließen. Jene Vorschriften sind als Teil einer ursprünglich geplanten völligen Neuregelung des GmbH-Rechts ganz auf die Rechtsform der GmbH zugeschnitten. Sie greifen Gedanken auf, wie sie namentlich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum kapitalersetzenden Darlehen in der GmbH und der GmbH & Co. entwickelt hat. Mit der Frage, wie es sich mit solchen Darlehen in einer Aktiengesellschaft verhält, hat sich der Gesetzgeber weder positiv noch negativ befaßt. Die Vorschriften der GmbH-Novelle geben deshalb für die Beurteilung von Aktionärsdarlehen nichts her, geschweige denn für die Behandlung von Darlehen, die vor dem 1. Januar 1981 gewährt und zurückgezahlt wurden und auf die sich nach der insoweit klaren Übergangsvorschrift des Artikel 12 § 3 des Gesetzes vom 4. Juli 1980 schon in der GmbH die Neuregelung nicht erstreckt.

2. Hiernach entfällt einerseits eine unmittelbare oder auch nur entsprechende Anwendung der §§ 32 a, 32 b GmbHG und des § 32 a KO auf den Überziehungskredit, den die Beklagte in der zweiten Hälfte des Jahres 1977 BuM gewährt hat. Auf der anderen Seite verbieten diese Bestimmungen es nicht, nach ähnlichen Rechtsgrundsätzen, wie sie die Rechtsprechung für die GmbH entwickelt hat, Gesellschafterdarlehen auch in der Aktiengesellschaft unter bestimmten

Voraussetzungen einer Kapitalbindung zu unterwerfen. Allgemeine Erwägungen sprechen ebenfalls nicht gegen, sondern für diese Möglichkeit (Immenga, ZIP 1983, 1405, 1409 ff; K. Schmidt, ZHR 1983, 168, 173 ff und AG 1984, 12 ff; Bungeroth in Geßler/Hefenmehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, § 57 Anm. 21; aM Claussen, ZHR 1983, 195, 201 f.; stark einschränkend Obermüller, Die Bank im Konkurs ihres Kunden, 2. Aufl. Rdn. 699 ff und ZIP 1982, 915, 920; vgl. auch Ulmer, Diskussionsbeiträge auf dem 54. Dt. Jur.tag, Verhandlungen Bd. II - Sitzungsberichte -, 1982, M 147).

Jene Rechtsgrundsätze sollen verhindern, daß die gesetzlichen Kapitalschutzvorschriften ihrem Zweck nach durch die Hergabe von Darlehen anstelle fehlenden Eigenkapitals unterlaufen werden. Dieser Gedanke kann in der Aktiengesellschaft ebenso wie in der GmbH Bedeutung erlangen. Dem stehen die vom Berufungsgericht vermerkten Strukturunterschiede zwischen den beiden Rechtsformen nicht grundsätzlich entgegen. Richtig ist, daß der Kapitalschutz in der Aktiengesellschaft wesentlich stärker ausgeprägt ist als in der GmbH. Während in der GmbH lediglich das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht ausgeschüttet werden darf (§ 30 GmbHG), verbieten die §§ 57, 58 Abs. 5 AktG die Ausschüttung des gesamten Gesellschaftsvermögens mit Ausnahme des ordnungsgemäß festgestellten Bilanzgewinns. Zu diesem gesicherten Vermögen gehört namentlich auch die (in der GmbH nicht vorgeschriebene) gesetzliche Rücklage (§ 150 AktG). Zu einem verstärkten Gläubigerschutz tragen ferner die größtenteils zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften über die Aufstellung, Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses und die allgemein größere Publizität der Vermögens- und Ertragsentwicklung bei.

Diese Verschiedenheiten rechtfertigen jedoch nicht den vom Berufungsgericht gezogenen Schluß, in der Aktiengesellschaft sei ein zusätzlicher Gläubigerschutz durch die Einbeziehung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in das haftende Vermögen überhaupt entbehrlich. Auch die strengen Kapitalerhaltungsvorschriften des Aktienrechts können nicht immer verhindern, daß gebundenes Vermögen verbraucht wird und dann ein verstärkter Kapitalbedarf auftritt; das zeigt der vorliegende Fall. Ebensowenig schließen die aktienrechtlichen Publizitätsvorschriften unbedingt die Gefahr aus, daß anstelle dringend benötigter Eigenmittel gegebene Gesellschafterdarlehen über eine akute Krise des Unternehmens hinwegtäuschen. Gerade dann erweist sich ein Schutz der Gesellschaftsgläubiger, der Aktionäre und der Gesellschaft selbst gegenüber einem vorzeitigen Abzug solcher Mittel als besonders dringlich. Inwiefern dabei dem Umstand Bedeutung zukommt, daß die Ausschüttungssperre des § 57 AktG und die entsprechende Sanktion des § 62 AktG weiter gehen als die der §§ 30, 31 GmbHG. berührt nicht die Notwendigkeit eines solchen Schutzes, sondern lediglich die hier nicht zu erörternde Frage nach seinem Umfang (vgl. hierzu K. Schmidt, ZHR 1983, 175 und AG 1984, 15 gegen Westermann, ZIP 1982, 379, 387; Immenga aaO S. 1411 f.).

3. Zu berücksichtigen sind freilich weitere Besonderheiten, die eine schematische Übertragung der für Gesellschafterdarlehen in einer GmbH entwickelten Regeln auf die Aktiengesellschaft verbieten. So ist vor allem die Rechtsstellung des Gesellschafters in einer Aktiengesellschaft eine wesentlich andere als in der GmbH, wenn man jeweils vom typischen Erscheinungsbild ausgeht. Gegenüber der Geschäftsleitung haben die Aktionäre weder eine Weisungs-

befugnis noch ein laufendes Informationsrecht auch außerhalb der Hauptversammlung und der dort anstehenden Tagesordnung (vgl. § 131 AktG gegen § 51 a GmbHG). Ihre Möglichkeiten, auf die Kapitalentwicklung der Gesellschaft Einfluß zu nehmen, sind rechtlich und tatsächlich begrenzt. Dementsprechend geringer sind in der Regel auch die Bindung des einzelnen Aktionärs an die Gesellschaft und seine Verantwortlichkeit für deren Schicksal. Das gilt namentlich für die - weitgehend anonym bleibende - Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft, deren Aktien frei gehandelt werden. Hier ist, jedenfalls für einen Kleinaktionär, gewöhnlich nicht das Interesse an unternehmerischer Betätigung, sondern an einer möglichst günstigen Kapitalanlage maßgebend. Unterschiede bestehen ferner in der Art und Weise der Kapitalaufbringung: Die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen ist für die Aktiengesellschaft nicht so typisch wie für die GmbH. Dafür bestehen vielfältige Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung über die Börse.

Diese rechtsformbedingten Eigentümlichkeiten erfordern eine besondere Prüfung, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafterdarlehen in der Aktiengesellschaft überhaupt als Kapitalersatz zu betrachten ist (K. Schmidt, ZHR 1983, 174; Immenga aaO S. 1407 ff).

4. Ausgangspunkt für die hiernach notwendige gesonderte Beurteilung von Aktionärsdarlehen im Hinblick auf ihre Kapitalersatzfunktion müssen die Überlegungen sein, aus denen der Senat Gesellschafterdarlehen in der GmbH unter bestimmten Voraussetzungen haftendem Eigenkapital gleichgestellt hat. Mit dieser Gleichstellung soll verhindert werden, daß ein Gesellschafter, der die notleidende Gesell-

schaft nicht durch die sonst gebotene Hergabe fehlenden Eigenkapitals, sondern durch Darlehen über Wasser zu halten sucht, das damit verbundene Finanzierungsrisiko auf außen stehende Gläubiger abwälzen kann; ein solcher Gläubiger soll nicht in der Erwartung, sein Geld aufgrund besserer Informationsmöglichkeiten notfalls noch beizeiten in Sicherheit bringen zu können, auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger spekulieren dürfen. Hat er das Darlehen anstelle der dringend benötigten Eigenmittel gegeben, um der Gesellschaft das Überleben zu ermöglichen, und hat er so den Anschein ausreichender Kapitalausstattung hervorgerufen, so setzt er sich entgegen Treu und Glauben und dem Zweck der gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften in Widerspruch zu seinem Verhalten, wenn er der Gesellschaft die Darlehensvaluta wieder entzieht, bevor der mit ihrer Hergabe verfolgte Zweck nachhaltig erreicht ist (BGHZ 31, 258, 268 ff; 67, 171, 174 f.; 75, 334, 336 f., 339; 76, 326, 329).

