

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GmbHG § 64

Eine mit seinem Mitgeschäftsführer vereinbarte interne Geschäftsaufteilung entbindet den Geschäftsführer einer GmbH nicht von seiner eigenen Verantwortung für die Erfüllung der aus § 64 GmbHG folgenden Pflichten zur rechtzeitigen Konkursantragstellung und zur Massesicherung und dementsprechend auch nicht von dem ihm obliegenden Nachweis, daß er diese Pflichten mit der den Umständen nach gebotenen Sorgfalt erfüllt hat.

BGH, Urt. v. 1. März 1993 - II ZR 61/92 - OLG Düsseldorf
jetzt II ZR 81/94 LG Düsseldorf

/M

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis- URTEIL

II ZR 61/92

jetzt II ZR 81/94

Verkündet am:
1. März 1993
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Friedrich Wilhelm M als Konkursverwalter
über das Vermögen der U Gesellschaft für Mineralölpro-
dukte mbH, C. straße , D

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

Georg W. in U. Tankstellenbetriebs GmbH,
J. Landstraße , Nr. ,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz: Rechtsanwälte Dr.

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1993 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Februar 1992 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

[\(mobile App\)](#)

Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger ist der Konkursverwalter über das Vermögen der U Gesellschaft für Mineralölprodukte (Gemeinschuldnerin), über deren Vermögen am 24. Juli 1984 das Konkursverfahren eröffnet wurde. Die Gemeinschuldnerin war vor dem etwa zehn Jahre lang im Handel mit Mineralölprodukten im In- und Ausland tätig. Ihr Jahresumsatz (einschließlich Mineralölsteuer) belief sich zuletzt auf rund 3,5 Mrd. DM. Gründer, Gesellschafter zu gleichen Teilen mit Geschäftsanteilen von zuletzt je 500.000,-- DM und jeweils alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin waren der Beklagte und Friedhelm G. . Neben einer niederländischen und zwei weiteren deutschen U Gesellschaften, deren Anteile von G. , dem Beklagten und der Gemeinschuldnerin gehalten wurden, gründete und betrieb G. allein die britische U UK Ltd. mit Sitz in London, die amerikanische U Inc. mit Sitz in New York sowie mindestens zwei weitere Unternehmen mit Sitz auf den Bahamas. G. , der sich knapp eine Woche vor Eröffnung des Konkursverfahrens ins Ausland begab, ist seitdem trotz international ausgeschriebener Fahndung flüchtig. Die Überschuldung der Gemeinschuldnerin bei Konkurseröffnung belief sich auf mindestens 107 Mio. DM.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von 1,5 Mio. DM wegen schuldhafter Schädigung der Gesellschaft sowie Verletzung seiner Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Konkursantrages und zur Unterlassung von Schmälereien der Konkursmasse in Anspruch. Die Gemeinschuldnerin sei schon am 31. März 1982 zum Ende des Geschäftsjahres

1981/1982 mit rund 17 Mio. DM überschuldet gewesen. Diese Überschuldung habe sich per 31. März 1983 auf knapp 69 Mio. DM und bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf rund 139 Mio. DM erhöht. Die Gemeinschuldnerin sei von ihrer Geschäftsführung systematisch ausgehöhlt und in die Überschuldung getrieben worden. So seien ab 1979 überhöhte Zahlungen für einfaches Methanol, das u.a. als "high gasoline components" falsch deklariert worden sei, an eine Briefkastenfirma P in Liechtenstein geleistet worden. Ferner seien durch Einschaltung der G Firmen auf den Bahamas weit überhöhte Seefrachten gezahlt und - ebenfalls mit dem Ziel der Vermögensverschiebung - Einkäufe der Gemeinschuldnerin über die britische Ul. UK Ltd. sowie über die niederländische UP Nederland BV statt direkt vom Lieferanten getätigt worden. Außerdem seien über die U - Tank GmbH den Ehefrauen der Gesellschafter seit 1980 überhöhte Pachtzahlungen und weitere Vorteile zugewandt worden. Schon für die Bilanzen 1982 und 1983 seien die Bestandsangaben für in Amsterdam gelagerte Mineralölprodukte in erheblichem Umfange gefälscht worden, um die bereits damals bestehende Überschuldung der Gemeinschuldnerin zu vertuschen. Nach der Lebenserfahrung sei von einem vorsätzlichen Verhalten des Beklagten und sogar von seiner Mitwirkung bei diesen Machenschaften auszugehen. In jedem Falle aber sei es grob fahrlässig, wenn der Beklagte als Geschäftsführer der Gesellschaft die gebotenen Kontrollen unterlassen und die enorme und leicht festzustellende Überschuldung seiner eigenen Gesellschaft nicht erkannt habe. Noch in der letzten Woche vor der Konkurseröffnung habe er von G. veranlaßte Zahlungen über etwa 12 Mio. DM von einem Konto der Gemeinschuldnerin zugelassen. Der Beklagte hat die von

