

Verkündet

am 30. April 1955

Jodas, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

- 1.)
- 2.)
- 3.) der S [REDACTED] GmbH in D [REDACTED], vertreten durch
ihren Liquidator, den Dipl.-Kaufmann G. C [REDACTED]
in D [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],
- 4.) des Kaufmanns Artur K [REDACTED] jr. in H [REDACTED]
[REDACTED], N [REDACTED] F [REDACTED],
- 5.)

Beklagten und Revisionskläger,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Rechtsanwalt Max B [REDACTED] in D [REDACTED]
A [REDACTED] str. [REDACTED] als Konkursverwalter über das Ver-
mögen der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH in D [REDACTED],
M [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. April 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Del-
brück, Dr. Fischer, Dr. Kuhn und Dr. Winkelmann für Recht
erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 3) und 4) gegen das
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 9. Juli 1953 wird zurückgewiesen.
Die Beklagten zu 3) und 4) haben die Kosten der
Revisionsinstanz als Gesamtschuldner zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Konkursverwalter über das Vermögen der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH. Die Gesellschaft wurde am 11. Juli 1949 mit einem Stammkapital von 20.000 DM gegründet und am 6. Oktober 1949 ins Handelsregister eingetragen. Ihre beiden Gesellschafter und Geschäftsführer waren die Beklagten zu 1) (E [REDACTED]) und 2) (H [REDACTED]). Sie brachten das Geschäft und das Inventar einer vorher von ihnen betriebenen oHG ein, bewerteten diese Sacheinlage mit 15.000 DM und zahlten den Rest je zur Hälfte ein. Am 16. Februar 1950 wurde das Konkursverfahren über die GmbH eröffnet. Einem realisierbaren Vermögen von rund 10.000 DM standen rund 117.000 DM Schulden gegenüber.

Die Gemeinschuldnerin betrieb Großhandel mit Fischkonserven. Eine ihrer Abnehmerinnen war die S [REDACTED] GmbH, die Beklagte zu 3). Diese Gesellschaft hatten der Beklagte zu 2) und der Beklagte zu 4) (K [REDACTED]) am 14. Juni 1949 mit einem Stammkapital von 50.000 DM gegründet (Eintragung am 1. August 1949). Geschäftsführer dieser Gesellschaft waren die Beklagten zu 2) und 4). Gegenstand des Unternehmens war der Betrieb von Einzelhandelsgeschäften zum Verkauf von Fischen und Fischwaren. Die Beklagte zu 3) errichtete fünf Ladengeschäfte (in D [REDACTED], K [REDACTED] Straße, in D [REDACTED] [REDACTED] / H [REDACTED] 7, in V [REDACTED] und in K [REDACTED], H [REDACTED] und K [REDACTED] Straße). Beide Gesellschafter zahlten ihre Stammeinlagen von je 25.000 DM ein. Der Beklagte zu 4) ließ dem Beklagten zu 2) den Einlagebetrag. Zur Sicherheit hierfür verpfändete der Beklagte zu 2) seinen Geschäftsanteil dem Beklagten zu 4). Dieser bevollmächtigte den Beklagten zu 2), das Stimmrecht für den verpfändeten Geschäftsanteil auszuüben. Die Beklagte zu 3) blieb auf Warenlieferungen der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH 61.421,88 DM schuldig.

-3-

Am 25. November 1949 beschlossen die Beklagten zu 2) und 4) - nach ihrer Behauptung infolge von Unstimmigkeiten formlos die Auflösung der Beklagten zu 3). Die Auseinandersetzung sollte in der Weise vollzogen werden, daß der Beklagte zu 2) die Geschäfte in D [REDACTED], H [REDACTED] und V [REDACTED] und der Beklagte zu 4) die beiden Geschäfte in K [REDACTED] zugeteilt erhielt.

Zu diesem Zwecke trat der Beklagte zu 1) am 1. Dezember 1949 die Kaufpreisforderung der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH gegen die Beklagte zu 3) (61.421,88 DM) an den Beklagten zu 2) ab. Der Beklagte zu 2) verpachtete die ihm zugedachten drei Ladengeschäfte und verpflichtete sich gegenüber der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH, ihr seine Pachteinahmen abzuführen. Hierüber wurde nichts niedergelegt, auch eine Buchung wurde nicht vorgenommen.