Alle diese Überlegungen, von denen teils die eine, teils die andere in den einzelnen Entscheidungen des Senats stärker im Vordergrund steht, lassen sich im Kern auf ein und denselben Gedanken zurückführen: Es ist die Verantwortung des Gesellschafters für eine ordnungsmäßige Unternehmensfinanzierung, die ihn in der Krise zwar nicht positiv verpflichtet, fehlendes Kapital aus seinem Vermögen nachzuschießen, der er sich aber nicht in der Weise zum Nachteil der Gläubiger entziehen kann, daß er bei einer tatsächlich beabsichtigten Finanzhilfe, anstatt sie durch die objektiv gebotene Einbringung haftenden Kapitals zu leisten, auf eine andere, ihm weniger riskant erscheinende Finanzierungsform ausweicht (K. Schmidt, Gutachten zum

54. Dt. Jur.tag, 1982, D. 107 und ZHR 1983, 178 ff; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 30 Rdn. 12, 84).

5. Überträgt man diese Gedanken auf die Aktiengesellschaft, so ergibt eine auf die Rechtsform abgestellte Betrachtung, daß an die Einstufung von Gesellschafterdarlehen als haftendes Kapital hier allgemein schärfere Anforderungen zu stellen sind als in der GmbH. So leuchtet ohne weiteres ein, daß ein Bankkredit, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht schon deshalb als Kapitalersatz zu behandeln sein kann, weil die kreditgebende Bank im Rahmen ihres Wertpapiergeschäfts mehr oder weniger zufällig auch einige Aktien des Schuldnerunternehmens im Besitz hat. Dasselbe gilt für sonstige Gläubiger, zum Beispiel einen Lieferanten der Gesellschaft, der seine Kaufpreisforderung gestundet und ohne ersichtlichen Zusammenhang mit dieser Tatsache zugleich auch eine verhältnismäßig geringe Aktienbeteiligung zu Anlagezwecken über die Börse erworben hat oder nachträglich erwirbt. In solchen Fällen fehlt es an einer durch die Beteiligung vermittelten Unternehmerstellung, die eine Mitverantwortlichkeit für die seriöse Finanzierung der Gesellschaft begründen könnte. Eine solche, die Kapitalausstattung einschließende unternehmerische Verantwortung setzt ein Mindestmaß an Einfluß voraus, wie ihn in der Regel nur ein größerer Aktienbesitz vermittelt.

Das bedeutet indessen nicht, daß eine Kapitalbindung von Aktionärsdarlehen mit den Vorinstanzen nur dann in Betracht zu ziehen wäre, wenn der Gläubiger die Möglichkeit gehabt hätte, von der Darlehensgewährung abzusehen und stattdessen eine Kapitalerhöhung durchzusetzen. Es kommt auch nicht darauf an, ob er sich wenigstens um eine solche Entscheidung bemüht hat (so Immenga aaO

S. 1410). Denn die Behandlung eines Gesellschafterdarlehens als Eigenkapital beruht nicht auf dem Vorwurf, der Gläubiger habe es versäumt, auf eine notwendige Kapitalerhöhung hinzuwirken. Ihr Grund liegt vielmehr darin, daß ein Gesellschafter sich tatsächlich zu einer Finanzhilfe entschlossen, für diese aber die für ihn scheinbar weniger riskante Form eines Darlehens gewählt hat, obwohl die Vermögenslage der Gesellschaft die Zufuhr echten Eigenkapitals erfordert hätte und ein außenstehend Geldgeber in sonst gleicher Lage nicht bereit gewesen wäre, der Gesellschaft zu denselben Bedingungen Kredit zu geben (vgl. BGHZ 81, 252, 263). Entscheidend ist also nicht die Wahlfreiheit zwischen einer Kapitalerhöhung und einer Finanzierung durch Darlehen, sondern zwischen einem finanziellen Beitrag überhaupt mit dem Risiko seiner Inanspruchnahme als haftendes Kapital und dem Absehen von jeglicher Finanzhilfe, was zu einer sofortigen für die Gläubiger unter Umständen günstigeren Liquidation der Gesellschaft führen kann (vgl. BGHZ 81, 252, 257).

Entschließt sich ein vor diesen beiden Möglichkeiten stehender Aktionär zu einem Finanzierungsbeitrag in Gestalt eines Darlehens, so wird hierin regelmäßig eine unternehmerische Entscheidung zu sehen sein, wenn der Aktionär über eine wesentliche Beteiligung verfügt, die ihm die Sperrminorität sichert; in diesem Fall ist das Darlehen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen als haftendes Kapital einzustufen. Denn ein Aktienbesitz von mehr als 25 % sichert seinem Inhaber ein unter Umständen ausschlaggebendes Mitspracherecht gerade auch in Angelegenheiten, die für die Geschicke der Gesellschaft besonders wichtig sind und über die daher die Hauptversammlung mit

qualifizierter Mehrheit zu beschließen hat. Der damit gegebene Einfluß läßt erfahrungsmäßig auf seiten des Aktionärs ein ihm entsprechendes Unternehmensinteresse vermuten. Dem trägt auch das Gesetz Rechnung, indem es an eine solche Beteiligung besondere Rechtsfolgen knüpft (vgl. z.B. §§ 19, 20, 21, 328 AktG; § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG 1983).

6. Eine so hohe Beteiligung an BuM hat die Beklagte unstreitig nie besessen. Bis Mitte 1977 hielt sie etwa 20,5 % des Grundkapitals, von denen nach ihrer - vom Kläger bestrittenen - Behauptung ein erheblicher Teil Treuhandbesitz gewesen sein soll (BU S. 3). Ende Juni 1977 verkaufte sie 7 % an die OGEM Holding N.V.. Dadurch sank ihr Eigenbestand auf höchstens 13,5 % (BU S. 60). Nach der Behauptung des Klägers hat sie allerdings ihrerseits wieder 7 % des von OGEM erworbenen Aktienbesitzes bis Anfang Februar 1978 als Aktiendarlehen übernommen (Klageschrift S. 33, 35). Auch nach dieser Darstellung war ihre Beteiligung an BuM nicht so hoch, daß sie ihr, für sich genommen, einen ausreichend ins Gewicht fallenden Einfluß und damit eine Unternehmerstellung innerhalb von BuM hätte sichern können.

Eine gemeinschaftliche Unternehmensbeteiligung könnte der Beklagten allerdings ihr Konsortialvertrag mit der R██████-Werke AG vom Jahre 1972 verschafft haben. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte dieser Vertrag aber in der hier maßgeblichen Zeit von Juli 1977 an seine wesentliche Grundlage dadurch verloren, daß R██████ ihren Aktienbesitz an BuM bis auf einen geringen

Rest von knapp 6 % an OGEM veräußert hatte und diese mit 44 % des Grundkapitals Hauptaktionärin von BuM geworden war. In dem Vertrag hatten sich seine Parteien unter anderem verpflichtet, im engsten Einvernehmen miteinander ihren Einfluß auf BuM in bestimmten Richtungen auszuüben; die in der Hauptversammlung, im Aufsichtsrat von BuM und dessen Ausschüssen anstehenden Fragen wollten sie jeweils vorher mit dem Ziel einer Übereinstimmung erörtern. Diese Abreden gingen von der tatsächlichen, bei einem Mehrheitsbesitz von zusammengerechnet über 70 % in der ersten Hälfte des Jahres 1977 noch gegebenen Möglichkeiten aus, gemeinsam auf die Geschäfte von BuM in der verabredeten Weise maßgeblich einzuwirken. Diese Voraussetzung entfiel mit dem Verkauf des größten Teils der Aktien und dem Eintritt eines neuen Großaktionärs. Es entsprach daher der wirklichen Sach- und Rechtslage, daß R. sich in einem Brief vom 5. Oktober 1977 an die Beklagte auf den Standpunkt stelle, der Konsortialvertrag sei überholt. Daß die Beklagte dem widersprochen habe, ist nicht vorgetragen.

7. Der nicht unbeträchtliche Aktienbesitz, den die Beklagte auch in der zweiten Hälfte des Jahres 1977 noch innehatte, könnte allerdings dann als Grundlage einer unternehmerischen Beteiligung anzusehen sein, wenn er der Beklagten in Verbindung mit weiteren Umständen einen fortbestehenden Einfluß auf die Unternehmensleitung gesichert und sie ein dementsprechendes unternehmerisches Interesse bekundet hätte.

Hierzu verweist die Revision zunächst auf das Vorbringen des Klägers, der Konsortialvertrag mit R. habe bis in die zweite Hälfte des Jahres 1977 hinein nachgewirkt. Die Beklagte habe zusammen mit R. bis Ende August 1977 fünf Mitglieder und das gesamte Präsidium des Aufsichtsrats

und bis Ende Januar 1978 noch vier Aufsichtsratsmitglieder und 2/3 des Aufsichtsratspräsidiums gestellt. Infolge ihres Erfahrungs- und Autoritätsvorsprungs und der fortbestehenden persönlichen Verbindungen seien mindestens die tatsächlichen Machtverhältnisse erhalten geblieben und hätten dazu geführt, daß OGEM sich nicht hätte durchsetzen können. Zudem habe sich OGEM bei dem Aktienkauf getäuscht gefühlt und deshalb in die Geschäfte nicht oder nur geringfügig eingegriffen.