dem Kläger behaupteten Vermögensverschiebungen ebenso bestritten wie den Eintritt einer Überschuldung der Gemeinschuldnerin schon für die Jahre 1982 und 1983. Von einer Überschuldung der Gesellschaft habe er erstmals etwa eine Woche vor Konkurseröffnung erfahren. Aufgrund einer internen Geschäftsaufteilung zwischen ihm und G sei er für die Geschäfte mit den deutschen Endverbrauchern sowie den "Innendienst" und G für den internationalen Handel und die Finanzierung verantwortlich gewesen. Er habe weder einen besonderen Anlaß noch die Möglichkeit gehabt, G zu kontrollieren. Jedenfalls seien die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche verjährt.

Das Berufungsgericht hat die in der ersten Instanz erfolgreiche Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Entscheidungsgründe:

Da der Beklagte in der mündlichen Revisionsverhandlung nicht vertreten war, ist durch Versäumnisurteil, jedoch aufgrund umfassender Sachprüfung zu entscheiden (BGHZ 37, 79, 81 f.).

Die Revision hat Erfolg.

I. Während das Landgericht der Klage unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 64 Abs. 2 GmbHG stattgegeben hat, weist das Berufungsgericht die Klage ab. Es fehle das zur Erfüllung dieses Tatbestandes erforderliche Verschulden des Beklagten hinsichtlich der kurz vor Konkurseröffnung gelei-

steten Zahlungen. Ansprüche wegen verspäteter Konkursantragstellung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG) scheiterten schon daran, daß der Kläger als Konkursverwalter sie nicht geltend machen könne. Bei § 64 Abs. 1 GmbHG handele es sich um ein Schutzgesetz (nur) zugunsten einzelner Gläubiger der GmbH. Schließlich sei die Klage auch nicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG begründet, weil das Vorbringen des Klägers insoweit nicht hinreichend substantiiert sei.

Diese Bewertung des Prozeßstoffes durch das Berufungsgericht begegnet, wie die Revision mit Erfolg rügt, in mehrfacher Hinsicht durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

II. 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts (BU 16 unter 4.) ist der Kläger als Konkursverwalter im Konkurs der Gesellschaft auch zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus § 64 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB berechtigt (vgl. auch BGH, Urt. v. 24. Oktober 1973 - VIII ZR 82/72, WM 1973, 1354, 1355 unter III. 2. sowie aus dem Schrifttum Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 64 Rdn. 56 m.w.N. in Fn. 84).

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, den Beklagten treffe kein Verschulden an den noch unmittelbar vor Konkursöffnung geleisteten Zahlungen der Gemeinschuldnerin, beruht auf einer Verkennung sowohl der Beweislast als auch der Anforderungen an die Verantwortung des Geschäftsführers. Dasselbe hätte für das Verschulden im Rahmen des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu gelten.

a) Nach allgemeiner Ansicht gilt für sämtliche Ansprüche aus § 64 GmbHG, also sowohl für den Anspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG als auch für denjenigen aus § 64 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, der Grundsatz, daß das Verschulden des Geschäftsführers vermutet wird. Der Kläger hatte mithin lediglich die Minderung der Konkursmasse durch Zahlungen (aufgeschlüsselt nach Höhe, Empfänger und Leistungszeit unter Abzug der auf den befriedigten Empfänger entfallenden Konkursquote) darzulegen und zu beweisen, welche die Gemeinschuldnerin noch nach Vorliegen der in § 64 GmbHG bezeichneten Voraussetzungen geleistet hat. Es war dann Sache des Beklagten, zu seiner Entlastung nachzuweisen, daß ihn an der dadurch bewirkten Schmälerung der zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehenden Masse kein Verschulden trifft (vgl. auch Sen.Urt. v. 18. März 1974 - II ZR 2/72, NJW 1974, 1088, 1089 und aus dem Schrifttum statt aller Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 36, 41 ff. u. 58).