Der Beklagte zu 4) erwarb von der Firma A [REDACTED] Heringsimport, einer anderen Gläubigerin der Beklagten zu 3), deren Warenforderung von 19.217,60 DM. Auf der Grundlage dieser Abtretung und der Abtretung der zuvor genannten 61.421,88 DM nahmen die Beklagten zu 2) und 4) am 11. Dezember 1949 die Auseinandersetzung des Vermögens der Beklagten zu 3) in der Weise vor, daß sie die danach verbleibenden Schulden von 12.290,41 DM je zur Hälfte übernahmen, die fünf Läden in der am 25. November 1949 vorgesehenen Weise aufteilten und das Darlehen des Beklagten zu 2) gegenüber dem Beklagten zu 4) für erloschen erklärten. Diese Beschlüsse wurden am 12. Dezember 1949 notariell beurkundet.

Der Beklagte zu 5) ist der Liquidator der Beklagten zu 3).

Unstreitig war die Beklagte zu 3) zur Zeit ihrer Auflösung illiquide.



Der Kläger ist der Ansicht, die Abtretung der 61.421,88 DM sei wegen Verstoßes gegen § 30 GmbHG nach den §§ 81 a GmbHG, 134 BGB und nach § 138 BGB nichtig, so daß die Beklagte zu 3) der Gemeinschuldnerin die 61.421,88 DM schulde. Unstreitig stellte die abgetretene Forderung den Hauptbestandteil des Vermögens der Gemeinschuldnerin dar. Der Kläger vertritt den Standpunkt, Ursache des Konkurses sei die Abtretung gewesen, die Gemeinschuldnerin sei von Anfang an kapitalschwach gewesen und habe einen Aderlaß von 61.421,88 DM, der gegen monatliche Abzahlungen in Höhe der Pachtraten (monatlich 750 DM oder 1.000 DM) habe ausgeglichen werden sollen, nicht vertragen können. Er behauptet weiter, die Beklagte zu 3) habe mit den 61.421,88 DM den Ausbau der fünf Läden finanziert, alle fünf Beklagten hätten zusammengewirkt, um den Beklagten zu 2) und 4) die Sachwerte der Beklagten zu 3) ohne eigenen Verlust zu erhalten, und alle fünf Beklagten hätten dabei in Kauf genommen, daß die F & H GmbH und ihre Gläubiger geschädigt werden könnten. Dieses Verhalten stelle sich für den Beklagten zu 1) als Geschäftsführeruntreue nach § 81 a GmbHG dar, an der die Beklagten zu 2), 4) und 5) als Anstifter, Mittäter oder Gehilfen teilgenommen hätten; es sei zudem sittenwidrig und verpflichte alle fünf Beklagten zum Schadensersatz nach den §§ 823 Abs 2 BGB, 81 a GmbHG, 826 BGB.

Der Kläger sieht den Schaden der Gemeinschuldnerin in deren Zusammenbruch, in der verzögerten, nur ratenweisen Zurückführung der 61.421,88 DM aus den Pachteinnahmen des Beklagten zu 2) und darin, daß der Beklagte zu 2) statt der Beklagten zu 3) Schuldner dieses Betrages geworden sei. Er verlangt Zahlung eines Teilbetrages von 30.000 DM.

Gegenüber den Beklagten zu 1), 2) und 5) wurde ein Antrag nicht verlesen.

Die Beklagten zu 3) und 4) behaupten, Ursache des Konkurses sei eine einstweilige Verfügung der Firma Ha [REDACTED] vom 12. Dezember 1949 und ein Eingreifen der Polizei auf Grund des Lebensmittelgesetzes gewesen. Die Gemeinschuldnerin hat sich mit der Firma Ha [REDACTED] vor Konkurseröffnung auf Zahlung eines Betrages von 2.000 DM verglichen. Bei dem polizeilichen Vorgehen handelt es sich nach den Behauptungen der Beklagten um folgendes: Die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH habe deutsche Sprotten unter dem Namen Ölsardinia und Ölsardinetta vertrieben; hiergegen sei die Polizei eingeschritten und habe sämtliche Waren dieser Art, auch bei den Kunden der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH, beschlagnahmt. Die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH habe auf diese Weise Verluste gehabt und deshalb Wechsel nicht einlösen können.