Diesem Vorbringen läßt sich nicht entnehmen, daß der Beklagten noch nach dem 30. Juni 1977 ein unternehmerischer Einfluß auf die Geschäfte von BuM verblieben sei und sie diesen auch wahrgenommen habe. Da der Konsortialvertrag mit R. durch die tatsächliche Entwicklung überholt war, ist die Besetzung des Aufsichtsrats von BuM mit Personen, die R. vorgeschlagen hatte, außer Betracht zu lassen. Es bleibt die Tatsache, daß ein Vorstandsmitglied der Beklagten im Aufsichtsrat von BuM den stellvertretenden Vorsitz und von Dezember 1977 an auch den Vorsitz des Finanzausschusses innehatte. Das entsprach angesichts der Stellung der Beklagten als Hausbank und Kreditgeberin verbreiteter Übung, bewahrte ihr aber auch in Verbindung mit ihrem verminderten und unterhalb der Sperrminorität liegenden Aktienbesitz noch keine unternehmerische Position. Dasselbe gilt von etwaigen persönlichen Beziehungen.

Was schließlich die Kreditbeziehungen zwischen der Beklagten und BuM betrifft, so mögen sie für BuM von lebenswichtiger Bedeutung gewesen sein. Daß die Beklagte aber ihren darauf beruhenden Einfluß noch in der zweiten Hälfte des Jahres 1977 auch auf die Leitung und Geschäfts-

politik von BuM in einer Weise erstreckt habe, die auf ein eigenes Unternehmensinteresse gerade im Zusammenhang mit ihrem Aktienbesitz schließen lassen könnte, ist nicht festgestellt. Soweit der Kläger Einwirkungen der Beklagten auf das Geschäftsverhalten von BuM behauptet hat, geht es um die Wahrnehmung externer Geldgeberinteresse bei der die Aktionärsstellung keine erkennbare Rolle spielte.

Gegen die Annahme, die Beklagte habe auch in der Zeit nach Mitte 1977 weiterhin Interessen als Aktionärin von BuM unternehmerisch verfolgt, spricht aber vor allem der eigene Vortrag des Klägers, wonach die Beklagte entgegen ihrem ursprünglichen Vorhaben, ihren Aktienbesitz zu einer Schachtelbeteiligung aufzustocken, seit Mitte 1977 dazu übergegangen ist, ihr Engagement bei BuM und namentlich auch ihre Beteiligung an ihr mit Rücksicht auf deren besorgniserregende wirtschaftliche Entwicklung erheblich herabzusetzen. Damit stimmt es überein, daß die Beklagte nach dem Vortrag des Klägers im Anschluß an den Verkauf an OGEM ihren Aktienbesitz weit unter 10 bis 11 % im Januar 1978 und auf 3,6 % im Februar 1978 verringert hat. Damit wäre es nicht vereinbar, die in kritischer Zeit von ihr gegebenen Kredite als Ausfluß unternehmerischer Beteiligung zu werten und sie wegen einer darauf beruhenden Unternehmensverantwortung der Beklagten in das haftende Kapital von BuM einzubeziehen.

8. Diese Möglichkeit scheidet überdies auch deshalb aus, weil der Überziehungskredit, den die Beklagte BuM in der zweiten Hälfte des Jahres 1977 gegen die Zusage eingeräumt hat, ihn bis zum Jahresende vollständig aus den bis dahin erwarteten Zahlungseingängen zurückzuzahlen,

unstreitig nicht dazu bestimmt war, eine Kapitallücke zu schließen. Er war vielmehr einvernehmlich als eine kurzfristige Liquiditätshilfe gedacht, die es BuM ermöglichen sollte, die Zeit bis zum Jahresende 1977 zu überbrücken; nachhaltige Sanierungsmaßnahmen sollten, soweit mit ihnen damals überhaupt schon gerechnet wurde, erst nachher einsetzen. Solche kurzfristigen Überbrückungskredite haben von ihrer Zweckbestimmung her nicht die Bedeutung eines kapitalersetzenden Darlehens (BGHZ 75, 334, 337; Urt. d. Sen. v. 29.11.1971 - II ZR 121/69, WM 1972, 74 zu III; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 30 Rdn. 72). Zu Unrecht hält dem die Revision entgegen, die Annahme der von der Beklagten bewilligte Überziehungskredit habe nur vorübergehend einem akuten Mangel an flüssigen Mitteln abhelfen sollen, sei unvereinbar damit, daß nach dem Vortrag des Klägers BuM tatsächlich seit Ende 1976 oder mindestens seit dem Sommer 1977 ständig überschuldet, zahlungs- und kreditunfähig gewesen sei. Ein dauernder Kapitalmangel, der zur Weiterführung des Unternehmens durchgreifende Sanierungsmaßnahmen erfordert, schließt nicht aus, daß sich der Zweck eines in diesem Zustand in Anspruch genommenen Überziehungskredits darauf beschränkt, für kurze Zeit einen besonders dringlichen Geldbedarf zu befriedigen, ohne daß damit bereits die Absicht nachhaltiger Sanierung durch einen längerfristigen Ersatz des fehlenden Eigenkapitals verbunden ist.

II. Haftung der Beklagten aus §§ 311, 317 AktG

Eine solche Haftung, die der Kläger zuletzt nur noch aus der von der Beklagten durchgesetzten Kreditrückführung im zweiten Halbjahr 1977 hergeleitet hat, setzt voraus, daß die Beklagte in dieser Zeit gegenüber BuM herrschendes

Unternehmen im Sinne von § 17 AktG gewesen ist. Das verneint das Berufungsgericht mit im Ergebnis zutreffender Begründung. Die unter 25 % liegende Minderheitsbeteiligung reichte für eine Beherrschung von BuM bei weitem nicht aus. Dasselbe gilt für die Tatsache, daß die Beklagte als eine der drei Hausbanken von BuM ebenso wie die beiden anderen Banken ein Vorstandsmitglied für den Aufsichtsrat von BuM benannt hatte und es dort den stellvertretenden Vorsitz einnahm. Auch der Konsortialvertrag mit R. verschaffte der Beklagten zu der hier maßgeblichen Zeit schon deshalb keinen beherrschenden Einfluß auf BuM, weil er sich zu dieser Zeit, wie bereits ausgeführt, praktisch dadurch erledigt hatte, daß OGEM Hauptaktionärin geworden war.

Schließlich vermochten auch die Geschäftsbeziehungen zwischen BuM und der Beklagten als ihrer Hauptkreditgeberin so existenzwichtig sie für BuM gewesen sein mögen, ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von § 17 AktG nicht zu begründen. § 17 AktG und die darin anknüpfenden Vorschriften sind spezifisch aktienrechtliche Regelungen. Nicht nur die vom Leitbild der Mehrheitsbeteiligung ausgehende Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG, sondern zum Beispiel auch die §§ 20 bis 22 AktG (Mitteilungspflichten) oder die für den Konzernbegriff grundlegende Bestimmung des § 18 AktG stellen auf Tatbestände ab, die typischerweise aktien- oder jedenfalls gesellschaftsrechtlich geprägt sind. Schon darum liegt es nahe, die Begriffsbestimmung des § 17 Abs. 1 AktG auf gesellschaftsrechtlich bedingte oder zumindest vermittelte Einwirkungsmöglichkeiten zu begrenzen (so - mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen - Würdinger in Großkomm z. AktG 3. Aufl., § 17 Anm. 8; Ulmer,

ZHR 1978, 458 ff; Köhler, NJW 1978, 2473, 4 ff;
Martens, Die existenzielle Wirtschaftsabh gkeit, 1979,
S. 54 ff; H.P. Westermann, ZIP 1982, 379, ff m.w.N.,
auch zur Gegenmeinung).

Zwar hat der Senat in Anlehnung an die Gesetzesbegründung zu § 17 AktG ausgesprochen, daß nicht nur vertragliche oder organisatorische Bindungen, sondern auch rechtliche und tatsächliche Umstände sonstiger Art die Grundlage für einen beherrschenden Einfluß im Sinne dieser Vorschrift bilden können (BGHZ 62, 193, 199; vgl. auch BGHZ 69, 334, 347). Dabei ging es aber um solche Umstände, die in Verbindung mit der Ausübung von Beteiligungsrechten von Bedeutung waren und deren Gewicht verstärkten. Damit hat der Senat nicht den Standpunkt vertreten, die Definition des § 17 AktG erfasse auch rein wirtschaftliche, gesellschaftsrechtlich nicht abgesicherte Abhängigkeiten, die allein durch externe Austauschbeziehungen, wie etwa durch Liefer-, Lizenz- oder Kreditverträge, begründet sind und einem Partner einen durch die Marktlage bedingten Einfluß auf das geschäftliche Verhalten der Gesellschaft sichern. Die Einbeziehung solcher nichtgesellschaftlicher Einflüsse in die aktienrechtlichen Vorschriften über verbundene Unternehmen würde bei der Vielzahl und Vielfalt möglicher wirtschaftlicher Abhängigkeiten tief und in einem kaum mehr zu übersehenden Ausmaß in das Marktgeschehen eingreifen; sie würde damit weit über das Ziel jener Vorschriften hinausschießen. Denn deren Zweck besteht nicht darin, die Gefahren zu bannen, die jedem auf dem Markt auftretenden Unternehmen - nicht nur einer Kapitalgesellschaft - von der Ausübung fremder wirtschaftlicher Macht drohen. Sie sollen vielmehr vor allem Minderheitsaktionäre innerhalb

der abhängigen Gesellschaft gegen nachteilige Einwirkungen auf deren Unternehmensführung schützen, die sich aus einer Ausnutzung spezifisch gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten ergeben können und deshalb auch mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln zu bekämpfen sind.