b) Dies wird zwar im Ausgangspunkt auch vom Berufungsgericht anerkannt. Es meint jedoch, die Vermutung könne nicht gelten, wenn wie im vorliegenden Fall ein alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer auf Ersatz von Zahlungen der GmbH in Anspruch genommen werde, die ein anderer Geschäftsführer nach Eintritt der Konkursreife geleistet habe, weil es bei dieser Sachlage an der erforderlichen Beweisnähe fehle. Dem kann nicht gefolgt werden.

Das Vorhandensein eines weiteren Geschäftsführers entbindet den anderen nicht von seiner eigenen Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft, insbesondere für die Erfüllung der den Ge-

geschäftsführern vom Gesetz auferlegten Pflichten. Dies gilt selbst dann, wenn diese untereinander in zulässiger Weise eine Aufteilung der Geschäfte vorgenommen haben. Eine solche interne Geschäftsaufteilung ist deshalb auch nicht dazu geeignet, den Geschäftsführer von der Verantwortung für die rechtzeitige Stellung des Konkursantrags und das Unterbleiben masseschmälernder Zahlungen der Gesellschaft nach Eintritt der in § 64 GmbHG bezeichneten Voraussetzungen zu befreien. Er bleibt vielmehr auch dann gehalten, für die Einhaltung dieser Verpflichtungen durch die Gesellschaft Sorge zu tragen. Dabei ist, da es hier um die Wahrung grundsätzlich nicht auf einen anderen übertragbarer Aufgaben, sondern um die eigene Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung geht, jedenfalls ein strenger Maßstab auch an die Erfüllung der in einem solchen Falle besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber einem Mitgeschäftsführer anzulegen (vgl. auch Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG 8. Aufl. § 43 Rdn. 34, 37, 39). Der Umstand, daß der Beklagte in Absprache mit seinem Mitgeschäftsführer und Mitgesellschafter G nur für die Geschäfte mit deutschen Endverbrauchern und den Innendienst zuständig gewesen sein will, während sich dieser um den internationalen Handel und die Finanzierung der Gesellschaft kümmerte und auch die noch kurz vor Konkurseröffnung erfolgten Überweisungen veranlaßt haben soll, entband den Beklagten mithin nicht von seiner eigenen Verantwortung für die Einhaltung der aus § 64 GmbHG folgenden Pflichten zur rechtzeitigen Konkursantragstellung und Massesicherung und dementsprechend auch nicht von dem ihm obliegenden Nachweis, daß er diese Pflichten mit der von ihm geschuldeten Sorgfalt erfüllt hat. Dieser Umstand kann vielmehr lediglich inner-

halb des von dem Beklagten zu führenden Entlastungsbeweises Bedeutung für die Frage haben, inwieweit den Beklagten kein Verschulden an den von der Gemeinschuldnerin nach Eintritt der Krise geleisteten Zahlungen trifft, weil er sich auch unter Berücksichtigung seiner eigenen, nicht delegierbaren Verantwortung für die Erfüllung der Pflichten der Gesellschaft auf ein ordnungsmäßiges Verhalten G verlassen durfte. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts war es deshalb nicht Aufgabe des Klägers, im einzelnen darzulegen, inwiefern der Beklagte Zahlungen der Gesellschaft nach Eintritt der Konkursreife unterstützt oder ermöglicht habe, sondern umgekehrt Sache des Beklagten, unter Darlegung ihn entlastender Tatsachen den Beweis zu führen, daß die Schmälerung der Konkursmasse durch Zahlungen der Gesellschaft, die noch nach Eintritt einer erkennbaren Krise geleistet wurden, bei Anlegung des auch hier maßgebenden (vgl. statt aller Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 36 u. 52 m.w.N. auch aus der Rspr.) objektiven Sorgfaltsmaßstabs nicht von seinem eigenen Verschulden umfaßt wird.