Die Beklagten zu 3) und 4) behaupten weiter, die Abtretung der 61.421,88 DM sei vorgenommen worden, damit die fünf Geschäfte der Beklagten zu 3) der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH als Absatzmöglichkeit für ihre Waren erhalten blieben. Bei der Abtretung hätten die Beklagten zu 1) und 2) durchaus pflichtgemäß gehandelt. Beide hätten geglaubt, daß die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH so am besten zu ihrem Gelde kommen würde. Der Beklagte zu 4) trägt vor, er sei an der Abtretung völlig unbeteiligt gewesen und die zwischen ihm und dem Beklagten zu 2) vollzogene Auseinandersetzung sei eine davon zu trennende einwandfreie Angelegenheit, ihn treffe weder ein Verschulden noch überhaupt ein Vorwurf. Von einer Sittenwidrigkeit seinerseits oder der Beteiligung an einer strafbaren Handlung könne bei ihm keine Rede sein.

Die Beklagten berufen sich auch darauf, daß die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH die Abtretung der 61.421,88 DM der Beklagten zu 3) am 1. Dezember 1949 mitgeteilt hat. Deshalb komme es gar nicht darauf an, ob die Abtretung nichtig sei oder nicht.

Der Beklagte zu 4) habe die Vermögensverhältnisse der E & H GmbH nicht gekannt, er habe die Abtretung für eine im Interesse dieser Gesellschaft liegende Maßnahme angesehen. Wolle man die Abtretung für nichtig halten und annehmen, die Beklagte könne sich auf § 409 BGE nur berufen, wenn sie die Nichtigkeit der Abtretung nicht gekannt habe, so sei auch diese Voraussetzung gegeben, da ihm die Nichtigkeit unbekannt gewesen und sein Nichtwissen auch für die Beklagte zu 3) maßgebend sei, weil der Beklagte zu 2) bei der Abtretung für sich persönlich und nicht für die Beklagte zu 3) tätig geworden sei.

Das Landgericht hat die Beklagte zu 3) antragsgemäß verurteilt und die Klage gegenüber dem Beklagten zu 4) abgewiesen. Die Berufung des Klägers führte zur Verurteilung des Beklagten zu 4) als Gesamtschuldner mit der Beklagten zu 3), während die Berufung der Beklagten zu 3) keinen Erfolg hatte. Mit der Revision verfolgen die Beklagten zu 3) und 4) ihren Klagabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Beklagten zu 3) und 4) aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB) zur Zahlung des eingeklagten Betrages verpflichtet. Es meint: Die Abtretung der Warenforderung von 61.421,88 DM und die Art und Weise der Liquidation der Beklagten zu 3) stelle einen groben Mißbrauch des GmbH-Rechts dar. Die E & H GmbH habe nur wenige Monate bestanden. Ihr wirtschaftliches Ergebnis habe in einer Überschuldung von rund 100.000 DM bestanden. Ihr einziger, das Stammkapital deckender Vermögenswert habe in der dem Beklagten zu 2) abgetretenen Forderung bestanden.