Die allgemeinen Risiken einer marktwirtschaftlichen Betätigung zu erfassen und, soweit in diesem Bereich ein Schutzbedürfnis gegenüber rücksichtsloser Machtausübung auftritt, dem Betroffenen den nötigen Rechtsschutz zu gewähren, ist dagegen nicht die Aufgabe des Rechts der verbundenen Unternehmen, sondern des Zivilrechts, des Wettbewerbsrechts und des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die dadurch gegebenen Abwehrmöglichkeiten können weit wirksamer sein als die Vorschriften der §§ 311 ff AktG, die nach ihren tatbestandsmäßigen Voraussetzungen und den vorgesehenen Rechtsfolgen für eine Anwendung auf Benachteiligungen im Rahmen externer Austauschbeziehungen kaum geeignet erscheinen, zumal ihnen die darauf nicht passende Vorstellung eines vom herrschenden Unternehmen getragenen konzernmäßigen Gesamtinteresses zugrunde liegt, dem die Belange des oder der abhängigen Unternehmen praktisch untergeordnet werden. Würden sie die außerhalb des Aktiengesetzes verfügbaren Rechtsbehelfe überlagern, so könnte dies deren Wirksamkeit unter Umständen sogar schwächen oder ganz in Frage stellen.

Das schließt nicht die Möglichkeit aus, bei einem Zusammenfallen gesellschaftsinterner und außergesellschaftsrechtlicher Einflüsse in einer Hand ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von § 17 AktG anzunehmen und die sich daraus ergebenden aktienrechtlichen Folgerungen zu ziehen. So kann sich ein ohnehin schon bestehender gesell-

schaftsinterner Einfluß durch das Hinzutreten außergesellschaftsrechtlicher Druckmittel zu einem beherrschenden Einfluß verstärken. Von einem solchen Sachverhalt kann aber im vorliegenden Fall keine Rede sein. Der nicht einmal 25 % erreichende, geschweige denn einer Mehrheitsbeteiligung nahekommende Aktienbesitz der Beklagten und der Sitz ihres Vorstandsmitglieds im Aufsichtsrat von BuM bildeten auch in Verbindung mit ihrer wirtschaftlich gewiß bedeutsamen Gläubigerrolle keine ausreichende Grundlage für eine gesellschaftsrechtlich abgesicherte, umfassende und beständige Einflußmöglichkeit auf die Unternehmensleitung und -politik von BuM von solcher Stärke, wie sie § 17 AktG verlangt. Angesichts der Tatsache, daß BuM in OGEM eine mit 44 % beteiligte Großaktionärin hatte, wäre eine gleichzeitige und dauerhafte gesellschaftsinterne Abhängigkeit von der Beklagten auch schwer vorstellbar. Die eingehenden Berichte, die sich die Beklagte im zweiten Halbjahr 1977 von BuM über deren Finanz- und Ertragsentwicklung geben ließ, spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle, da sie auch nach dem Vortrag des Klägers nur der Kreditüberwachung und nicht der Einmischung in die Geschäftstätigkeit von BuM überhaupt dienten.

III. Haftung der Beklagten aus §§ 116, 93, 117 AktG i.V.m. § 31 BGB.

1. Die Inanspruchnahme der Beklagten aufgrund der §§ 116, 93 AktG i.V.m. § 31 BGB hat der Kläger damit begründet, ihr Vorstandsmitglied G. habe gegen seine Pflichten als Aufsichtsratsmitglied von BuM verstoßen. Dieser Anspruch scheitert schon daran, daß die Beklagte für solche Pflichtverletzungen nicht nach § 31 BGB haften würde. Die Haftung einer Gesellschaft, die ein

Mitglied ihres Vertretungsorgans für den Aufsichtsrat eines anderen Unternehmens benannt hat, für die pflichtmäßige Wahrnehmung dieses Amtes wäre unvereinbar mit der unabhängigen und eigenverantwortlichen Rechtsstellung eines als Person in sein Amt berufenen Aufsichtsratsmitglieds. Auch wenn dieses bei der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben nach § 111 AktG pflichtwidrig den Belangen des Unternehmens, das ihn für den Aufsichtsrat vorgeschlagen oder dorthin entsandt hat, den Vorrang gibt und sich dadurch nach § 116, 93 AktG haftbar macht, begeht es diese Pflichtverletzung in seiner Eigenschaft als Mitglied des Aufsichtsratsorgans der benachteiligten Gesellschaft und nicht in Ausführung der ihm als Vorstandsmitglied der begünstigten Gesellschaft zustehenden Verrichtungen im Sinne von § 31 BGB (BGHZ 36, 296, 309 ff). Die tatsächliche Bevorzugung eines anderen ist noch kein Handeln oder Unterlassen als Vertretungsorgan des anderen und bildet bei der Schwierigkeit, im Einzelfall das bestimmende Motiv festzustellen, auch kein taugliches Abgrenzungsmerkmal.

2. Ob dieser Gesichtspunkt auch gegenüber einer Haftung aus § 117 AktG durchgreift, bedarf keiner Entscheidung (verneinend Werner, ZHR 1981, 252, 262 ff; vgl. hierzu auch Urt. d. Sen. v. 12.7.1982 - II ZR 175/81, LM BörsG §§ 45, 46 Nr. 8 zu II 2). Auf § 117 AktG hat sich der Kläger lediglich vor dem Landgericht berufen, ohne jedoch in diesem Zusammenhang ganz bestimmte Tätigkeiten vorzutragen, mit denen G [REDACTED] oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf BuM eine für deren Geschäfte maßgebende Person dazu bestimmt haben soll, zum Nachteil der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln

(Klageschrift S. 146 f.). Dieses unsubstantiierte und in der Berufungsinstanz nicht wieder aufgegriffene Vorbringen gab dem Berufungsgericht keine Veranlassung, Feststellungen über eine schädliche Einflußnahme auf BuM und insbesondere auch über einen Schädigungsvorsatz G[REDACTED] zu treffen, selbst wenn der Kläger in anderem Zusammenhang geltend gemacht hatte, G[REDACTED] habe BuM als deren Aufsichtsratsmitglied durch die einseitige Wahrnehmung von Interessen der Beklagten pflichtwidrig geschädigt. Denn der Tatbestand des § 117 AktG deckt sich objektiv und subjektiv nicht mit dem der §§ 116, 93 AktG. Die Revision kann daher nicht mit Erfolg rügen, das Berufungsgericht habe insoweit wesentliches Vorbringen des Klägers übergangen oder den von ihm vorgetragenen Sachverhalt materiellrechtlich nicht erschöpfend gewürdigt.

IV. Verstoß gegen das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 3 AktG

Die Revision macht weiterhin geltend, infolge der vom Kläger behaupteten und vom Berufungsgericht unterstellten Konkursreife von BuM habe deren Vorstand nach § 92 Abs. 3 AktG keine Zahlungen mehr leisten dürfen, es sei denn, sie seien mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar gewesen. Hiergegen habe er verstoßen. An diesem Verstoß habe sich die Beklagte durch massiven Druck auf BuM beteiligt. Damit führt die Revision in revisionsrechtlich unzulässiger Weise einen weiteren Haftungstatbestand in den Rechtsstreit ein. In den Vorinstanzen hat der Kläger seinen Zahlungsanspruch nicht auf diesen Tatbestand gestützt. Da das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 3 Satz 1 AktG sich ausschließlich an den Vorstand des zahlungsunfähigen oder überschuldeten Unternehmens richtet, käme eine Haftung der Beklagten allenfalls wegen vorsätzlicher Beihilfe oder Anstiftung

des Vorstands von BuM zu einer (im Gegensatz zu Verstößen gegen § 92 Abs. 1 und 2 AktG in § 401 AktG nicht mit Strafe bedrohten) Verletzung dieses Verbots über § 830 Abs. 2 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB in Betracht (vgl. hierzu BGHZ 75, 96, 106, 107). Die Revision legt nicht dar, in welchem konkreten Vorbringen solche vorsätzlichen Teilnahmehandlungen der Beklagten zu sehen sein könnten und an welchen Stellen der Kläger sie in den Tatsacheninstanzen vorgetragen hat.