c) Nach dem gegenwärtigen Streitstand läßt sich ein solches Verschulden des Beklagten nicht ausschließen. Das Berufungsgericht hat im Anschluß an entsprechende Ausführungen des Landgerichts festgestellt, daß der Beklagte seinen Kontrollpflichten als Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin in keiner Weise nachgekommen ist. Er hat vielmehr eingestandenmaßen G über Jahre hinweg ohne jeden Versuch einer Einflußnahme gewähren lassen. Der Beklagte hat dazu selbst vorgetragen, er sei auf G angewiesen gewesen, ohne ihn kontrollieren zu können. Im übrigen habe er auch keinen Anlaß zu besonderen Kontrollen gesehen. Damit kann der Beklag-

te jedoch zur Darlegung seines fehlenden Verschuldens nicht gehört werden. Vielmehr hätte, wie das Landgericht ausgeführt hat, aus einer Vielzahl von Gründen sogar ein Anlaß zu erhöhter Kontrolle G durch den Beklagten bestanden. Die Notwendigkeit, G nicht völlig unkontrolliert gewähren zu lassen, mußte sich schon allein im Hinblick auf die naheliegende Gefahr von Interessenkollisionen und Gewinnverlagerungen aufdrängen, die davon ausging, daß G die Gemeinschuldnerin in erheblichem Umfang zur Abwicklung von Geschäften mit seinen von ihm in zunehmender Zahl gegründeten, im gleichen Geschäftszweig tätigen Eigengesellschaften benutzte. Dies gilt um so mehr, als G, wie der Beklagte selbst vorgetragen hat (GA III 534), parallel dazu weite Bereiche der finanztechnischen Abwicklung der Gemeinschuldnerin von dieser fort in das Londoner Büro der von ihm zu 95 % gehaltenen U Ltd. verlagerte und damit dem Einblick des Beklagten entzog. Diese Entwicklung hätte der Beklagte nicht hinzunehmen brauchen. Er hätte ihr vielmehr als Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer G ohne weiteres widersprechen können. Sie hätte ihm überdies - auch wenn er die von G außerdem eingeführte Praxis bei der Verbuchung der Warenbestände der Gemeinschuldnerin nicht gekannt haben sollte - Anlaß zu erhöhten Kontrollen G geben müssen. Bereits ein stichprobenartiger Abgleich der im Unternehmen verwendeten Daten hätte gezeigt, daß für die Buchhaltung und infolgedessen auch für die Erstellung der Bilanzen der Gemeinschuldnerin auf Anweisung G nicht die laufend von dem Lagerhalter C Tank B.V. gemeldeten zutreffenden Bestandsangaben verwendet wurden, sondern gefälschte überhöhte Zahlen, die von G persönlich übermittelt wurden. Es liegt zumindest nahe, daß

dies dem Beklagten bei Wahrnehmung seiner Pflichten als einzigem ständig am Sitz der Gesellschaft tätigen Geschäftsführer hätte auffallen müssen, falls es ihm nicht ohnehin bekannt war und stillschweigend von ihm geduldet wurde. Dies gilt um so mehr, als der Beklagte aufgrund seiner Zuständigkeit für das Tankstellen- und das inländische Endverbrauchergeschäft ständig mit diesen Bestandsangaben, und zwar mit den in der Lagerbuchhaltung der Gemeinschuldnerin festgehaltenen zutreffenden Zahlen, arbeitete, die von der Fa. C. gemeldet worden waren. Sämtliche vorstehend angeführten Momente sprechen eher für als gegen ein Verschulden des Beklagten. Jedenfalls wäre es unter den gegebenen Umständen Sache des Beklagten gewesen, zu seiner Entlastung darzulegen und zu beweisen, inwiefern er gleichwohl in unverschuldeter Unkenntnis von den gesellschaftsschädigenden Aktivitäten und den damit verbundenen Bilanzfälschungen G