Sie sei von vornherein notleidend gewesen und habe mit einer Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebes nur bei Erhalt der ihr zustehenden Beträge rechnen können. Ihre Geschäftsführer hätten sich um die Beitreibung der 61.421,88 DM bemühen müssen. Die statt dessen vorgenommene Abtretung dieses Betrages an den Beklagten zu 2) habe es den Beklagten zu 2) und 4) ermöglichen sollen und ermöglicht, die Sachwerte der Beklagten zu 3) unter sich aufzuteilen und verlustlos aus dieser Gesellschaft herauszukommen. Durch die Abtretung sei die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH vollkommen ausgehöhlt worden. Das Versprechen des Beklagten zu 2), die Einnahmen aus der Verpachtung der ihm zugeteilten 3 Läden an die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH abzuführen, sei kein "entsprechender" Gegenwert für die Abtretung gewesen. Die Abtretung habe zum Zusammenbruch der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH führen müssen. Dessen seien sich die Beklagten zu 1) und 2) auch bewußt gewesen. Auch der Beklagte zu 4) sei sich hierüber und darüber im klaren gewesen, daß das Vermögen der Beklagten zu 3) nicht zwischen ihm und dem Beklagten zu 2) aufgeteilt werden könne, wenn die Beklagte zu 3) Schuldnerin der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH bleibe und der Beklagte zu 2) nicht deren Warenforderung erwürbe; mindestens habe er mit einer Schädigung der Gläubiger der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH gerechnet und das bewußt in Kauf genommen. Unter diesen Umständen stelle die Abtretung einen Verstoß gegen die §§ 30, 81 a GmbH dar. An ihm sei auch der Beklagte zu 4) beteiligt. Außerdem sei die Abtretung sittenwidrig und darum nach § 138 Abs 1 BGB nichtig. Sittenwidrig und darum nichtig sei auch die Auseinandersetzungsvereinbarung der Beklagten zu 2) und 4). Der Schutz des § 409 BGB komme der Beklagten zu 3) nicht zugute, da sie mit der Berufung auf die Abtretungsanzeige gegen die guten Sitten verstoße und arglistig handle.

Das Berufungsurteil ist im Ergebnis richtig.

1.) Die Beklagte zu 3) schuldet den eingeklagten Betrag aus Kauf.

a) Die Abtretung der 61.421,88 DM an den Beklagten zu 2) ist nichtig.

Es bedarf keiner Erörterung, ob das aus den §§ 30 GmbHG, 134 BGB abgeleitet werden kann und die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hierfür ausreichen. Denn mit Recht hält das Berufungsgericht die Abtretung für sittenwidrig.

Die Beklagte zu 3) war zwar nicht liquide. Das rechtfertigte aber nicht die Abtretung der 61.421,88 DM an den Beklagten zu 2), die die E. & H. GmbH nahezu vermögenslos machte und den Gläubigern dieser Gesellschaft das hauptsächlichste Befriedigungsobjekt entzog, dagegen den Beklagten zu 2) in Stand setzte, ohne Aufwendung eigener Mittel drei Ladengeschäfte zu erwerben. Das Berufungsgericht geht in Übereinstimmung mit dem Vortrag der Beklagten davon aus, daß die fünf Läden der Beklagten zu 3) ohne weiteres einen Käufer gefunden hätten und daß die Versilberung des Vermögens dieser Gesellschaft einen Erlös erbracht hätte, aus dem ihre Schulden und damit auch die Schuld gegenüber der E. & H. GmbH voll oder nahezu voll hätte gedeckt werden können. Bei einer Versilberung des Vermögens der Beklagten zu 3) liefen die Beklagten zu 2) und 4) allerdings Gefahr, ihre Einlage ganz oder teilweise zu verlieren. Die Beklagten zu 1) und 2) wollen ein Vorgehen gegen die Beklagte zu 3) unterlassen und die Abtretung gewählt haben, weil sie befürchtet hätten, die fünf Läden für den Absatz der Waren der E. & H. GmbH zu verlieren. Es läßt sich jedoch nicht leugnen, daß die Weggabe des wesentlichsten Vermögensstückes der E. & H. GmbH die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs dieser Gesellschaft