V. Konkursrechtliche Anfechtung

Das Berufungsgericht unterstellt das gesamte Vorbringen des Klägers, auf das er seinen Rückgewähranspruch nach § 31 Nr. 1, § 37 KO gestützt hat, als richtig, verneint einen solchen Anspruch aber deshalb, weil sich nach diesem Vorbringen eine Absicht von BuM, ihre Gläubiger zu benachteiligen, nicht feststellen lasse. Dabei betrachtet es die angefochtenen Leistungen durchweg als Erfüllungshandlungen, auf die der Beklagten nach Höhe, Zeit und Art ein Anspruch zugestanden und durch die sie deshalb eine kongruente Deckung erhalten habe. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten den Angriffen der Revision stand.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist nach der Darstellung des Klägers eine kongruente Erfüllungsleistung insoweit nicht gegeben, als BuM veranlaßt oder zumindest konkludent gebilligt hat, daß der sogenannte Saudi-Scheck über rund 36 Mio DM zweckwidrig zur Rückführung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten verwendet wurde. Denn dies widersprach Vereinbarungen zwischen der Beklagten und einem unter ihrer Führung stehenden Bankenkonsortium wie auch zwischen ihr und BuM. Danach waren

sämtliche im Zusammenhang mit der Errichtung von Sportzentren in Saudi-Arabien der BuM zugehenden Zahlungen auf einem besonderen Konto zu verbuchen und ausschließlich zur Finanzierung der Sportzentren zu verwenden. Durch die Umbuchung von dem hierfür eingerichteten Sonderkonto auf das laufende Konto von BuM und die anschließende Verrechnung der Scheckvaluta im Rahmen des Kontokorrents erhielt die Beklagte daher eine Befriedigung, die sie in dieser Art nicht zu beanspruchen hatte. Richtig ist zwar, daß es im allgemeinen den Gläubiger nichts angeht, wo der Schuldner die Mittel zu seiner Befriedigung hernimmt. Hier war die Beklagte aber nicht nur an den Abmachungen über die Zweckbindung der Zahlungseingänge aus Saudi-Arabien beteiligt, sondern sie war auch in die Abwicklungen dieser Zahlungen eingeschaltet. Unter diesen Umständen muß sie sich einem unter ihrer Mitwirkung begangenen Verstoß gegen jene Abmachungen im Rahmen des § 30 Nr. 1 KO entgegenhalten lassen.

2. Dagegen hat die Beklagte durch die sonstigen, mit der Klage angefochtenen Leistungen gegen Ende des Jahres 1977 von BuM nichts anderes erhalten, als was ihr zu diesem Zeitpunkt zustand. Auch die Revision vermag insoweit keine Umstände aufzuzeigen, aus denen sich der Tatbestand inkongruenter Deckung ergeben könnte, abgesehen von dem, wie ausgeführt, nicht zutreffenden Gesichtspunkt des kapitalersetzenden Darlehens. Sowohl der Kontokorrentkredit von 20 Mio DM als auch der darüber hinausgehende Überziehungskredit waren vereinbarungsgemäß bis zum 31. Dezember 1977 aus Zahlungseingängen zurückzuführen.

Im Ergebnis nicht anders verhält es sich insoweit, als jene Leistungen, wie das Berufungsgericht unterstellt, nicht nur zur Kreditrückführung, sondern teilweise auch zur Tilgung der Verpflichtungen aus dem Rückkauf der forfaitierten Auslandsforderungen zum Preise von über 33 Mio DM bestimmt gewesen sind. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die von der Revision bekämpfte Ansicht des Berufungsgerichts richtig ist, der Kläger habe mit seinem Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheids die Frist des § 41 Abs. 1 KO nur hinsichtlich der Kaufpreiszahlung, aber nicht des Rückkaufvertrages gewahrt und sei deshalb mit dem Vorbringen ausgeschlossen, bereits die Übernahme der Kaufpreisverpflichtung sei eine anfechtbare Leistung gewesen. Denn hierauf kommt es für die Frage, ob die Beklagte mit dem Kaufpreis eine ihr zustehende Deckung erhalten hat, nicht entscheidend an. Diese Frage läßt sich nur richtig beurteilen, wenn man Kauf und Rückkauf als einheitliches Geschäft sieht.

Der Verkauf der Auslandsforderungen an die Beklagte beruhte auf einem schriftlichen Angebot der BuM vom 20. September 1977, das die Beklagte unter dem 23. September 1977 angenommen und in dem BuM für den Fall, daß sich "zwischenzeitlich bei einzelnen Forderungen Zweifel hinsichtlich der Realisierung ergeben" sollten, verpflichtet hatte, diese Forderungen sofort zurückzukaufen. Ein weiteres, ebenfalls auf den 20. September 1977 datiertes Angebotsschreiben von BuM sprach von einem "Verkauf mit Regreß" und enthielt die Erklärung: "Wir haben die Absicht, zu einem späteren Zeitpunkt, spätestens zum 30. Dezember 1977 die bis dahin noch nicht eingegangenen Forderungen zurückzukaufen". Dieses Schreiben schickte die Beklagte zwei

Monate später in Urschrift mit dem Vermerk "Zum Verbleib" an BuM zurück. Hierzu hat die Beklagte vorgetragen, BuM habe zwar den Rückkauf bis zum Jahresende etwa noch nicht beglichener Forderungen in einer Weise in Aussicht gestellt, daß die Beklagte damit habe rechnen können, aber keine dahingehende Rechtspflicht übernommen. Sie habe auch nur für den rechtlichen Bestand, aber nicht für die Bonität der Forderungen haften sollen. Beides war Voraussetzung dafür, daß die Beklagte meinte, in ihren nach § 14 i.V.m. § 19 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 KWG vorgeschriebenen, alle zwei Monate zu erstattenden Anzeigen an die Deutsche Bundesbank den Betrag der von ihr angekauften Forderungen nicht als Kredit an BuM berücksichtigen zu müssen. Auf diesen Vortrag hat sich auch der Kläger in erster Linie bezogen, um darzutun, daß die Beklagte auf den Rückkauf der Forderungen keinen Anspruch gehabt habe. Hilfsweise hatte er geltend gemacht, in der Forfaitierung habe eine Umgehung der Meldepflicht nach dem Kreditwesengesetz gelegen, weil es sich in Wahrheit um einen durch die Forderung gesicherten Kredit gehandelt habe. Eine solche Umgehung unterstellt auch das Berufungsgericht.

Nach dem in tatsächlicher Hinsicht weitgehend übereinstimmenden Vortrag der Parteien entspräche es hiernach weder den wirklichen Gegebenheiten noch den Vorstellungen der Vertragspartner, Übertragung und Rückübertragung der Auslandsforderungen als gewöhnliche, jeweils gesondert zu betrachtende Kaufgeschäfte aufzufassen. Wirtschaftlich war die sogenannte Forfaitierung nichts weiter als ein Mittel, einen Teil des Überziehungskredits zu sichern, den die Beklagte BuM eingeräumt hatte und der bis zum Jahresende aus den dann erhofften Zahlungseingängen getilgt

werden sollte. Sie war von vornherein darauf angelegt, daß BuM, soweit dies nicht gelingen sollte, die dann noch offenen Forderungen zurücknehmen werde. Die Erwartung, BuM werde ihre dahingehende "Absichtserklärung" einhalten, bestimmte damit wesentlich Abschluß und Inhalt des Geschäfts; die Beklagte hätte wider alle wirtschaftliche Vernunft gehandelt, wenn sie beim Ankauf der Auslandsforderungen das Risiko ihres Einzugs auf sich genommen und BuM gleichwohl den vollen Nennwert gutgeschrieben hätte. Daß diese Erwartung nicht in die Form einer ausdrücklichen schriftlichen Verpflichtung gekleidet wurde, erklärt sich mit dem unstreitigen Wunsch der Beklagten, bei den demnächst zu erstattenden Kreditanzeigen an die Deutsche Bundesbank den Betrag der forfaitierten Forderungen nicht als Verbindlichkeit von BuM ausweisen zu müssen und dadurch deren Gesamtverschuldung geringer erscheinen zu lassen. Dies ändert aber nichts daran, daß mit dem erwartungsgemäßen Rückkauf der bis Ende 1977 noch nicht getilgten Auslandsforderungen durch BuM das Geschäft so, wie es von vornherein verabredet war, abgewickelt worden ist.

Unter diesen Umständen läßt sich dem für die Revisionsinstanz maßgebenden Sachverhalt nicht entnehmen, daß die Beklagte aufgrund des Forfaitierungsgeschäfts, in seiner Gesamtheit betrachtet, eine ihr nicht zustehende Deckung erhalten habe. Durch den Rückkauf der noch unerledigten Forderungen wurde BuM hinsichtlich dieser Forderungen in die Lage zurückversetzt, wie sie vor Abschluß dieses Geschäfts bestanden hatte. Eine inkongruente Leistung ist hierin und damit auch in der Erfüllung des Rückkaufvertrages nicht zu erblicken.