gewesen sein will. Unterstellt man zudem, wie im Revisionsverfahren geboten, die Richtigkeit des Vortrags des Klägers, wonach bereits am Ende des Geschäftsjahres 1982 eine nicht unbeträchtliche, in der Folge ständig weiter angewachsene Überschuldung der Gemeinschuldnerin vorlag, die lediglich durch unter Zuhilfenahme falscher Bestandszahlen gefälschte Bilanzen der Gesellschaft verschleiert wurde, so bestehen gewichtige Anhaltspunkte, daß der Beklagte die ihm bei Konkursreife der Gesellschaft zum Schutz ihrer Gläubiger auferlegten Pflichten (§ 64 Abs. 1 u. 2 GmbHG) schon in einem Zeitraum schuldhaft verletzt hat, der längere Zeit vor der tatsächlichen Eröffnung des Konkursverfahrens liegt. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht die Klage, soweit sie sich auf eine schon in diesem Zeitpunkt vorliegende Kon-

kursreife der Gesellschaft stützt, nicht mit der Begründung abweisen dürfen, der Kläger habe jedenfalls ein Verschulden des Beklagten nicht hinreichend dargetan.

Von der unzutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast beeinflusst sind auch seine Ausführungen zum fehlenden Verschulden des Beklagten an möglichen masseschmälernden Leistungen der Gesellschaft in der Zeit unmittelbar vor der Eröffnung des Konkursverfahrens. Nach dem durch entsprechende Belege erhärteten Vortrag des Klägers sind noch in den letzten vier Arbeitstagen vor Konkurseröffnung elf Zahlungen im Gesamtbetrag von über 12 Mio. DM zu Lasten des Kontos der Gemeinschuldnerin bei der Hamburg Afrika Bank geleistet worden, davon allein mehr als 2,5 Mio. DM und rund 1,6 Mio. US-\$ noch am letzten Tage vor der Konkurseröffnung am 23. Juli 1984. Bereits diese Zahlungen würden - die Erfüllung der übrigen Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt - ausreichen, den Erfolg der Klage aus dem Gesichtspunkt des § 64 Abs. 2 GmbHG zu bewirken. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts konnte es nicht Aufgabe des Klägers sein darzulegen, inwiefern der Beklagte diese unzweifelhaft nach Konkursreife der Gemeinschuldnerin getätigten Zahlungen unterstützt oder ermöglicht hat. Vielmehr wäre es auch hier ausschließlich Sache des Beklagten gewesen darzulegen und zu beweisen, daß ihn an der Durchführung dieser Leistungen kein Verschulden trifft. Dazu reicht es nicht aus, daß der Beklagte diese Zahlungen nicht persönlich veranlaßt hat. Er wäre vielmehr, nachdem ihn am Nachmittag des 19. Juli 1987 oder spätestens am 20. Juli 1987 das von seinem Mitgesellschafter und Geschäftsführer G. im Ausland verfaßte, auf den 18. Juli

1987 datierte Schreiben erreicht hatte, in dem ihm dieser eine durch jüngst eingetretene Geschäftsvorfälle in keiner Weise erklärbare Überschuldung der Gemeinschuldnerin "in erheblicher Größe" mitteilte und ihn aufforderte, umgehend in Verbindung mit den Rechtsanwälten der Gesellschaft die Frage der Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu klären, bei pflichtgemäßer Wahrnehmung seiner Verantwortung als einziger ortsanwesender alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Gesellschaft gehalten gewesen, unverzüglich die den Umständen nach gebotenen Maßnahmen zur Sicherung der Masse zu ergreifen. Dies hätte etwa in der Weise geschehen können, daß er durch entsprechende Anweisungen sicherstellte, daß bis zur Klärung der Situation keine zu weiteren Geldabflüssen führende Zahlungen der Gesellschaft geleistet wurden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war die bloße Möglichkeit einer einigermaßen glücklichen Abwicklung oder gar Sanierung der Gemeinschuldnerin oder die Hoffnung darauf nicht dazu geeignet, ihn von dieser Verpflichtung zu massensichernden Maßnahmen zu entbinden. Es wäre vielmehr auch hier an dem Beklagten gewesen darzulegen und zu beweisen, warum er die betreffenden Zahlungen nicht verhindern konnte oder einzelne von ihnen als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes für vereinbar (§ 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) erachten durfte.

d) Infolge der abweichenden Rechtsauffassung des Berufungsgerichts fehlt es bisher an einer rechtlicher Überprüfung standhaltenden Würdigung der Verschuldensfrage. Dies gilt sowohl für die Anspruchsgrundlage des § 64 Abs. 2 GmbHG als auch für diejenigen des § 64 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht

zurückzuverweisen, damit es die Verschuldensfrage unter den aufgezeigten Gesichtspunkten mit den Parteien erörtern und, gegebenenfalls unter Berücksichtigung ergänzenden Parteivortrags, erneut tatrichterlich würdigen kann.