in Frage stellte. Diese Gefahr wäre nicht oder nicht in dem eingetretenen Maße heraufbeschworen worden, wenn die Beklagten zu 1) und 2) die Warenforderung von 61.421,88 DM dazu verwendet hätten, die fünf Ladengeschäfte der Beklagten zu 3) oder wenigstens einen Teil davon für ihre eigene Gesellschaft zu erwerben; wenn sie das, weil die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH nicht als Großhändlerin und als Einzelhändlerin zugleich auftreten konnte, nicht offen tun durften, konnten sie den Erwerb der Einzelhandelsgeschäfte durch einen Treuhänder vollziehen. Statt dessen haben sie das hauptsächlichste Vermögensstück ihrer Gesellschaft aus der Hand gegeben und dagegen die Seestern GmbH gegen den vermögenslosen Beklagten zu 2) als Schuldner eingetauscht. Der Beklagte zu 2) sollte die abgetretene Forderung im eigenen Interesse und im Interesse des Beklagten zu 4) dazu benutzen, daß die Versilberung des Vermögens der S [REDACTED] GmbH vermieden werden und deren Vermögen zwischen dem Beklagten zu 2) und dem Beklagten zu 4) aufgeteilt werden konnte. Der Beklagte zu 2) sollte den Betrag der abgetretenen Forderung nicht auf einmal, sondern nur in den Raten schulden, wie ihm Einnahmen aus der Verpachtung der ihm zugedachten drei Läden zufließen. Das war, wie das Berufungsgericht mit Recht sagt, eine sittenwidrige Aushöhlung der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH durch Mißbrauch der Vertretungsmacht des Beklagten zu 1) als ihres Geschäftsführers. Die vom Beklagten zu 2) übernommene Verpflichtung, seine Pachteinahmen bis zur Höhe von 61.421,88 DM an die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH abzuführen, war kein zu verantwortendes Entgelt für die einbringbare Forderung gegen die S [REDACTED] GmbH. Die wirtschaftliche Lage der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH gestattete es nicht, diese Forderung ohne einen alsbaldigen und vollwertigen Gegenwert zu dem Zwecke wegzugeben, der Gesellschaft die fünf Einzelhandelsgeschäfte der S [REDACTED] GmbH als Abnehmer zu erhalten. Mag selbst dieser Zweck eine maßgebende Rolle für die Beklagten zu 1) und 2) gespielt haben, so durften sie doch das hauptsächlichste Ver-

mögensstück der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH nicht zu der vorgenommenen Transaktion benutzen, durch die erreicht wurde, daß die Beklagten zu 2) und 4) verlustlos aus der S [REDACTED] GmbH hervorgingen und deren Geschäfte unter sich aufteilen konnten, während die eigene Gesellschaft einen Betrag von der beträchtlichen Höhe von 61.421,88 DM nur in kleinen monatlichen Raten erhalten sollte und die Gläubiger der Gesellschaft lange zuwarten sollten, obwohl deren Geld der Beklagten zu 3) in Form von Warenlieferungen zugeflossen war. Unter den gegebenen Vermögens- und Schuldenverhältnissen durfte nicht angestrebt und erreicht werden, daß der Beklagte zu 2) ohne nennenswerte Aufwendungen Inhaber von drei Ladengeschäften wurde, während die Warenlieferanten der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH hingehalten wurden und womöglich leer ausgingen. Die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH ist zu dem Zweck gegründet worden, die Geschäfte der S [REDACTED] GmbH mit Ware zu versorgen; durch die Läden der S [REDACTED] GmbH sollte der Absatz der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH sichergestellt werden. Die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH war zwischen die Warenlieferanten und die S [REDACTED] GmbH geschaltet und durfte nicht dazu mißbraucht werden, die Warenlieferanten um ihr Geld zu bringen, während der Beklagte zu 2) durch die gleiche Transaktion ohne geldlichen Aufwand zu drei Einzelhandelsgeschäften kam. Unter allen diesen Umständen ist die Abtretung nach § 138 Abs 1 BGB nichtig.

b) § 409 BGB steht der Beklagten zu 3) nicht zur Seite.

Nach dieser Bestimmung muß allerdings derjenige, der seinem Schuldner mitgeteilt hat, daß er die Forderung abgetreten habe, dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn die Abtretung nicht wirksam ist. Diesen Schutz verdient aber die Beklagte zu 3) nicht. Das Reichsgericht (Bd 126, 183; JW 1926, 2529) hat angenommen, daß der Schutz des § 409 BGB selbst dann nicht versagt, wenn der Schuldner die Unwirksamkeit der

Abtretung kennt, es sei denn, daß die Berufung auf § 409 BGB den Tatbestand des § 826 BGB erfüllt (ebenso RGRKomm z BGB § 409 Anm 1). Diese Einschränkung genügt nicht. Es bedarf keiner Entscheidung, ob man mit Heck, Schuldrecht S 206/7 und Esser, Schuldrecht § 182, 6 sagen kann, § 409 BGB müsse im Hinblick auf seine Entstehungsgeschichte und die Regeln über den guten Glaubensschutz dem § 407 BGB angepaßt, also dahin eingeschränkt werden, daß sich auf die Abtretungsanzeige nur berufen könne, wer die Unwirksamkeit der Abtretung nicht kennt. Jedenfalls verstößt eine GmbH gegen Treu und Glauben, wenn sie sich auf die Anzeige einer unsittlichen Abtretung beruft, die ihren Gesellschaftern zum Vorteil dient und deren Unsittlichkeit sie kennt.

Die Revision meint, das Wissen des Beklagten zu 2) um die Unsittlichkeit der Abtretung schade der Beklagten zu 3) nichts, da er seine Kenntnis nicht in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beklagten zu 3), sondern als Gesellschafter der E[REDACTED] & H[REDACTED] GmbH erlangt habe, und dem Beklagten zu 4) sei die Unsittlichkeit der Abtretung nicht bekannt gewesen. Sie übersieht hierbei, daß das Wissen eines Organmitglieds das Wissen der Gesellschaft ist (RG JW 1935, 2044) und daß es dafür nicht darauf ankommt, in welcher Eigenschaft ein Organmitglied sein Wissen erlangt hat. Auf den Beklagten zu 4) kommt es daher in diesem Zusammenhang nicht erst an.

Es bedarf darum auch nicht erst der Entscheidung, wie sich § 409 BGB auswirkt, wenn sich die angeblich abgetretene Forderung gegen eine GmbH richtet und bei der Auseinandersetzung zugunsten eines der Gesellschafter als des angezeigten Zessionars berücksichtigt wird.

Trotz der Abtretung und der Anzeige davon blieb die Beklagte zu 3) Schuldnerin der E[REDACTED] & H[REDACTED] GmbH.

2.) Sie ist der Konkursmasse dagegen nicht schadensersatzpflichtig. Ein solcher Anspruch könnte nur auf § 31 BGB gestützt werden. Die Beklagten zu 2) und 4) haben jedoch weder bei der Abtretung noch bei dem Auflösungs- und Auseinandersetzungsbeschluß als statutarisch berufene Vertreter der Beklagten zu 3) gehandelt.

3.) Dagegen ist der Beklagte zu 4) verpflichtet, den der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH durch die Abtretung entstandenen Schaden zu ersetzen.

Für eine Verurteilung aus den §§ 823 Abs 2 BGB, 81 a GmbHG reicht allerdings die vom Berufungsgericht gegebene Begründung nicht aus.

Es ist zwar richtig, daß § 81 a GmbHG für die Gesellschaft Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 BGB ist (vgl. RGZ 157, 216; JW 1935, 3302/3). Zur Gesellschafteruntreue gehört aber das Bewußtsein des Täters von der Pflichtwidrigkeit seiner Handlung (BGH BB 1953, 215). Daran fehlt es, wenn der Handelnde im Hinblick auf die von ihm verfolgten Zwecke annehmen konnte, pflichtgemäß im Interesse der Gesellschaft zu handeln (RGSt 69, 206 ff). Die Beklagten haben behauptet, die Abtretung sei vorgenommen worden, um die fünf Einzelhandelsgeschäfte der S [REDACTED] GmbH als Abnehmer der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH zu erhalten, und geglaubt, damit pflichtgemäß zu handeln. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Behauptung nicht auseinandergesetzt. Es kann daher mangels ausreichender tatsächlicher Grundlage nicht beurteilt werden, ob sich die Beklagten zu 1), 2) und 4) im strafrechtlichen Sinne schuldig gemacht haben. Das kann jedoch auf sich beruhen, denn das Berufungsgericht hat darin Recht, daß § 826 BGB zutrifft.

Der Beklagte zu 4) war an der sittenwidrigen Abtretung des Anspruchs auf Zahlung von 61.421,88 DM beteiligt. Vor

Vornahme dieser Abtretung hat er mit dem Beklagten zu 2) beschlossen, die S [REDACTED] GmbH aufzulösen und die fünf Einzelhandelsgeschäfte untereinander zu verteilen. Voraussetzung dieser Aufteilung war, daß der Beklagte zu 2) die Warenforderung der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH erwarb. Der Beklagte zu 4) hat daher durch seine Zustimmung zu dem mit dem Beklagten zu 2) gefaßten Beschluß vom 25. November 1949 die Grundlage dafür geschaffen, daß die Abtretung zur Aufteilung der Ladengeschäfte unter die Gesellschafter der S [REDACTED] GmbH führen konnte. Durch diesen Beschluß und den Verteilungsbeschluß vom 11./12. Dezember 1949 hat er es erst ermöglicht, daß die Abtretung der Warenforderung der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH an den Beklagten zu 2) ihren Zweck erreichen konnte. Ohne die zugesagte Mitwirkung des Beklagten zu 4) wäre die Abtretung nicht vorgenommen worden, und, falls der Beklagte zu 4) wenigstens der vollzogenen Abtretung die Anerkennung versagt haben würde, hätte die Abtretung ihren Sinn verfehlt. Aus der Abtretung zog er bedeutenden Vorteil. Sie ermöglichte es den beiden Gesellschaftern der S [REDACTED] GmbH, die Einzelhandelsgeschäfte nicht zur Berichtigung der Schuld von 61.421,88 DM zu versilbern, die Geschäfte unter sich aufzuteilen und auf diese Weise verlustlos aus der Gesellschaft hervorzugehen. Daß die Abtretung eines so hohen Betrages für die E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH eine schwere Gefährdung bedeutete, hat der Beklagte zu 4), der vorher eine Prüfung der Vermögenslage der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH hatte vornehmen lassen, klar erkannt. Es ist daher rechtlich einwandfrei, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, der Beklagte zu 4) habe eine Schädigung der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH für den Fall ihres Eintritts gebilligt. Den Beklagten zu 4) trifft darum der Vorwurf, sich an einer vorsätzlichen, gegen die guten Sitten verstoßenden Schädigung der E [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH beteiligt zu haben (§ 826 BGB).

4.) Wer schadensersatzpflichtig ist, hat nach § 249 BGB den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Beklagte zu 4) hat daher der Konkursmasse mindestens den Betrag zu ersetzen, den die Gemeinschuldnerin auf die Forderung von 61.421,88 DM bei der Beklagten zu 3) hätte betreiben können. Welcher Betrag dies ist, hat das Berufungsgericht zwar nicht festgestellt. Dazu hatte es aber auch keinen Anlaß, weil die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß diese Forderung ganz oder nahezu ganz hätte eingebracht werden können, und weil nur ein Betrag von 30.000 DM eingeklagt worden ist. Die Beklagten haben lediglich geltend gemacht, ein Betrag dieser Höhe dürfe deshalb nicht zugesprochen werden, weil von den ursprünglichen 61.421,88 DM nach den Pachtabführungen des Beklagten zu 2) nicht mehr 30.000 DM verblieben. Das Berufungsgericht hält das für unrichtig, weil der Kläger nach dem eigenen Vortrag der Beklagten bloß 24.000 DM erhalten habe. Die Revision irrt, wenn sie rügt, das Berufungsgericht habe sich insoweit mit dem einseitigen Vortrag des Klägers begnügt. Denn tatsächlich haben die Beklagten mit ihrem Schriftsatz vom 30.5.53 (S 2 Bl 169 dA) vorgetragen, der Kläger habe an Pachtabführungen insgesamt 24.000 DM erhalten. Soweit die Revision weiter geltend macht, der Kläger müsse noch mehr erhalten haben, das Berufungsgericht habe den Beweisantritt auf Seite 4 der Klagebeantwortung vom 31.1.51 übergangen, daß ab Mai 1950 an die Konkursmasse monatlich 1.000 DM geflossen seien, kann ihr nicht gefolgt werden, da dieser Beweisantritt durch die Zahlenangabe im Schriftsatz vom 30.5.53 überholt war.

Die Revision konnte daher keinen Erfolg haben und
war darum mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Center

Dr. Delbrück

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Winkelmann