3. Soweit demnach die Beklagte von BuM genau das erhalten hat, was sie zu beanspruchen hatte, sind nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts bei der hier allein in Frage kommenden Anfechtung nach § 31 Nr. 1 KO an die subjektive Feststellung, BuM habe ihre Gläubiger benachteiligen wollen, strengere Anforderungen zu stellen als bei inkongruenter Deckung oder im Falle des § 30 KO. Für diese Feststellung reicht es nicht aus, daß BuM das Bewußtsein gehabt hat, durch ihre Leistungen an die Beklagte zum Jahresende 1977 andere gleichberechtigte Gläubiger zurückzusetzen. Eine Benachteiligungsabsicht im Sinne von § 31 Nr. 1 KO läge nur dann vor, wenn es BuM weniger auf die Erfüllung ihrer Vertragspflichten als auf die Schädigung der anderen Gläubiger angekommen wäre (BGH, Urt. v. 14.7.1969 - VIII ZR 109/67, WM 1969, 1079 zu II 2, b aa; v. 31.10.1962 - VIII ZR 133/61, LM AnfechtG § 3 Nr. 8 = WM, 1369 zu I 3 b; vgl. auch RG HRR 1930, 168). Einen solchen Sachverhalt hält das Berufungsgericht durch die vom Kläger angeführten Tatsachen nicht für ausreichend belegt. Daß die Unternehmensleitung von BuM um die Jahreswende 1977/1978 die Erfolglosigkeit von Sanierungsversuchen bereits als eine naheliegende Möglichkeit erkannt und darum durch die bevorzugte Befriedigung der Beklagten eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger bewußt herbeigeführt habe, lasse sich nicht feststellen. Es spreche mehr dafür, daß sie in der nicht unberechtigten Erwartung gehandelt habe, die Beklagte werde sie mit weiteren Krediten bei ihren nicht aussichtslosen Sanierungsbemühungen unterstützen, wenn sie den Überziehungskredit vereinbarungsgemäß vollständig zurückführe.

Hiergegen macht die Revision geltend, objektiv hätten Ende 1977 keine realistischen Ansatzpunkte für die Erwartung

bestanden, BuM werde gerade mit Hilfe der Beklagten ihre wirtschaftlichen Schwierigkeiten überwinden können, zumal sich die Beklagte zur Hergabe neuer Kredite nur noch in einem beschränkten, den Geldbedarf von BuM allein nicht deckenden Umfang bereit gefunden hat. Das könnte, wie noch auszuführen sein wird, richtig sein, räumt aber nicht die Feststellungen des Berufungsgerichts aus, daß BuM subjektiv bestrebt gewesen ist, ihr Unternehmen zu retten, daß sie sich hierbei die Unterstützung der Beklagten als ihrer Hausbank erhoffte und durch die pünktliche Einhaltung ihres Tilgungsversprechens zu erhalten suchte, und daß es ihr mithin um die Erfüllung vertraglicher Pflichten und nicht um die Schädigung anderer Gläubiger zu tun gewesen ist. Dem steht auch nicht der Vortrag des Klägers entgegen, die bevorzugte, mit dem forcierten Einzug von Außenständen einhergehende Befriedigung der Beklagten zum Jahresende 1977 sei mit einem "Zahlungsstau" in Höhe von 60 Mio DM zu Lasten anderer Gläubiger erkaufte worden. Denn abgesehen davon, daß dem Klagevortrag - worauf schon das Landgericht hingewiesen hat - nicht zu entnehmen ist, die von dem Stau betroffenen Gläubiger seien mit ihren Forderungen ausgefallen, hätte die von BuM erhoffte Sanierung ihres Unternehmens im Interesse der Gesamtheit aller Konkursgläubiger gelegen, auf das es für die Frage der Benachteiligung in erster Linie ankommt (BGH, Urt. v. 24.10.1962 - VIII ZR 126/61, LM KO § 37 Nr. 6 zu 2 a).

Soweit kongruente Erfüllungshandlungen zu beurteilen sind, trägt nach alledem die tatrichterliche Würdigung des Klagevortrags im Ergebnis die Folgerung, dieser Vortrag genüge in subjektiver Hinsicht nicht dem Tatbestand des § 31 Nr. 1 KO. Denn die bei kongruenter Deckung geltenden

Anforderungen an die Beweisführung des Klägers sind hier nicht erfüllt, wenn unwiderlegbar die Möglichkeit besteht, BuM habe sich von einer, sei es auch noch so schwach begründeten, Sanierungserwartung leiten lassen, und wenn sich auch nicht nachweisen läßt, es sei ihr bei der bevorzugten Befriedigung der Beklagten darum gegangen, die Ansprüche anderer Gläubiger zu vereiteln.

4. Anders verhält es sich mit dem Saudi-Scheck, auf dessen Verwendung zur Rückführung des Debetsaldos von BuM die Beklagte nach dem Vortrag des Klägers keinen Anspruch hatte. Hier versagt der Gedanke, daß dort, wo ein Gläubiger genau das erhalten hat, was er zu beanspruchen hatte, die Annahme nahe liegt, der Schuldner habe nur seine Vertragspflichten erfüllen und nicht andere Gläubiger benachteiligen wollen. Vielmehr liegt in der Tatsache, daß der Schuldner dem Gläubiger eine inkongruente Deckung verschafft hat, im allgemeinen ein starkes Beweisanzeichen für das Bewußtsein und den Willen, andere Gläubiger zu benachteiligen (BGH, Urt. v. 11.1.1961 - VIII ZR 203/59, WM 1961, 387; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck aaO, § 31 Rdn. 9 m.w.N.). Zwar kann aufgrund der besonderen Umstände des Falles eine Benachteiligungsabsicht gleichwohl zu verneinen sein. Dazu genügt es aber nicht, daß der Schuldner gehofft hat, mit Hilfe neuer Kredite oder sonstiger Sanierungsmaßnahmen einen Konkurs vermeiden zu können.

Die Revision beruft sich in diesem Zusammenhang darauf, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur die volle Überzeugung des Schuldners, er werde in absehbarer Zeit seine sämtlichen Gläubiger befriedigen können,

eine Benachteiligungsabsicht entfallen lasse. Die hierzu angeführten Urteile beziehen sich jedoch vor allem auf den besonderen Anfechtungstatbestand des § 30 Nr. 2 KO, der Rechtshandlungen nach Zahlungseinstellung oder der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens oder in den vorausgegangenen 10 Tagen betrifft. Es leuchtet ein, daß in diesen Fällen an den hier vom Gesetz geforderten Entlastungsbeweis des Anfechtungsgegners strenge Maßstäbe anzulegen sind (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.1961 - VIII ZR 158/60 u. v. 28.3.1977 - VIII ZR 268/75, LM KO § 30 Nr. 12 und 32; ebenso zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG: Urt. v. 31.10.1962 - VIII ZR 133/61, WM 1962, 1369 zu I 3 c). Bei einer Absichtsanfechtung nach § 31 Nr. 1 KO, wie sie hier gegeben ist, liegt es tatsächlich und rechtlich, vor allem hinsichtlich der Beweislast, nicht unwesentlich anders. Aber auch bei ihr räumt die bloße Hoffnung auf Sanierung nicht schon die Annahme einer Benachteiligungsabsicht des Schuldners aus, wie sie die Begünstigung eines Gläubigers durch eine ihm nicht oder nicht in dieser Art zustehende Leistung nahelegt. Es müssen vielmehr zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung mindestens konkrete Tatsachen vorliegen, die den Schuldner zu der Erwartung berechtigen, es werde zu erfolgsversprechenden Bemühungen um die Rettung des Unternehmens und damit in absehbarer Zeit zu einer Befriedigung aller Gläubiger kommen.

Solche Tatsachen hat das Berufungsgericht nicht auf rechtlich einwandfreie Weise festgestellt. Es verkennt nicht, daß der seit Juni 1977 im Entwurf vorliegende Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses der BuM zum 31. Dezember 1976 auf eine außerordentlich schlechte Ertragslage der Gesellschaft, auf besorgniserregende Betriebsverluste und einen hierdurch entstandenen

Liquiditätsschwund hinwies. Bereits im Mai und Juni 1977 hatten die Abschlußprüfer in Ausübung ihrer Pflicht, über festgestellte Tatsachen zu berichten, die den Bestand des Unternehmens gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können, den Aufsichtsrat von BuM mündlich über die außerordentlich schwierige Lage der Gesellschaft und ihre Entwicklung unterrichtet. Gleichwohl meint das Berufungsgericht, der Gedanke, die Gesellschaft könnte auf die Dauer nicht mehr lebensfähig sein, habe aus damaliger Sicht noch fern gelegen. Hierzu verweist es unter anderem darauf, daß die Gewinn- und Verlustrechnung für 1976 unter Berücksichtigung einer Entnahme aus der freien Rücklage von etwa 1,4 Mio DM immerhin einen gegenüber dem Vorjahr unveränderten Bilanzgewinn von 1,6 Mio DM auswies. Dieser Gewinnausweis besagt jedoch nach dem Prüfungsbericht nichts über die wirkliche Situation des Unternehmens, weil darin die erhebliche Verschlechterung der Ertragslage nicht zum Ausdruck kam. Tatsächlich waren die Betriebsverluste seit 1974 auf insgesamt 86,3 Mio DM angestiegen; vorgezogene Auftragsabrechnungen und Teilgewinnrealisierungen hatten das Ergebnis des Berichtsjahres jeweils zu Lasten des folgenden Jahres verbessert, so daß nahezu alle stillen Reserven verbraucht waren. Das Berufungsgericht unterstellt Bilanzmanipulationen, von denen es allerdings meint, sie fielen "nach ihrer Größenordnung bei der vom Kläger dargelegten gesamten Unterdeckung nicht entscheidend ins Gewicht". Es zieht daraus den Schluß, dem Vorstand von BuM könnten Umstände bekannt gewesen sein, die für ihn die finanzielle Lage der Gesellschaft noch bedrohlicher hätten erscheinen lassen, als es nach dem Prüfungsbericht den Anschein gehabt hätte. Damit ist die Annahme unvereinbar,

dem Vorstand könnte die ernste, schon aus dem Prüfungsbericht deutlich hervorgehende Existenzgefährdung des Unternehmens verborgen geblieben sein.