3. a) Bei der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht allerdings zu berücksichtigen haben, daß der Entscheidung des vorliegenden Falles noch die alte Fassung des § 64 Abs. 1 GmbHG zugrunde zu legen ist. Der Konkurs über das Vermögen der Gemeinschuldnerin ist im Jahre 1984 eröffnet worden. Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986 (BGBl I Seite 721), auf dem der jetzige Gesetzestext beruht, ist dagegen erst am 1. August 1986 in Kraft getreten. Nach der bis dahin geltenden Fassung des § 64 Abs. 1 GmbHG hatten die Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach deren Eintritt, die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen. Entsprechendes sollte gelten, "wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt". Daraus hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung das Erfordernis abgeleitet, daß die Überschuldung mindestens aus einer nachvollziehbaren schriftlichen Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven der Gesellschaft mit Wert- und Schuldansätzen und Ausweisung der Bestände, vor allem auch der Warenbestände, ersichtlich sein müsse (sog. Bilanzerfordernis) und eine anderweit erlangte Kenntnis von einer eingetretenen Überschuldung der Gesellschaft nicht zur Auslösung der Konkursantragspflicht genüge. An dieser Rechtsprechung hat er ungeachtet der daran von weiten Teilen des Schrifttums geübten

Kritik unter Berücksichtigung seiner Gesetzesbindung im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, das Unterbleiben ihrer Änderung trotz der inzwischen bekanntermaßen mit ihrer Anwendung verbundenen Probleme und Unstimmigkeiten insbesondere auch bei der Novellierung des GmbH-Gesetzes durch den Gesetzgeber sowie auf den bei einer Aufgabe des Bilanzanfordernisses entstehenden Konflikt mit strafrechtlichen Normen (§ 84 Abs. 1 GmbHG) und Grundsätzen für die gesamte Geltungsdauer des § 64 Abs. 1 a.F. festgehalten; vgl. zuletzt Urt. v. 9. Juli 1991 - VI ZR 14/91, WM 1991, 1465 mit umfangr. Nachw. zur Rspr. des BGH sowie den gegenteiligen Stellungnahmen des Schrifttums). Diese Rechtsauffassung, die entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch der Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits zugrunde zu legen ist, gilt auch für § 64 Abs. 2 GmbHG. Zwar wiederholt der bei der Neufassung des Gesetzes unverändert gebliebene Wortlaut dieser Vorschrift das Bilanzanfordernis nicht ausdrücklich. Die Konkursantragspflichten des Abs. 1 und das Verbot masseschmälernder Zahlungen in Abs. 2 stehen jedoch in einem engen Zusammenhang miteinander. § 64 Abs. 2 GmbHG nimmt, indem er die dort getroffene Regelung ergänzt, nach altem wie nach neuem Recht auf Abs. 1 mindestens mittelbar Bezug. Insbesondere die unterschiedliche Formulierung der Haftungsvoraussetzungen, nämlich "Eintritt der Zahlungsunfähigkeit" einerseits und "Feststellung ihrer Überschuldung" andererseits, mußte, solange der Gesetzgeber für Abs. 1 in bezug auf den Konkursgrund der Überschuldung an dem Bilanzanfordernis festhielt, während er für den Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit deren Eintritt genügen ließ, als die Rechtsprechung bindende Verweisung auf die in Abs. 1 vorgenommene Differenzierung verstanden werden (siehe mittelbar

auch Scholz/K. Schmidt, GmbHG 7. Aufl. § 64 Rdn. 23, wo die - stehengebliebene - Formulierung des Gesetzes "Feststellung" auf den früher geforderten bilanziellen Ausweis zurückgeführt wird). Die inzwischen vorgenommene Änderung des Gesetzes berechtigt nicht nachträglich zu einer anderen Auslegung der bis dahin maßgeblichen Vorschrift.

b) Bei dieser Sachlage wird der Feststellung des Zeitpunktes der die Handlungspflichten nach § 64 GmbHG auslösenden Gesellschaftskrise besondere Bedeutung zukommen. Das Berufungsgericht hat dazu bisher aufgrund seines abweichenden Rechtsstandpunktes zur Frage des Verschuldens keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Nach dem Vorbringen des Klägers soll die Gemeinschuldnerin bereits ab 31. März 1982, also zum Ende des Geschäftsjahres 1981/1982, in einer für den Beklagten bei der gebotenen Wahrnehmung seiner Überwachungspflichten aus dem Rechenwerk der Gesellschaft erkennbaren Weise mit rund 17 Mio. DM überschuldet gewesen sein. Zum Ende der folgenden Geschäftsjahre soll sich diese Überschuldung auf knapp 69 Mio. DM und sodann (insofern unstreitig) auf weit über 100 Mio. DM erhöht haben. Sollte die weitere Aufklärung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht diesen Vortrag des Klägers bestätigen und ergeben, daß die Gemeinschuldnerin nicht erst zum 31. März 1984, sondern schon zu den behaupteten früheren Zeitpunkten überschuldet war, so wird es weiter zu berücksichtigen haben, daß bei der Prüfung, ob die Überschuldung aus der Bilanz der Gemeinschuldnerin ersichtlich war, aus rechtlicher Sicht nicht allein auf die Bilanzen, die diese Überschuldung gerade verschleierten, abgestellt werden kann. Zur Erfüllung des Bilanzanfordernisses im Sinne von § 64 Abs. 1 und 2 a.F. GmbHG

genügt es vielmehr, daß die Überschuldung der Gesellschaft aus einer nachvollziehbaren Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven mit Wert- und Schuldansätzen, die insbesondere auch die Bestände, vor allem die Warenbestände, ausweist, erkennbar ist. Selbst ein Zettel mit Zahlen kann dazu ausreichen (vgl. BGH, Urt. v. 9. Juli 1991 aaO m.w.N.). Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang insbesondere den Umstand zu würdigen haben, daß die zutreffenden Bestandsangaben im Unternehmen vorlagen und ihre Verwendung gerade zu dem Zweck, die Bilanz zu fälschen, unterblieben ist.

Was das Bilanzerfordernis für den Zeitpunkt kurz vor Konkurseröffnung angeht, so kann dessen Nichterfüllung nach dem gegenwärtigen Sachstand nicht bereits aus dem Umstand hergeleitet werden, daß der Beklagte am 19. oder 20. Juli 1984 bei Erhalt des Schreibens G... mit der Mitteilung einer Überschuldung der Gesellschaft in erheblicher Größe die Bilanzzahlen für das abgelaufene Geschäftsjahr noch nicht gekannt, sondern von dem eingetretenen Verlust konkret erst am späten Nachmittag des 23. Juli 1984 durch die Vorlage eines Computerausdrucks erfahren haben will. Es liegt vielmehr angesichts des äußerst geringen Abstandes zwischen diesen Daten nahe anzunehmen, daß der Beklagte zur Erlangung der Kenntnismöglichkeit im Sinne des § 64 Abs. 1 a.F. GmbHG nicht darauf angewiesen war, die förmliche Fertigstellung der Bilanz abzuwarten, sondern die Bilanzzahlen, aus denen die Überschuldung der Gesellschaft in geordneter Form zu ersehen war, bereits am 19. oder 20. Juli 1984 vorlagen und sich der Beklagte von ihnen unschwer umgehend Kenntnis hätte verschaffen können und unter den gegebenen Umständen auch hätte verschaffen müssen.

Nach dem Vortrag des Klägers soll die Gesellschaft überdies ab Anfang Juli 1984 zahlungsunfähig gewesen sein, wie sich daraus ergebe, daß sie nicht mehr in der Lage gewesen sei, die am 20. Juli 1984 fällige und bereits zur Auszahlung vorbereitete Mineralölsteuerzahlung in Höhe von rund 15 Mio. DM zu leisten. Das Landgericht hat die Richtigkeit dieses Vortrages unter Andeutung seiner Zweifel an dessen Schlüssigkeit letztlich dahingestellt gelassen, weil es aus seiner Sicht wegen der von ihm angenommenen Begründetheit des Klageanspruchs aus dem Gesichtspunkt der Überschuldung nicht ankam. Nachdem das Berufungsgericht jedoch entgegen dem Landgericht eine Haftung wegen Überschuldung verneinen wollte, wäre es geboten gewesen, notfalls nach weiterer Aufklärung Feststellungen zu diesem von dem Kläger in seiner Berufungserwidernng ausdrücklich aufrechterhaltenen Vortrag und einer sich möglicherweise daraus ergebenden Haftung, die sich allerdings nur auf die noch kurz vor der Konkurseröffnung erfolgten Zahlungen der Gesellschaft erstrecken könnte, zu treffen. Auch die Klärung dieser Frage wird das Berufungsgericht nachzuholen haben, falls es den Klageanspruch nicht schon aus dem Gesichtspunkt der Überschuldung für begründet erachtet.

4. a) Die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache gibt dem Berufungsgericht zugleich Gelegenheit, sich mit den Beanstandungen auseinanderzusetzen, welche die Revision dagegen erhoben hat, daß das Berufungsgericht den Klageanspruch wegen mangelnder Substantiierung des Vorbringens des Klägers hinsichtlich eines schadensbegründenden Verhaltens des Beklagten auch insoweit für unbegründet erachtet hat, als er auf eine Verletzung der Geschäftsfüh-

rungspflichtigen gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG gestützt worden ist. Ein solcher Anspruch aus sorgfaltswidriger Geschäftsführung kann grundsätzlich auch neben Ansprüchen aus § 64 GmbHG bestehen. Dabei kann es nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand dahinstehen, ob an der in einer früheren Entscheidung des Senats vom 18. März 1974 (II ZR 2/72, NJW 1974, 1088, 1089) unter Zustimmung von Teilen des Schrifttums (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 46; Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 11 u. Scholz/Uwe H. Schneider aaO § 43 Rdn. 105) vertretenen Ansicht festzuhalten ist, wonach eine solche Konkurrenz zumindest unter dem Gesichtspunkt des Einwandes unzulässiger Rechtsausübung ausscheidet, wenn der Verstoß mit Wissen und Wollen des Gesellschafters, dem in einer Zweipersonen-Gesellschaft das fahrlässige Dulden des vorsätzlichen Verhaltens des einen Gesellschafter-Geschäftsführers durch den anderen haftungsrechtlich gleich stehen muß, erfolgt ist. Es gibt gewichtige Gründe dafür, einem solchen Einverständnis der Gesellschafters keine haftungsausschließende Bedeutung beizumessen, wenn das fragliche Verhalten gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstößt, die, wie § 64 GmbHG in beiden Absätzen, zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger erlassen worden sind (vgl. etwa auch Scholz/Schneider aaO § 43 Rdn. 98 u. Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 34 trotz ihrer an anderer Stelle geäußerten Zustimmung zu der bezeichneten Senatsentscheidung). Dies bedarf jedoch gegenwärtig keiner Entscheidung, da die Klage im vorliegenden Fall, jedenfalls in erster Linie, auf einen Sachverhalt gestützt ist, bei dem es um eine Mitverantwortung des Beklagten für von G. veranlaßte Leistungen der Gemeinschuldnerin geht, durch die zugleich gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30,

31 GmbHG verstoßen sein dürfte. In einem solchen Falle vermag das Einverständnis der Gesellschafter schon kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nicht zu entlasten, §§ 43 Abs. 3, 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG.

b) Des weiteren gibt die Zurückverweisung dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit der Revisionsrüge auseinanderzusetzen, wonach sich der Klageanspruch teilweise auch aus dem Gesichtspunkt einer Verpflichtung des Beklagten zur Rückführung eines Darlehens rechtfertige, das die UP Nederland BV dem Beklagten und G. je aus Mitteln gewährt hatte, die zuvor von der Gemeinschuldnerin auf dieses Unternehmen verlagert worden waren. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts habe der Kläger auch diesen Anspruchsgrund in der Berufungsinstanz weiterverfolgen wollen.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz

Dr. Goette