Es bleibt die Frage, ob Ende 1977 greifbare Anhaltspunkte dafür vorlagen, es würden rechtzeitig durchgreifende Sanierungsmaßnahmen eingeleitet werden und zu einer nachhaltigen Gesundung des Unternehmens führen. Für diese Annahme reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts in Verbindung mit dem als wahr zu unterstellenden Vortrag des Klägers nicht aus, wie die Revision im einzelnen zutreffend darlegt. Danach fanden zwar in den Monaten Oktober bis Dezember 1977 wiederholt Besprechungen zwischen BuM und der Beklagten über eine langfristige Finanzierung statt. Dabei wurden verschiedene Finanzierungsmöglichkeiten "andiskutiert" (Anl. K 61), ohne daß jedoch ein bestimmtes Vorhaben bereits feste Gestalt angenommen hätte. So wurde unter anderem auch von einem landesverbürgten Darlehen gesprochen; darüber sollte aber schon mit Rücksicht auf mögliche negative Einflüsse erst im nächsten Jahr weiterdiskutiert werden. Eine Gesamtfinanzierung des Unternehmens wie sie von der Hauptaktionärin OGEM gewünscht wurde, lehnte die Beklagte ab. Zu den geplanten Verhandlungen mit anderen Banken über einen Konsortialkredit kam es erst im Jahre 1978; der Ausgang war Ende 1977 noch ganz ungewiß. Bestand somit zu diesem Zeitpunkt - wovon auch das Berufungsgericht ausgeht (BU S. 53/54) - überhaupt noch kein konkreter Sanierungsplan, so kann von der zuverlässig begründeten Aussicht auf das Gelingen eines solchen Planes keine Rede sein. Das gilt zumal angesichts der Behauptung des Klägers, infolge des hohen Liquiditätsabflusses an die Beklagte im Anschluß an den beschleunigten Einzug von

Außenständen sei für Januar 1978 ein verstärkter Bedarf an flüssigen Mitteln zu erwarten gewesen.

Auf die Rückschlüsse, die das Berufungsgericht aus der späteren Entwicklung, insbesondere im Zusammenhang mit der Landes- und der Bundesbürgschaft und der am 4. Oktober 1978 beschlossenen Kapitalerhöhung gezogen hat, kommt es nicht an, da für die Feststellung einer Benachteiligungsabsicht im Sinne von § 31 Nr. 1 KO spätestens der Zeitpunkt maßgebend ist, in dem die angefochtene Rechtshandlung vollendet worden ist (BGH, Urt. v. 31.10.1962 aaO zu I 3 c; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck aaO § 31 Rdn. 11 m.w.N.).

Schließlich geben auch die allgemeinen, vorwiegend rechtspolitischen Erwägungen des Berufungsgerichts über die mit dem geltenden Insolvenzrecht nicht hinreichend zu bewältigende Sanierungsproblematik keinen Anlaß, bei inkongruenten Erfüllungsgeschäften eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners allein aufgrund bloßer Sanierungswünsche und -hoffnungen zu verneinen, wenn, wie es hier nach dem Klagevortrag der Fall war, zielstrebige Bemühungen um eine dauerhafte Überwindung der Krise noch gar nicht eingesetzt hatten.

5. Soweit nach dem - allerdings bestrittenen Klagevortrag inkongruente Deckung vorliegt, ist demnach das darin liegende Indiz für die Absicht einer Gläubigerbenachteiligung bislang nicht entkräftet. Die weitere Voraussetzung für eine Anwendung des § 31 Nr. 1 KO - die Kenntnis der Beklagten von einer Benachteiligungsabsicht der BuM - ist im Berufungsurteil offen geblieben und bedarf deshalb ebenfalls weiterer Klärung. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Konkursgläubiger im ursächlichen Zusammenhang mit

den angefochtenen Rechtshandlungen tatsächlich einen Nachteil erlitten haben. Trotz der Länge der bis zur Konkurseröffnung verstrichenen Zeit läßt sich dies nicht von vornherein verneinen, zumal wenn man von der Behauptung des Klägers ausgeht, von dem "Aderlaß" Ende 1977 habe sich BuM nie wieder erholen können.

Die Jahresfrist des neuen § 32 a KO, der die Vorstellung zugrundeliegt, bei einer länger zurückliegenden Gläubigerbefriedigung könne davon ausgegangen werden, daß sie nicht mehr im Hinblick auf ein drohendes Konkursverfahren erfolgt sei (Begründung Reg.Entw. zu § 32 b Abs. 2 GmbHG, BTDS. 8/13 S. 41), ist für eine Kausalitätsfeststellung im Rahmen des § 31 Nr. 1 KO im vorliegenden Fall nicht nur deshalb bedeutungslos, weil dieser Fall nach der Rechtslage vor dem Inkrafttreten jener Bestimmung zu entscheiden ist. Der von der Revisionserwiderung aus ihr gezogene Rückschluß, nach länger als 1 Jahr sei ein ursächlicher Zusammenhang zwischen anfechtbarer Handlung und Gläubigerbenachteiligung nach der gesetzlichen Interessenabwägung auszuschließen, verbietet sich vor allem auch deshalb, weil § 32 a im Gegensatz zu § 31 Nr. 1 KO die Anfechtbarkeit nicht an subjektive Voraussetzungen knüpft und die beiden Vorschriften schon deshalb wertungsmäßig nicht miteinander vergleichbar sind.

VI. Haftung aus § 826 BGB

Eine Schadensersatzpflicht der Beklagten nach § 826 BGB käme in Betracht, wenn sie durch die Hergabe hoher Kredite

vor allem im zweiten Halbjahr 1977 sittenwidrig den drohenden Konkurs von BuM verschleppt hätte. Einer Bank bleibt es grundsätzlich überlassen, ob sie ein notleidendes Unternehmen, dem sie Kredit gegeben hat, fallen lassen will. Entschließt sie sich zu dem Versuch, das Unternehmen durch weitere Kredite zu stützen, so verstößt sie nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil die Möglichkeit eines Mißlingens und damit einer Schädigung anderer Gläubiger besteht, die infolge zu günstiger Beurteilung der Lage ihre Forderung nicht rechtzeitig betreiben oder sichern oder neue Geschäfte eingehen. Der Vorwurf sittenwidriger Schädigung kann aber dann begründet sein, wenn der Kreditgeber um eigener Vorteile willen den Konkurs des Unternehmens lediglich hinausschiebt und für ihn abzusehen ist, daß er dessen Zusammenbruch allenfalls verzögern, aber nicht auf die Dauer verhindern kann (BGH, Urt. v. 9.2.1965 - VI ZR 153/63, WM 1975, 475; v. 9.12.1969 - VI ZR 50/68, LM BGB § 826 Ge Nr. 8; BGHZ 75, 96, 114 f. m.w.N.).

Einen solchen Sachverhalt hat der Kläger vorgetragen. Danach war BuM im Juni 1977 zahlungsunfähig, überschuldet und deshalb konkursreif, wie die Beklagte auch erkannt haben soll. Ein sofortiger Konkursantrag hätte damals aber nicht im Interesse der Beklagten gelegen. Denn sie war bestrebt, ihr finanzielles Engagement bei BuM bis Ende des Jahres 1977 aus den dann erwarteten Zahlungseingängen soweit wie möglich abzubauen. Unter Einschluß des Kontokorrentkredits von 20 Mio DM war BuM bei ihr im Jahre 1977 Ende Mai mit 37 Mio DM, Ende Juni mit 31 Mio DM und Ende August - vor der Forfaitierung - mit 46 Mio DM im Debet. Zum 31. Dezember 1977 war dagegen nur noch ein Debet von

13 Mio DM zu verzeichnen, das noch unter der Kontokorrentkreditlinie von 20 Mio DM lag. Hinzu kommen die schon erwähnten Bemühungen der Beklagten, auch ihren Besitz an BuM-Aktien zu verringern (vgl. zu I 7): Ende 1977 verkaufte sie von ihrer Beteiligung in Höhe von etwa 20,5 % des Grundkapitals 7 % an OGEM, im Februar 1978 war diese bereits auf 3,6 % zusammengeschrumpft. Ein erhebliches Interesse daran, einen Konkurs von BuM hinauszuzögern, hatte die Beklagte vor allem auch deswegen, weil OGEM den Vorwurf erhob, beim Verkauf der BuM-Aktien an sie sei ihr die kritische Lage von BuM verschwiegen worden. Gestützt auf diesen Vorwurf, hatte sie sich mit R [REDACTED] auf eine Kaufpreisminderung geeinigt und eine weitere beträchtliche Ermäßigung für den Fall vereinbart, daß BuM 1977 oder 1978 in Konkurs ging. Bei einem baldigen Konkurs von BuM hätte die Beklagte ebenfalls Ersatzansprüche von OGEM oder zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung ihres Ansehens zu befürchten gehabt.

Dieser als richtig zu unterstellende Vortrag enthält in Verbindung mit dem unstreitigen Sachverhalt die Merkmale einer eigensüchtigen, den Tatbestand des § 826 BGB erfüllenden Konkursverschleppung. Das Berufungsgericht führt dazu aus, bei den BuM gestatteten Überziehungen habe es sich nicht um einen Sanierungskredit, sondern lediglich darum gehandelt, durch die Vorfinanzierung der bis zum Jahresende erwarteten Zahlungseingänge eine kurzfristige Liquiditätsenge zu überbrücken; die eigentlichen Sanierungskredite seien erst von Januar 1978 an in Angriff genommen worden. Diese Ausführungen sprechen nicht gegen, sondern für eine gewollte Konkursverzögerung. Denn sie lassen erkennen, daß mit der Hergabe von Kreditmitteln, die BuM

bald wieder entzogen werden sollten, eine dauerhafte Sanierung zu dieser Zeit noch gar nicht erreicht werden konnte und sollte und der Beklagten bewußt gewesen ist, die ernste Krise, in der sich BuM befand, auf diese Weise nicht beheben zu können. Die von ihr durchgesetzte Kreditrückführung bis zum Ende 1977 beließ BuM zunächst im Zustand unveränderter Existenzgefährdung, wenn sie diesen nicht noch verschärfte. Für die Annahme, die Beklagte könnte in der hier maßgebenden Zeit von Mitte bis Ende 1977 bereits mit einer durchgreifenden und erfolgversprechenden Sanierungsaktion gerechnet haben, bietet der bislang vorliegende Sachverhalt keine Stütze, wie bereits im Zusammenhang mit der Frage vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung ausgeführt wurde (zu V 4); was dort von Sanierungserwartungen der BuM gesagt wurde, gilt sinngemäß auch für die Beklagte. Nur wenn sich solche Erwartungen für sie schon bei Bewilligung der Kontoüberziehungen zu einer festen Vorstellung verdichtet gehabt hätten, könnte es auch gerechtfertigt sein, aus ihrem späteren Verhalten Rückschlüsse auf die Ernstlichkeit solcher Vorstellungen zu ziehen. Deshalb läßt sich zugunsten der Beklagten in diesem Zusammenhang nicht die vom Berufungsgericht hervorgehobene Tatsache anführen, daß sie gemäß Vorstandsbeschluß vom 30. Dezember 1977 BuM die zum Jahresende auslaufende Kontokreditlinie von 20 Mio DM wieder eingeräumt und im Vorgriff auf eine angestrebte umfassendere Stützungsaktion zunächst auf 40 Mio DM erhöht hat, zumal diese Finanzhilfe unstreitig weit unter der Summe lag, die BuM zu einer nachhaltigen Wiederherstellung ihrer Liquidität benötigte.

2. Auch zu dieser Anspruchsbegründung ist daher eine weitere Klärung geboten; streitig sind vor allem die Konkurs-

reife von BuM und die Kenntnis der Beklagten von ihr. Sollte sich aufgrund dieser Klärung der Tatbestand einer sittenwidrigen Konkursverschleppung ergeben, so wären die vom Kläger weiter beanstandete Kreditrückführung Ende 1977 und die Beteiligung der Beklagten an späteren Sanierungsversuchen nur noch Elemente der Schadenfeststellung.

3. Sollten sich dagegen die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten nach § 826 BGB wegen der im zweiten Halbjahr 1977 gegebenen Kredite nicht feststellen lassen, so wäre eine solche Haftung auch nicht aus jenen weiteren Vorgängen herzuleiten.

Als Konkursverwalter kann der Kläger neben einer Schädigung der Gemeinschuldnerin nur einen der Gesamtheit der Konkursgläubiger entstandenen Schaden geltend machen. Soweit er einen solchen Schaden darauf zurückführt, daß die Beklagte sich zum Ende des Jahres 1977 wegen ihrer Kreditforderung gegen BuM Tilgungsleistungen verschafft hat, die sie nach Höhe, Art und Zeit zu beanspruchen hatte, hat das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten aus § 826 BGB rechtlich fehlerfrei verneint. Denn eine Bank handelt nicht schon darum sittenwidrig, weil sie von ihrem vertraglichen Recht auf Rückführung eines Kredits - zumal eines Überziehungskredits - Gebrauch macht, selbst wenn dies in dem Bewußtsein geschieht, andere Gläubiger könnten hierdurch vielleicht gefährdet werden. An den Tatbestand einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung sind keinesfalls geringere Anforderungen zu stellen als an eine Absichtsanfechtung nach § 31 Nr. 1 KO. Die Rechtslage wäre auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn der Vortrag des Klägers richtig wäre, der beschleunigte Einzug von

Außenständen zur vorzugsweisen Befriedigung der Beklagten sei auf Kosten von Lieferanten und Subunternehmern gegangen, deren Ansprüche gegen BuM nicht ausreichend dinglich gesichert gewesen seien; deren unzureichende Sicherung ginge nicht zu Lasten der Beklagten (vgl. BGH, Urt. v. 9.12.1969 - VI ZR 50/68, WM 1970, 399 zu II 2 m.w.N.). Zudem legt die Behauptung des Klägers, zur Tilgung der aufgestauten Forderungen anderer Gläubiger habe BuM 300 Wechsel vorbereiten müssen, bei der Länge der bis zur Konkurseröffnung noch verstrichenen Zeit die Annahme nahe, daß diese Gläubiger schließlich doch befriedigt worden sind.

Sollten die Konkursgläubiger infolge zweckwidriger Verwendung des Saudi-Schecks einen Ausfall erlitten haben, so könnte eine Haftung der Beklagten hierfür, soweit sich bisher übersehen läßt, kaum weiter gehen als der ohnehin noch zu klärende Rückgewähranspruch des Klägers nach § 31 Nr. 1, § 37 KO.

Was schließlich die Teilnahme der Beklagten an den späteren, zu einem weiteren Aufschub der Konkursanmeldung führenden Sanierungsversuchen betrifft, hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht, daß die Beklagte am Gelingen dieser Versuche ernstlich gezweifelt habe. Es legt hierzu im einzelnen dar, die Beklagte habe von Anfang Januar 1978 an bis zum Konkurs ihr Kreditengagement nicht vermindert, sondern erhöht. Insbesondere habe sie die ungesicherte Kontokorrentkreditlinie von 20 Mio DM sowie die Avalkredite belassen. Das spreche gegen einen Schädigungsvorsatz der Beklagten im Sinne von § 826 BGB. Diese tatrichterliche Würdigung ist möglich und von der Revision auch nicht mit durchschlagenden Rügen angegriffen. Die Revision macht in diesem Zusammenhang lediglich geltend,

die Beklagte habe den Haushalts- und Finanzausschuß des Landtages von Nordrhein-Westfalen und die anderen Banken über die Situation bei BuM getäuscht und so einen Sanierungsversuch in die Wege geleitet, der von falschen Voraussetzungen ausgegangen und deshalb letztlich zum Scheitern verurteilt gewesen sei. Auf diesen Vorwurf hat der Kläger seinen Schadensersatzanspruch in den Vorinstanzen nicht gestützt, sondern ausdrücklich erklärt, er habe die mit Landesbürgschaft und Kapitalerhöhung betriebene Scheinsanierung nicht als anspruchsbegründenden Sachverhalt vorgetragen; das werde an anderer Stelle geschehen (Schriftsatz v. 24.4.1983, S. 5). Von dieser Erklärung kann er in der Revisionsinstanz nicht mehr abrücken.

VII. Es bedarf demnach weiterer Feststellungen zur Absichtsanfechtung nach § 31 Abs. 1 KO hinsichtlich des Saudi-Schecks sowie zum Vorwurf der vorsätzlich sittenwidrigen Konkursverschleppung im zweiten Halbjahr 1977. Zu diesem Zweck ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann