

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

(nicht zu d und h)

GesO § 10 Abs. 1 Nr. 2

- a) § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO setzt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraus. Wird eine andere Leistung als ein Vertrag angefochten, so ist die Vollwertigkeit des dafür erbrachten Entgelts Maßstab für die Gläubigerbenachteiligung, bei einer Schuldtilgung also die Rechtswirksamkeit der erfüllten Verpflichtung.
- b) Wird eine bei ihrer Begründung ausgewogene Schuld getilgt, so führt eine Entwertung der Gegenleistung zwischen Entstehung und Tilgung der Schuld nur dann unmittelbar zu einer Gläubigerbenachteiligung, wenn die nachträgliche Entwicklung dem Schuldner das Recht gegeben hätte, sich in günstiger Weise vom Vertrag zu lösen oder eine Herabsetzung der eigenen Leistung zu fordern.
- c) Zu den nahestehenden Personen eines Schuldners in der Rechtsform einer juristischen Person gehört, wer aufgrund eines Geschäftsführungsvertrages mit dem Schuldner die Möglichkeit hat, sich über dessen wirtschaftliche Verhältnisse umfassend zu unterrichten.

Das trifft auch für eine juristische Person zu, deren Geschäftsführer und/oder Alleingesellschafter wiederum eine dem Schuldner nahestehende Person ist.

GesO § 10 Abs. 1 Nr. 2; DMBilG § 24 Abs. 1

- d) Bei einem Treuhandunternehmen als Schuldner war eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht nicht allein schon deshalb bis zur Ablehnung der Ausgleichsforderung durch die Treuhandanstalt ausgeschlossen, weil die Treuhandanstalt vor Eingang der festgestellten Eröffnungsbilanz die Sanierung des Unternehmens anstrebte.

BGB § 138 B b Abs. 1; PatG 1981 § 15

- e) Hat der Inhaber eines gewerblichen Schutzrechts für die Bundesrepublik Deutschland die marktwirtschaftliche Un-
erfahrenheit des Leiters eines volkseigenen Betriebs zum
Abschluß eines Lizenzvertrages ausgenutzt, aufgrund des-
sen der Lizenznehmer kurzfristig hohe Mindestgebühren zu
zahlen hat, so kann das sittenwidrig sein, wenn die da-
für gewährte Nutzung des Schutzrechts bereits im Zeit-
punkt des Vertragsschlusses erheblich weniger wert war.

BGB § 242 Bb; PatG 1981 § 15

- f) Hat ein Lizenznehmer in der früheren DDR vor Herstellung
der Währungseinheit mit der Bundesrepublik Deutschland
einem Lizenzgeber in den alten Bundesländern eine Min-
destgebühr zugesagt, die aufgrund beiderseits erwarteter
hoher Umsätze in den Staaten des ehemaligen östlichen
Wirtschaftssystems berechnet wurde, so kann der weitge-
hende Wegfall dieser Märkte infolge der bei Vertrags-
schluß nicht abzusehenden Einführung der Deutschen Mark
in den neuen Bundesländern zu einem Wegfall der Ge-
schäftsgrundlage führen.

AktG 1965 § 93 Abs. 3 Nr. 6; GUG § 5 F: 31. August 1990;
DMBilG § 56 b Abs. 1

- g) Solange die Pflicht des Vorstands, die Eröffnung der Ge-
samtvollstreckung zu beantragen, ausgesetzt war, machte
der Vorstand sich nicht allein dadurch ersatzpflichtig,
daß er nach dem Hervortreten einer Überschuldung noch
Zahlungen leistete.

AktG 1965 § 93 Abs. 2 Satz 1; GesO § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2

- h) Tilgt der Vorstand bestehende Gesellschaftsschulden, so
ist er der Gesellschaft nicht allein deswegen ersatz-
pflichtig, weil andere Zahlungspflichten nicht erfüllt
werden und die Tilgung im Insolvenzfall wegen Gläubi-
gerbenachteiligung anfechtbar ist.

BGH, Urt. v. 6. April 1995 - IX ZR 61/94 - OLG Stuttgart
LG Ulm

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 61/94

URTEIL

Verkündet am:
6. April 1995
Vetter-Haschke
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit



Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 1995 durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 16. Februar 1994 aufgehoben, soweit nicht darin in Höhe von 31.011,64 DM zuzüglich Zinsen zu Lasten des Beklagten zu 2) erkannt ist (I 1 Abs. 2 des erkennenden Teils des Urteils).

Die Klage gegen den Beklagten zu 2) wird unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Ulm vom 15. Mai 1993 in Höhe von 231.285,52 DM nebst Zinsen abgewiesen. Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der E. K. GmbH i.A. (nachfolgend: EKV oder Schuldnerin), eines früheren Volkseigenen Betriebes. Sie war wie die Beklagte zu 1) (fortan auch: die Beklagte) mit Herstellung und Vertrieb von Kunststoffprodukten befaßt. Der Beklagte zu 2) (nachfolgend auch: der Beklagte) ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten zu 1).

Durch Lizenzvertrag vom 2. April 1990 erwarb der Rechtsvorgänger der EKV von der Beklagten die Rechte, deren Produkte herzustellen und zu vertreiben. Für das Recht, im Gebiet der früheren DDR und der Ostblockstaaten allein Produkte aus dem Katalog der Beklagten verkaufen zu dürfen, war eine Einstandszahlung von 150.000 DM zu leisten. Ferner sollte der Rechtsvorgänger der EKV für das Recht, bestimmte Artikel - für welche die Beklagte Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster hatte - herstellen und im bezeichneten Gebiet allein vertreiben zu dürfen, eine Mindestlizenzgebühr von 494.750 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zahlen.

Die Beklagte zu 1) lieferte in der Folgezeit der EKV auch Geräte sowie Waren und setzte eigenes Personal ein. Der Beklagte zu 2) bemühte sich, die EKV zu übernehmen. Dazu schloß er mit ihr am 9. Oktober 1990 einen Betriebsführungsvertrag, demzufolge er die Geschäfte der EKV leitete.

Nach § 3 Nr. 2 des Vertrages sollten sich Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeit des Betriebsführers sinngemäß nach § 93 AktG richten.

Am 14. November 1990 stellte die EKV Schecks über 250.000 und 150.000 DM an die Beklagte zu 1) aus, die sie in der Folge dem Beklagten zu 2) aushändigte. In gleicher Weise erhielt er noch Schecks vom 8. und 17. Dezember 1990 sowie 15. Januar 1991 über 150.000 DM, 200.000 DM und 286.995 DM. Alle Schecks wurden zu Lasten der EKV eingelöst.

Nach der Vorlage der DM-Eröffnungsbilanz für die EKV wies die Treuhandanstalt den Geschäftsführer jener Gesellschaft an, die Gesamtvollstreckung zu beantragen. Der Eröffnungsantrag wurde am 15. Februar 1991 gestellt und das Verfahren am 23. März 1991 eröffnet.

Der Kläger verlangt von der Beklagten zu 1) im Wege der Anfechtung die Rückerstattung der durch die fünf Schecks erlangten Beträge. Den Beklagten zu 2) nimmt er in derselben Höhe auf Schadensersatz wegen Verletzung des Betriebsführervertrages in Anspruch. Das Berufungsgericht hat beide Beklagten unter anderem zur Zahlung von 1.005.983,36 DM verurteilt. Dagegen richten sich die Revisionen beider Beklagter.

Entscheidungsgründe

Die Rechtsmittel haben Erfolg.

A.

Klage gegen die Beklagte zu 1)

I.

Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt: Die Anfechtung greife gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO durch, weil die Beklagte eine der Schuldnerin "nahestehende Person" sei. Die Beklagte könne nicht beweisen, daß die Schuldnerin nicht in Gläubigerbenachteiligungsabsicht gehandelt habe. Insoweit sei auf die Willensrichtung des Beklagten zu 2) abzustellen. Die Gefahr einer Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens habe wegen Überschuldung der EKV nahe gelegen. Auch könne nicht festgestellt werden, daß die einzelnen Zahlungen "durchgängig als völlig kongruente Deckungsgeschäfte bzw. im Zuge von Bargeschäften" erfolgt seien. Sogar wenn man die Wirksamkeit der Lizenzvereinbarung vom 2. April 1990 unterstelle, seien die Zahlungen darauf teilweise verfrüht erfolgt. Der Kaufpreisteil von 150.000 DM für drei Spritzgießwerkzeuge sei eindeutig verspätet, andererseits aber vor Anlaufen der Produktion ge-

zahlt worden. Die restlichen Zahlungen seien mindestens teilweise unberechtigt erfolgt, weil die Beklagte nicht in vollem Umfange Ansprüche auf Spesenerstattung gehabt habe.

II.

Diese Ausführungen werden dem Umstand nicht gerecht, daß die EKV mit den Zahlungen jedenfalls weitgehend eigene Verbindlichkeiten getilgt hat; darauf beruft sich die Revision auch.

§ 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO setzt - wie die als Vorbild dienende Vorschrift des § 31 Nr. 2 KO (vgl. hierzu Senatsurt. v. 29. April 1986 - IX ZR 145/85, ZIP 1986, 787, 788; Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 29 Rdn. 64; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 31 Rdn. 27) und § 133 Abs. 2 InsO - eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraus (ebenso Gottwald/Huber, Nachtrag "Gesamtvollstreckungsordnung" zum Insolvenzrechts-Handbuch Kap. III 7 B Rdn. 13; Smid/Zeuner, GesO 2. Aufl. § 10 Rdn. 53). Das kommt in den Worten "durch sie (das heißt die Rechtshandlung) ... zum Nachteil der Gläubiger ... erbracht" zum Ausdruck. Erst der Umstand, daß die Leistung die Gläubiger unmittelbar gefährdet, rechtfertigt in Verbindung mit der nahen Beziehung des Empfängers zum Schuldner die Umkehr der Beweislast. Hingegen erscheint es nicht vertretbar, eine dem Schuldner nahestehende Person, die ihm ein gleichwertiges Entgelt erbringt, in beweismäßiger Hinsicht nur deshalb schlechter zu stellen, weil die Gegenleistung später aus anderen, vom Empfänger

nicht zu vertretenden Gründen nicht mehr zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung steht und deshalb mittelbar eine Gläubigerbenachteiligung eintritt. An jener Voraussetzung ändert es nichts, daß nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO nicht nur - wie gemäß § 31 Nr. 2 KO, § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG und § 133 Abs. 2 InsO - Verträge, sondern alle "Leistungen" anfechtbar sind. Da sie jedenfalls für ein Entgelt erbracht worden sein müssen, ist die Vollwertigkeit dieses Entgelts zugleich der Maßstab für den Eintritt der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung. Bei einer Schuldtilgung - wie vorliegend - ist demgemäß auf die Ausgewogenheit der erfüllten Verpflichtung abzustellen.

Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung liegt nicht vor, wenn für einen vom Schuldner veräußerten Gegenstand unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen fließt (RGZ 116, 134, 136; BGH, Urt. v. 9. Februar 1955 - IV ZR 173/54, LM § 30 KO Nr. 2; v. 15. Dezember 1994 - IX ZR 153/93, ZIP 1995, 134, 135, z.V.b. in BGHZ; Jaeger/Henckel aaO § 29 Rdn. 65; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 29 Rdn. 22). Bezieht der Schuldner, wie hier, Waren oder Dienstleistungen, so gefährdet die von ihm erbrachte Bezahlung die Gläubiger nur insoweit unmittelbar, als der Preis den objektiven Wert des Erlangten übersteigt (vgl. BGHZ 28, 344, 347; 77, 250, 253 f).

Zu alledem hat das Berufungsgericht nichts festgestellt. Im einzelnen gilt:

1. Die EKV hat 735.015 DM auf den Lizenzvertrag vom 2. April 1990 bezahlt. Das Berufungsgericht unterstellt dessen Rechtswirksamkeit. Danach hatte die EKV bis "Ende September bzw. Anfang Oktober 1990" eine "Einstandszahlung" von 150.000 DM für das Vermarktungsrecht zu zahlen. Diese Zahlung war nach dem Vertrage nicht von irgendeinem Umsatz abhängig und sollte der Beklagten auf jeden Fall verbleiben. Eine derartige "Grundzahlung" für ein räumlich begrenztes ausschließliches Vertriebsrecht ist rechtlich nicht allgemein unzulässig. Bei Patentlizenzen ist sie nicht unüblich (vgl. Benkard/Ullmann, Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz 9. Aufl. § 15 Rdn. 77; Stumpf/Groß, Der Lizenzvertrag 6. Aufl. C Rdn. 114; Henn, Patent- und Know-How-Lizenzvertrag 2. Aufl. S. 146, 149 f; Pagenberg/Geissler, Lizenzverträge 3. Aufl. 1 Rdn. 177, 218 f; Lüdecke/Fischer, Lizenzverträge Rdn. F 29; Vollrath GRUR 1983, 52 ff). Im vorliegenden Falle wurde die Einstandszahlung allerdings nicht für das Herstellungsrecht versprochen. Jedoch ist nicht ohne weiteres auszuschließen, daß die bloße Befugnis, Waren eines bestimmten Herstellers in einem räumlich abgegrenzten Bereich allein vertreiben zu dürfen, einen Vermögensvorteil - etwa in preislicher Hinsicht - darstellt. Zwar sah die Vertragsurkunde für die Einstandszahlung - anders als für die Lizenzgebühren - nicht ausdrücklich die Übernahme der Mehrwertsteuer durch den Rechtsvorgänger der EKV vor. Die Parteien gehen aber stillschweigend davon aus, daß dies mitvereinbart war.

Als pauschale Mindestlizenzgebühr für die gesamte vertragliche Laufzeit waren 494.750 DM zuzüglich Mehrwertsteuer "im Dezember 1990" zur Zahlung fällig. Eine solche Pau-

schalierung einer Mindest-Lizenzgebühr auf der Grundlage des erwarteten Umsatzes ist ebenfalls grundsätzlich zulässig (vgl. BGH, Urt. v. 5. Juli 1960 - I ZR 63/59, GRUR 1961, 27, 28 f; Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 77; Stumpf/Groß aaO Rdn. 118; Pagenberg/Geissler aaO Rdn. 208; Henn aaO S. 152, 156 f). Der Betrag war auf der Grundlage einer geschätzten Verkaufszahl und einer Lizenzquote von 4 % für zehn Jahre im voraus errechnet und auf die Hälfte "abgezinst" worden; eine Erhöhung bei größeren Verkaufszahlen blieb vorbehalten. Durch die Teilzahlung schon im November 1990 wären den Gläubigern der EKV allenfalls Nutzungsvorteile entzogen worden; deren Ersatz wird mit der Klage nicht begehrt.

Endlich hat das Berufungsgericht nicht die - an sich ungewöhnliche - Verknüpfung der "Einstandszahlung" mit der pauschalierten Mindest-Lizenzgebühr (vgl. dazu Henn aaO S. 147) beanstandet. Die vertraglich eindeutig geregelten Forderungen der Beklagten aus dem Lizenzvertrag sollten auch unabhängig davon bestehen, daß diese eine Rechnung darüber erst Anfang Februar 1991 ausstellte und daß die Lizenzen mit dinglicher Wirkung nicht vor vollständiger Bezahlung der Gebühren erteilt sein sollten. Im übrigen hätte eine Zahlung vor Fälligkeit wiederum allenfalls zu einem Zinsschaden geführt.

Allerdings hat die EKV aufgrund des Lizenzvertrages tatsächlich nur noch Waren für insgesamt rund 500.000 DM verkaufen können. Unabhängig vom insolvenzbedingten vorzeitigen Vertragsende erschien es schon im Zeitpunkt der Zahlung zweifelhaft, ob die EKV die in der Kalkulation voraus-

gesetzten Umsätze hätte erzielen können; nach der Währungs-
umstellung in den neuen Bundesländern wurde die Ware für
den vorgesehenen Absatzmarkt in Osteuropa zu teuer. Jedoch
ist die Ausgewogenheit des Lizenzvertrages vom

2. April 1990 nicht ohne weiteres aufgrund dieser nachträg-
lichen Entwicklung zu beurteilen. Vielmehr ist maßgeblicher
Zeitpunkt für den Eintritt einer unmittelbaren Gläubigerbe-
nachteiligung grundsätzlich die Vollendung der anfechtbaren
Rechtshandlung (vgl. Senatsurt. v. 15. Dezember 1994

- IX ZR 153/93, aaO S. 136 f). Wird eine Verbindlichkeit
erfüllt, so entscheidet ihr rechtlicher Bestand im Augen-
blick der Erfüllung. Denn die Befreiung von einer rechts-
gültigen, unanfechtbaren Verbindlichkeit ist regelmäßig ein
vollwertiger wirtschaftlicher Ausgleich für die entspre-
chende Tilgungsleistung. Der Umstand, daß im Zeitpunkt der
Leistung der wirtschaftliche Wert der vom Schuldner erlang-
ten vertraglichen Gegenleistung gesunken sein mag, ist da-
gegen für die unmittelbare - im Gegensatz zur mittelbaren -
Gläubigerbenachteiligung nicht ohne weiteres erheblich
(vgl. BGH, Urt. v. 9. Februar 1955 - IV ZR 173/54, aaO).

Eine derartige nachträgliche Störung des Vertragsgleichge-
wichts ist auch anfechtungsrechtlich nur in dem Maße erheb-
lich, als sie dem Schuldner das Recht gegeben hätte, eine
Herabsetzung seiner eigenen Leistung zu fordern oder sich
in günstiger Weise vom Verträge zu lösen. Bestand eine sol-
che Möglichkeit von Rechts wegen und nahm der Schuldner sie
nicht wahr, so ist sie allerdings der Bemessung der Ausge-
wogenheit zugrunde zu legen. Gab andererseits die nachträg-
liche Entwicklung nicht das Recht, eine Vertragsänderung
durchzusetzen, so bleibt die vorausschauende Sicht bei der
Begründung der getilgten Schuld maßgeblich. Dies ist wegen

des gesetzlichen Gebots der Vertragstreue der Regelfall. Abweichendes hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seine Feststellungen ergeben deshalb keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung durch diese Zahlungen.

2. Mit dem am 14. November 1990 ausgestellten Scheck über 150.000 DM sollte ein Kaufpreisanspruch der Beklagten weitgehend getilgt werden. Diese hatte der EKV drei Spritzgießwerkzeuge geliefert und dafür mit Datum vom 1. September 1990 160.135 DM berechnet. Der Umstand, daß die Beklagte mit den Maschinen im Zeitpunkt der Bezahlung noch nicht produzierte, änderte an ihrer Zahlungspflicht gemäß § 433 Abs. 2 BGB nichts. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung steht deshalb nicht fest.

3. Der letzte Scheck sollte im Betrage von 151.980 DM dazu dienen, 32 verschiedene Rechnungen der Beklagten zu bezahlen. Davon sind noch 120.968,36 DM im Streit, nachdem das Berufungsgericht die Klage gegen die Beklagte zu 1) in Höhe von 31.011,64 DM unangefochten abgewiesen hat. Im einzelnen:

a) Zwischen dem 16. Oktober und 30. November 1990 hatte die EKV Verkaufsware für zusammen 81.285,52 DM bei der Beklagten erstanden (Rechnungen Nr. 5002 v. 24. Oktober, 5006 v. 26. Oktober, Nr. 5051 und 5053 v. 22. November, Nr. 5075 bis 5077, 5084 und 5086 bis 5089 v. 6. Dezember sowie Nr. 6005 bis 6007 v. 14. Dezember 1990). Gegen die sachliche Angemessenheit der Preise hat nicht einmal der Kläger substantiierte Bedenken erhoben. Seine pauschale Ansicht, alle "Leistungen" seien "in erster Linie im Interes-

se des Beklagten zu 2) als Übernehmer" erbracht worden, ist im Hinblick auf § 433 Abs. 2 BGB unerheblich. Soweit er die Tatsache der Lieferungen pauschal mit Nichtwissen bestreitet, ist dies auch dann gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig, wenn die Buchhaltung des Schuldners mangelhaft geführt worden war. Denn der Kläger muß sich notfalls bei den früheren Verantwortlichen erkundigen (vgl. BGH, Urt. v. 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93, NJW 1995, 130, 131 und zum Auskunftsanspruch des Gesamtvollstreckungsverwalters § 8 Abs. 2 und § 3 GesO sowie Gottwald/Klopp aaO Kap. III 1 B Rdn. 18).

b) Gegen die übrigen Rechnungen hat der Kläger allerdings substantiierte Einwendungen erhoben. Entweder behauptet er, die Leistungen hätten nicht dem Interesse der EKV gedient, sondern allein demjenigen der Beklagten selbst; oder er verweist - gegenüber den Reisekosten-Rechnungen für den Beklagten zu 2) - auf § 6 Nr. 1 Satz 3 des Betriebsführungsvertrages vom 9. Oktober 1990. Danach sollten mit der monatlichen Vergütung des Beklagten von 60.000 DM "alle Kosten und Aufwendungen" abgegolten sein.

Die Beklagte hat jedoch die Fremdnützigkeit der abgerechneten Dienst- und Warenleistungen im einzelnen dargetan und unter Beweis gestellt (S. 21 ff der Berufungsbegründung v. 10. September 1993 = 268 ff GA und S. 16 ff des Schriftsatzes v. 10. Januar 1994 = Bl. 329 ff GA). Ergänzend hat sie behauptet, Personal sei jeweils "auf Wunsch" der EKV zur Verfügung gestellt oder "nach Einigung" mit ihr in gemieteten Wohncontainern untergebracht worden; die Anfertigung von Geschäftskarten habe die EKV "in Auftrag" gegeben

und Pkw seien nur "zur Vereinfachung" für sie geleast worden. Damit kommen Ansprüche der Beklagten aus § 535 Satz 2, § 651 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 433 Abs. 2 oder aus § 670 BGB in Betracht. Damit setzt sich das Berufungsgericht nicht inhaltlich auseinander. Die von ihm beanstandete, teilweise verspätete Bezahlung ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Im Hinblick auf die Reisekosten des Beklagten zu 2) hat die Beklagte zu 1) behauptet, § 6 Nr. 1 Satz 3 des Betriebsführungsvertrages habe nur die Erstattung von Kosten und Aufwendungen für die Fahrt zum und den Aufenthalt am Betriebssitz der EKV ausschließen sollen, nicht aber die Kostenerstattung für auswärtige Dienstreisen wie zum Beispiel nach Leningrad (Bl. 18 f des Schriftsatzes v. 10. Januar 1994 = Bl. 331 f). Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht diesen Vortrag nicht mit der Begründung übergehen durfte, eine rechtswirksame nachträgliche Vertragsänderung sei nicht dargetan. Die Beklagte behauptet nämlich, mit dem Geschäftsführer K. der EKV - der den Vertrag für diese unterzeichnet hat - von Anfang an in diesem Sinne einig gewesen zu sein. Der übereinstimmende Wille beider Vertragspartner geht einem möglicherweise unvollkommenen Wortlaut vor (§§ 133, 157 BGB).

Endlich hat das Berufungsgericht nicht beachtet, daß der Kläger als Verwalter die Beweislast für das Vorliegen der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung trägt (vgl. BGHZ 58, 20, 22 f; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 31 Rdn. 31; Kilger/Karsten Schmidt, KO 16. Aufl. § 31 Anm. 17; Gottwald/Huber aaO Rdn. 14). Das Berufungsurteil beruht deshalb auf Rechtsfehlern.

III.

Das angefochtene Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO), sondern ist gemäß § 564 Abs. 1 ZPO aufzuheben.

Zwar genügt für eine Anfechtung gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO eine nur mittelbare Gläubigerbenachteiligung. Das Berufungsgericht hat aber eine Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin nicht festgestellt, sondern nur für nicht widerlegt erachtet. Das reicht für eine Anfechtung aus diesem Rechtsgrunde nicht aus, weil danach der Kläger als Verwalter die Beweislast für die Benachteiligungsabsicht trägt.

Da nicht ausgeschlossen ist, daß die Schuldnerin bestehende Zahlungspflichten erfüllt hat, liegt auch eine unentgeltliche Übertragung von Vermögenswerten im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO nicht mit Sicherheit vor.

IV.

Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung zulasten des Klägers reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Seine Klage gegen die Beklagte zu 1) ist nach § 10 Abs. 1 GesO schlüssig, aber wesentliche tatsächliche Voraussetzungen sind bestritten.

1. Erfüllungshandlungen - wie die von der Schuldnerin vorgenommenen - sind grundsätzlich entgeltliche Leistungen im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO. Das Entgelt liegt in der Schuldbefreiung. Die Leistungen wurden hier in der Jahresfrist vor der Verfahrenseröffnung erbracht.

2. Die Beklagte zu 1) ist eine der Schuldnerin "nahestehende Person" im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO.

a) Dieser Begriff umfaßt insbesondere Personen, die aufgrund einer dienstvertraglichen Verbindung zum Schuldner - als juristischer Person - eine den Mitgliedern seines Vertretungsorgans vergleichbare Stellung oder Möglichkeit haben, sich über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners zu unterrichten. Ferner stehen dem Schuldner juristische Personen nahe, deren Geschäftsführer und/oder Alleingesellschafter - wie der Beklagte zu 2) - selbst wieder in einer persönlichen Verbindung der zuvor bezeichneten Art zum Schuldner stehen.

Der Begriff der "nahestehenden Person" in § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO ist bewußt weiter gefaßt als derjenige des "Verwandten" in § 31 Nr. 2 KO, um Schwierigkeiten wie nach dieser Bestimmung zu vermeiden und die Anfechtung schärfer auszugestalten. Vorbild war der von der Kommission zur Reform des Insolvenzrechts geprägte und in die §§ 143-145 des Referentenentwurfs der Insolvenzordnung - in der Ende 1990 vorliegenden Fassung - übernommene Begriff der nahestehenden Person (vgl. amtliche Begründung der Bundesregierung zu § 153 RegE InsO, BT-Drucks. 12/2433 S. 162; Lübchen/Landfermann ZIP 1990, 829, 834 m. Fußn. 36; Landfermann in

Festschrift für Merz S. 367, 378, 382; Schmidt-Räntsch DtZ 1990, 199, 203). Dies rechtfertigt es, den Begriff insbesondere auch in Anlehnung an § 145 RefE InsO zu bestimmen (ähnlich Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO 2. Aufl. § 10 Rdn. 34 ff; Gottwald/Huber aaO Rdn. 9 ff; Smid/Zeuner, aaO § 10 Rdn. 54 ff; wohl auch Kilger/Karsten Schmidt aaO § 10 GesO Anm. 2, b; Vortmann KTS 1991, 237, 250). Dann kann erst recht § 138 InsO als Maßstab für die Begriffsbestimmung dienen; nach dessen Abs. 2 Nr. 2 sind nahestehende Personen einer juristischen Person (als Schuldnerin) auch solche Personen, die aufgrund einer dem Vertretungsorgan vergleichbaren dienstvertraglichen Beziehung zum Schuldner die Möglichkeit haben, sich über dessen wirtschaftliche Verhältnisse zu unterrichten. Diese Vorschrift ist in keiner Hinsicht weiter, dagegen teilweise etwas enger gefaßt als § 145 des Referentenentwurfs und § 155 des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung. Die gegenteilige Auffassung (von Hess/Binz/Wienberg, GesO 2. Aufl. § 10 Rdn. 77 f, 87) verkennt diesen entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhang. Sie hat auch insoweit nicht recht, als sie annimmt, der durch § 138 InsO definierte Begriff sei weniger genau als die Ausprägung des Verwandtenbegriffs in der durch die moderne Rechtsentwicklung gebotenen, erweiterten Fassung (BGHZ 58, 20, 23 f; 96, 352, 356 f; Senatsurt. v. 15. Dezember 1994 - IX ZR 153/93, ZIP 1995, 134, 135).

b) Der Beklagte zu 2) stand aufgrund des Betriebsführungsvertrages vom 9. Oktober 1990 der Schuldnerin in dem umrissenen Sinne nahe. Dieser Vertrag bestimmte unter anderem (§ 1 Abs. 1 Satz 1), daß der Beklagte die Betriebe der EKV zu führen hatte. Er durfte praktisch alle Geschäfte

vornehmen wie der Geschäftsführer, dessen Dienste er zudem in Anspruch nehmen konnte (§ 1 Abs. 1 Satz 3). Sein umfassendes Informationsrecht erschließt sich mittelbar aus § 4: Danach hatte die EKV das Recht, sich vom Beklagten über den Stand der Betriebseinnahmen und -ausgaben sowie über Geschäftsvorfälle wesentlicher Bedeutung berichten zu lassen, Einblick in Buchführung und Geschäftsunterlagen zu nehmen sowie Auskunft über den wirtschaftlichen Stand der geführten Betriebe zu verlangen. Die Gesellschaft war also selbst auf Auskünfte des Beklagten angewiesen. Ein solches Verhältnis erfüllt die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Daran ändert es - entgegen der Ansicht der Revisionsbegründung - nichts, daß nach § 2 des Betriebsführungsvertrages die Zustimmung der Gesellschaft vor solchen Rechtsgeschäften einzuholen war, die an die Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden waren. Diese Einschränkung galt auch für den Geschäftsführer selbst und betraf nur wesentliche Geschäfte; den Informationsvorsprung des Betriebsführers beseitigte sie nicht.

c) Infolgedessen stand zugleich die Beklagte zu 1) dem Schuldner nahe.

Durch die Neufassung des § 138 Abs. 2 Nr. 3 InsO soll - wie zuvor durch § 144 Abs. 1 Satz 3 RefE und § 154 Abs. 1 Satz 3 RegE InsO - zum Ausdruck kommen, daß auch solche juristischen Personen dem Schuldner - einer selbständigen juristischen Person - nahestehen können, die von Rechts wegen mittelbar über qualifiziert tätige natürliche Personen Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners nehmen dürfen (vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des

Rechtsausschusses des Bundestages zu § 153 Abs. 2 InsO, BT-Drucks. 12/7302 S. 174). Das entspricht schon der Auslegung des Verwandtenbegriffs in § 31 Nr. 2 KO: Als Verwandte gelten danach zwei Gesellschaften, deren wesentliche Gesellschafter (vgl. BGHZ 58, 20, 24 f; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 31 Rdn. 24) oder Mitgesellschafter-Geschäftsführer (vgl. OLG Hamm ZIP 1990, 1355, 1356 mit zustimmender Anm. von H. Mohrbutter in EWiR 1990, 1009 f; Kilger/Karsten Schmidt aaO § 31 Anm. 13; ferner OLG Hamm ZIP 1986, 1478, 1479 mit zustimmender Anm. v. Gerhardt EWiR 1986, 1225, 1226) identisch sind. Der Grund für die Umkehr der Beweislast in derartigen Fällen liegt darin, daß nahestehende Personen in der Regel die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Schuldners kennen, daher seine Absichten leichter durchschauen sowie wegen ihrer wirtschaftlichen und/oder persönlichen Verbundenheit eher bereit sind, mit ihm Verträge zum Schaden seiner Gläubiger abzuschließen (BGH, Urt. v. 20. Oktober 1965 - VIII ZR 168/63, NJW 1966, 730, 731; v. 17. September 1975 - VIII ZR 217/74, WM 1975, 1088; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 31 Rdn. 16).

Dieselbe Erwägung trifft zu, wenn eine dem Schuldner wie dem Leistungsempfänger nahestehende Person das Bindeglied zwischen ihnen ist. Der Beklagte zu 2) als alleiniger Geschäftsführer der Beklagten zu 1) hatte aufgrund des Betriebsführungsvertrages genauen Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin. Eine Leistung an die Beklagte nutzte mittelbar auch ihm selbst als deren Alleingesellschafter.

d) Entgegen der Auffassung des Beklagten kommt es hierfür nicht darauf an, ob auch die Treuhandanstalt als faktische Geschäftsführerin der Schuldnerin anzusehen wäre. Denn dies würde nicht ausschließen, daß der Beklagte als Betriebsführer ebenfalls die für § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO erforderliche und ausreichende Stellung als "Insider" hatte: Mehrere Personen können dem Schuldner im Sinne dieses Gesetzes gleichzeitig nahestehen.

3. Nach den Behauptungen des Klägers haben die Scheckzahlungen ferner eine Gläubigerbenachteiligung bewirkt, die mindestens teilweise unmittelbar durch die Leistung eingetreten ist. Denn die getilgten Schulden waren danach nicht oder nicht in vollem Umfange rechtsbeständig.

a) Hinsichtlich des Lizenzvertrages gilt:

aa) Der Kläger hält ihn für sittenwidrig und behauptet: Der Lizenzvertrag sei von Anfang an für die Schuldnerin sinnlos gewesen. Vergleichbare Produkte wie die der Beklagten (Kochlöffel, Gemüsehobel und eine Spülbeckeneinlage) seien bei vielen anderen Herstellern ohne Lizenzzahlung zu erwerben gewesen. Die Schuldnerin habe nur für rund 500.000 DM davon verkauft. Für eine selbständige Herstellung der Produkte habe ihr die tatsächliche Ausstattung gefehlt; sie sei nicht begonnen worden. Für den herzustellen "Citrus-Boy" bestehe kein Schutzrecht. Der Lizenzvertrag sei nach nur fünf- bis sechstägigen Verhandlungen abgeschlossen worden. Die Vertreter des Rechtsvorgängers der Schuldnerin hätten zuvor nicht einmal die Verkäuflichkeit

der Produkte geprüft. Die Beklagte habe die Unerfahrenheit der Geschäftsführer mit westdeutschen Wirtschaftsbräuchen ausgenutzt.

Ein Rechtsgeschäft kann als wucherähnlich gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoßen, wenn ein Partner die Unterlegenheit des anderen in wirtschaftlicher Hinsicht oder an Geschäftserfahrung dazu ausnutzt, sich Vermögensvorteile gewähren zu lassen, die in einem auffälligen Mißverhältnis zur Gegenleistung stehen, und wenn sich der überlegene Teil mindestens leichtfertig der Erkenntnis verschließt, daß der andere sich nur wegen seiner schwächeren Lage auf den ungünstigen Vertrag einläßt (BGH, Urt. v. 14. Juli 1969

- VIII ZR 245/67, DB 1969, 2083; v. 22. Januar 1976

- II ZR 90/75, WM 1976, 289, 290; v. 25. Oktober 1979

- III ZR 182/77, NJW 1980, 445, 446; v. 16. Februar 1994

- IV ZR 35/93, NJW 1994, 1475, 1476, z.V.b. in BGHZ 125, 135; v. 23. Februar 1995 - IX ZR 29/94, z.V.b.; Palandt/Heinrichs, BGB 54. Aufl. § 138 Rdn. 34). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist derjenige der Vornahme des Rechtsgeschäfts (BGHZ 100, 353, 359 f; 107, 92, 96 f, jeweils m.w.N.), hier also des Vertragschlusses am 2. April 1990. Entwickeln sich die wirtschaftlichen Verhältnisse später anders als beiderseits erwartet (dazu unten bb), so wird ein Vertrag nicht dadurch sittenwidrig, daß nachträglich ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht (Palandt-Heinrichs aaO Rdn. 9; vgl. auch BGH, Urt. v. 20. September 1993

- II ZR 104/92, NJW 1993, 3193).

Lizenzverträge sind meist gewagte Geschäfte, die für beide Seiten gewisse Risiken bergen (RGZ 33, 103, 104; BGH, Urt. v. 5. Juli 1960 - I ZR 63/59, GRUR 1961, 27, 28; Benkard/Ullmann § 15 Rdn. 17 und 90; vgl. auch BGHZ 83, 283, 288; BGH, Urt. v. 17. März 1961 - I ZR 94/59, GRUR 1961, 466, 468). Jeder Vertragsteil muß die Chancen und Risiken des Geschäfts selbst abwägen (vgl. RG GRUR 1932, 865, 867). Der Umstand allein, daß die Gewinn- und Verlustaussichten sehr ungleich zugunsten des Lizenzgebers verteilt sind und dies zum wirtschaftlichen Zusammenbruch des Lizenznehmers führen kann, begründet noch keine Sittenwidrigkeit (RG Bl 1913, 276, 277).

Im vorliegenden Vertrag war das Risiko der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung sehr einseitig verteilt. Der Rechtsvorgänger der EKV wurde verpflichtet, die gesamte, auf der Grundlage eines Zehnjahresumsatzes berechnete Vergütung kurzfristig vor auszuzahlen. Eine Herabsetzung der Beträge war in jedem Falle ausgeschlossen. Dagegen war bestimmt:

"... sollten sich wesentlich höhere Verkaufszahlen als angenommen ergeben, wird die entsprechende Lizenzgebühr nach oben korrigiert."

Die Möglichkeit der Schuldnerin, die erforderlichen Umsätze zu erzielen, war weiter dadurch gemindert, daß sie zunächst nicht in der Lage war, die Produktion aufzunehmen: Die erforderlichen Maschinen und technischen Ausrüstungen fehlten. Geriet sie in ernste Zahlungsschwierigkeiten, so wurde die Lizenz für sie unbrauchbar. Denn für diesen Fall regelte der Vertrag:

"(Der Rechtsvorgänger der EKV) darf diese Rechte nicht an Dritte weitergeben weder im Wege des Verkaufs noch im Wege der Vermietung oder Verpachtung oder sonstiger Überlassung. Bei einer Stilllegung oder bei einem Konkurs des Unternehmens, erlöschen diese Rechte automatisch und gehen wieder an den Lizenzgeber zurück."

Dementsprechend konnte die Schuldnerin aus dem Vertrag nur Nutzen ziehen, wenn sie langfristig hinreichende Umsätze erzielte.

Zur Zeit des Vertragsschlusses bestand allerdings kein erkennbarer Anlaß für die Besorgnis, daß die erforderlichen Umsätze nicht zu erreichen sein würden. Der Kläger trägt dazu nichts vor und behauptet insbesondere selbst nicht, daß die Vertragsteile damals bereits die Währungsunion und deren Folgen für den Absatz auf dem vorgesehenen Markt erwogen hätten. Daß das Risiko infolge dieser staatlichen Maßnahmen rein einseitig werden würde, war angesichts des damaligen allgemeinen Kenntnisstandes und der eher optimistischen Zukunftserwartungen nicht vorauszusehen.

Dennoch könnte hier ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung schon von Anfang an bestanden haben. Nach der Behauptung des Klägers bot die Beklagte nur Standardware, die von anderen Anbietern ohne Festzahlungen zu erhalten war. Dies könnte als ein Bestreiten zu verstehen sein, daß sich die Schutzrechte der Beklagten auch gerade auf die osteuropäischen Staaten erstreckten, in denen die EKV tätig werden sollte. Dort hätten allein auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzte Schutzrechte der EKV nicht ohne weiteres hinreichende Vorteile geboten, welche die vereinbarte Einstands-

zahlung und Mindestlizenzgebühr ausgleichen könnten. Dann könnten diese Vorauszahlungen nur durch wesentlich niedrigere laufende Einkaufspreise wettgemacht werden. Dazu fehlen bisher Angaben der Parteien.

Auf der anderen Seite war das Risiko für die Beklagte als Lizenzgeberin keinesfalls überdurchschnittlich groß: Die politischen Verhältnisse in der früheren DDR nach der Volkskammerwahl vom 18. März 1990 und in dem übrigen vorgesehenen osteuropäischen Absatzmarkt stellten es zwar nicht völlig sicher, daß die Beklagte die verkauften Stückzahlen dort während der gesamten vorgesehenen Vertragszeit zuverlässig würde kontrollieren können. Die Beklagte behauptet jedoch auch nicht, daß die vereinbarte Einstandszahlung etwa den Zweck gehabt hätte, die EKV an Entwicklungskosten zu beteiligen oder die Überlassung geheimen Know-hows abzugelten, das nicht selbständig geschützt war. Ist danach hier kein gesonderter wirtschaftlicher Sinn für die - ungewöhnliche - Verknüpfung einer Einstandszahlung mit Mindestlizenzgebühren zu erkennen, so beziehen sich beide Gegenleistungen auf das allgemeine Risiko der Beklagten.

Endlich könnte die Behauptung des Klägers, daß für den "Citrus-Boy" kein Schutzrecht bestand, Anlaß zur Prüfung geben, ob der Lizenzvertrag insoweit gegen § 20 in Verbindung mit §§ 15, 18 und 1 GWB verstieß.

Zu einer abschließenden Beurteilung ist der Senat mangels hinreichenden Parteivortrags nicht in der Lage.

bb) Demgegenüber behauptet die Beklagte:

Bei Vertragsschluß Anfang April 1990 seien beide Seiten noch davon ausgegangen, daß für die Produkte der Beklagten sehr gute Verkaufsaussichten in Osteuropa bestanden hätten. Deshalb hätte vor allem der Geschäftsführer des Rechtsvorgängers der Schuldnerin auf den Vertragsschluß gedrängt. Die Lizenzgebühr sei sogar auf der Grundlage wesentlich niedrigerer Verkaufszahlen berechnet worden, als sie von der Schuldnerin geschätzt gewesen seien. Der Rechtsvorgänger der Schuldnerin habe auch mit anderen Westfirmen Kooperationsgespräche geführt. Erst der spätere Zusammenbruch des osteuropäischen Marktes habe die Absatzschwierigkeiten verursacht. Aufgrund der Währungsunion mit der Bundesrepublik seien die Kunden in den ehemaligen Ostblockländern wegen Devisenmangels nicht mehr in der Lage gewesen, ihren nach wie vor hohen Bedarf in Deutschland zu decken. Dieser völlige Zusammenbruch der Ostmärkte sei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorauszusehen gewesen. Es habe auch keine Möglichkeit bestanden, sich auf gleichwertige neue Märkte umzustellen:

"Wenn die (Beklagte) ... ernsthaft mit einem Zusammenbruch der Ostmärkte gerechnet hätte, wäre es von ihrer Warte aus nie zum Abschluß der ... Verträge gekommen. Dann nämlich hätte sie auch vorhersehen können, daß die Vertragspartnerin durch dieses Faktum einen wirtschaftlichen Zusammenbruch erleiden würde und hierdurch bedingt die vertraglich ausgehandelten Einstands- und Lizenzforderungen in keinem Fall mehr hätten realisiert werden können." (S. 6 des Schriftsatzes der Beklagten v. 10. Januar 1994 = Bl. 319 GA).

Dem Kläger könnte dieses Vorbringen wenigstens hilfsweise zuzurechnen sein, weil er nicht bestreitet, daß die Parteien bei Vertragsschluß nicht mit der bezeichneten wirtschaftlichen Entwicklung gerechnet haben.

Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Zahlungspflicht der Schuldnerin im Zeitpunkt der Zahlungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) erloschen oder gemindert war. Diese sind hier schon deswegen anwendbar, weil die Vertragsteile keine Rechtswahl getroffen haben und die Beklagte als Lizenzgeberin die charakteristische Leistung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 EGBGB zu erbringen hatte (vgl. dazu amtl. Begründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 10/504 S. 78 zu Art. 28 Abs. 2; ebenso § 12 Abs. 1 Buchst. 1 des DDR-RAG v. 5. Dezember 1975 - GBl I S. 748, 749). Auf die Streitfrage, ob bei beabsichtigter Ausübung des Schutzrechts in nur einem einzigen Staat dessen Recht gemäß Art. 28 Abs. 1 EGBGB vorgeht (so MünchKomm-BGB/Martiny, 2. Aufl. Art. 28 EGBGB Rdn. 269; a.M. Erman/Hohloch, BGB 9. Aufl. Art. 28 EGBGB Rdn. 54), kommt es hier nicht entscheidend an. Denn die EKV sollte die Schutzrechte in mehreren Staaten verwerten; dann ist vor allem eine einheitliche Anknüpfung geboten, die nur über Art. 28 Abs. 2 EGBGB erreicht werden kann (Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 135).

Die vorrangige Vertragsauslegung ergibt allerdings, daß nicht nur die Einstandszahlung, sondern auch die Lizenzgebühr bei vorzeitiger Vertragsbeendigung nicht einmal anteilig rückzahlbar sein sollte. Denn die Vertragsteile

haben nicht nur für die Einstandszahlung die Unabhängigkeit von den Umsätzen vereinbart, sondern mit Bezug auf die Lizenzgebühr bestimmt:

"Sollte es (dem Rechtsvorgänger der Schuldnerin) nicht möglich sein, die entsprechende Stückzahl zu erreichen, ist jedoch der fixierte Betrag davon unbenommen."

Diese Klausel unterscheidet nicht nach den Gründen für das Nichterreichen der Umsatzziele, etwa wegen zu kurzer Vertragsdauer oder zu niedrigen Dauerumsatzes. Das bedeutet, daß auch eine infolge Nichterreichung der Verkaufszahlen eintretende Insolvenz auf der Grundlage des Vertrages die Gebühr nicht beeinflusste, so daß sogar eine Kündigung durch den Kläger nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 3 Satz 2 GesO nichts hätte ändern können. Der Senat ist zu dieser Vertragsauslegung selbst befugt, weil das Berufungsgericht von einer eigenen Auslegung abgesehen hat und weiterer Vortrag der Parteien zu diesem Punkt nicht zu erwarten ist.

Jedoch bleibt bei einem auf eine gewisse Dauer angelegten Lizenzvertrag Raum für die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (BGHZ 83, 283, 289 f; Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 23, 123 f; vgl. auch BGH, Urt. v. 12. April 1957 - I ZR 1/56, NJW 1957, 1317, 1318; v. 24. September 1957 - I ZR 128/56, GRUR 1958, 231 f; v. 11. Oktober 1977 - X ZR 24/76, GRUR 1978, 166 f; Stumpf/Groß aaO B Rdn. 87 f). Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird gebildet durch die nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, aber beim Vertragsschluß zutage getretenen, dem

Geschäftsgegner mindestens erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen beider Vertragsteile, auf denen der Geschäftswille aufbaut (BGHZ 61, 153, 160; 120, 10, 23; 121, 378, 391; BGH, Urt. v. 10. Oktober 1984

- VIII ZR 152/83, NJW 1985, 313, 314; v. 26. Februar 1987
- IX ZR 98/86, NJW 1987, 1629, 1630; v. 5. Januar 1995
- IX ZR 85/94, WM 1995, 237, 239, z.V.b. in BGHZ). In diesem Sinne könnte hier die Erwartung der Parteien Geschäftsgrundlage gewesen sein, daß die osteuropäischen Märkte für die EKV wirtschaftlich erreichbar bleiben würden, insbesondere daß der bisherige Zugang zu allen früheren Ostblockstaaten nicht durch eine Währungsumstellung praktisch versperrt werden würde.

Allerdings geben Umstände, die nach dem Vertrag ersichtlich in den Risikobereich einer Partei fallen, dieser kein Recht, sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen (BGHZ 120, 10, 24; BGH, Urt. v. 11. Oktober 1994 - X ZR 78/92, ZIP 1994, 1892, 1895 m.w.N.). Als Risikoübernahme ist auch die Vereinbarung eines Festpreises anzusehen (BGH, Urt. v. 28. September 1964 - VII ZR 47/63, BB 1964, 1397; v. 8. Februar 1978 - VIII ZR 221/76, WM 1978, 322, 323), insbesondere diejenige einer Mindestlizenzgebühr (BGH, Urt. v. 15. März 1973 - KZR 11/72, GRUR 1974, 40, 43, insoweit nicht in BGHZ 60, 312 abgedruckt; Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 76, 124; Stumpf/Groß aaO C Rdn. 118; Pagenberg/Geissler aaO 1 Rdn. 211). Bei einem Lizenzvertrag wie dem vorliegenden kommt hinzu, daß der Lizenzgeber für die Wirtschaftlichkeit der Auswertung des Patents ohne besondere Abreden grundsätzlich nicht einzustehen hat (Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 108, 124 m.w.N.). Wegen dieser

Garantiewirkung gilt dort der für gegenseitige Verträge normalerweise anwendbare Grundsatz nicht (Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 124), daß im allgemeinen die Vorstellung von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung Geschäftsgrundlage ist (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 8. Februar 1978 - VIII ZR 221/76, aaO m.w.N.).

Jedoch kann es auch bei Lizenzverträgen Umstände geben, deren Vorliegen die Geschäftsgrundlage bildet. Konnten beide Vertragsteile die künftige Entwicklung - etwa eine staatliche Einfuhrsperre - objektiv nicht voraussehen, so steht auch das allgemeine Wagnis einer Mindestlizenzgebühr nicht der Vertragsanpassung entgegen (RG MuW 1939, 369, 370).

Hier ergibt der eigene Vortrag der Beklagten, daß beide Parteien übereinstimmend an einen Absatz allein im Bereich der früheren Ostblockstaaten dachten und die Möglichkeit eines Zusammenbruchs dieses Marktes nicht in Erwägung zogen. Nicht der Wechsel des Wirtschaftssystems (vgl. dazu BGHZ 124, 1, 4 f; BGH, Urt. v. 11. Oktober 1994 - XI ZR 189/93, ZIP 1994, 1724, 1725 f) oder die Währungsumstellung als solche (vgl. dazu § 32 Abs. 2 DMBilG sowie BGH, Urt. v. 11. Oktober 1994 - X ZR 78/92, ZIP 1994, 1892, 1894 f m.w.N.), sondern die dadurch erst in weiterer Folge ausgelöste Unerreichbarkeit des vorgesehenen Marktes stellte aus der Sicht beider Vertragsteile einen Fall von "höherer Gewalt" (vgl. hierzu Stumpf/Groß aaO C Rdn. 119; Lüdekke/Fischer aaO Rdn. F 28) dar. Da der Vertrag andernfalls unstreitig nicht zustande gekommen wäre, ist jener Umstand auch nicht in die Risikoverteilung einbezogen worden (vgl.

dazu auch BGH, Urt. v. 6. Dezember 1989 - VIII ZR 310/88, WM 1990, 519, 522 unter 1 d). Vielmehr legten die Vertragsschließenden der Berechnung der Mindestlizenzgebühr die Annahme zugrunde, daß die Schuldnerin weiter ihre guten wirtschaftlichen Beziehungen zu den osteuropäischen Staaten würde ausnutzen können. Darauf baute der Geschäftswille der Parteien auf. Diese Voraussetzung ist Mitte des Jahres 1990 weggefallen. Das hätte jeden anderen vergleichbaren Lizenznehmer an der Stelle der EKV in derselben Weise getroffen.

Ein weiteres Festhalten am Verträge könnte der EKV nicht zuzumuten gewesen sein. Allein die Lizenzgebühren für die von der EKV herzustellenden Artikel waren auf der Grundlage jährlicher Verkaufszahlen von rund 2,5 Mio DM über zehn Jahre hinweg berechnet; Angaben über die Kalkulation der "Einstandszahlungen" für die Katalogware fehlen bisher. Demgegenüber hat die EKV nach dem Klägervortrag insgesamt nur für rund 500.000 DM an Waren verkauft. Eine wesentliche Abhilfe war für den ganzen Zeitraum, für den der Lizenzvertrag berechnet war, möglicherweise nicht zu erwarten.

Ob ein Wegfall der Geschäftsgrundlage zu einer Minderung der Lizenzgebühr (vgl. RGZ 78, 363, 368; Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 124; Henn aaO S. 132 f) geführt oder ausnahmsweise der EKV die Befugnis verschafft hätte, den Lizenzvertrag für die Zukunft mit der Folge zu kündigen, daß die vereinbarten Zahlungen zeitanteilig entfallen wären (vgl. Benkard/Ullmann aaO § 15 Rdn. 123; Stumpf aaO B Rdn. 89; ferner BGHZ 89, 226, 239), wird das Berufungsge-

richt aufgrund zu ergänzenden Parteivortrags zu prüfen haben. In jedem Falle hätten weitergehende Zahlungen der EKV deren Gläubiger unmittelbar benachteiligt.

Allerdings hatte die EKV bei Eröffnung der Gesamtvollstreckung ihre Hauptpflichten aus dem Vertrag bereits voll und die Beklagte die ihrigen teilweise erfüllt. Bei Wegfall der Geschäftsgrundlage eines teilweise abgewickelten Vertrages sind im allgemeinen nur die noch nicht erbrachten Leistungen anzupassen (BGHZ 58, 355, 363; BAG NJW 1987, 918, 919; Palandt/Heinrichs aaO § 242 Rdn. 133; vgl. aber auch BGHZ 74, 370, 373; BGH, Urt. v. 14. Juni 1953 - V ZR 72/52, NJW 1953, 1585; v. 23. Februar 1968 - V ZR 166/64, LM § 133 (A) BGB Nr. 4 Bl. 3 Rücks.). Jedoch ficht der Kläger im vorliegenden Falle gerade die Erfüllungswirkung an. Die erfolgreiche Anfechtung hat gemäß § 10 GesO zur Folge, daß auch eine etwaige Einschränkung der Einwendung aus § 242 BGB zurückzugewähren wäre (vgl. zur Anfechtung eines Forderungserlasses BGH, Urt. v. 11. Oktober 1989 - VIII ZR 285/88, WM 1990, 78, 81). Deshalb ist für das Vorliegen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung von der Rechtslage auszugehen, die ohne die Erfüllungshandlungen bestanden hätte.

b) Soweit die Schuldnerin Warenkäufe bezahlt hat (s.o. II 2 und 3 a), sind allerdings die Voraussetzungen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung nicht dargetan. In diesem Umfange kommt allein eine Anfechtung gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO in Betracht. Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung könnte dadurch eingetreten sein, daß die Beklagte zu Lasten der Masse volle Befriedigung für Forde-

rungen erhalten hat, die einfache Gesamtvollstreckungsforderungen wären, während die Gegenleistung allenfalls noch in geringem Umfange für die Masse verwertbar ist.

c) Wegen der mit Scheck vom 15. Januar 1991 bezahlten Rechnungen für andere Leistungen der Beklagten als Warenverkäufe hängt die Voraussetzung der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung davon ab, ob und in welchem Umfange die Beklagte erstattungsfähige Leistungen gerade zugunsten der Schuldnerin erbracht hat. Das Berufungsgericht wird dies aufgrund der oben zu II 3 b entwickelten Maßstäbe prüfen müssen.

4. Gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO sind eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners sowie die Kenntnis des Leistungsempfängers davon zu vermuten. Diese Voraussetzung, deren Vorliegen der Kläger zusätzlich behauptet, ist hier nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

a) Für die Benachteiligungsabsicht ist der Wille desjenigen maßgebend, der über die konkrete Handlung des Schuldners entscheidet. Das kann gemäß § 166 Abs. 1 BGB auch ein bevollmächtigter Stellvertreter sein (vgl. BGHZ 22, 128, 134 f; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 30 Rdn. 61, S. 600; Kilger/Karsten Schmidt aaO § 31 Anm. 4 S. 200 f).

Auf seiten der Schuldnerin haben, soweit dargetan, deren Geschäftsführer K. und der jeweilige Hauptbuchhalter die Schecks unterzeichnet. Dennoch begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht zur Feststellung der Benachteiligungsabsicht auf die Kenntnis des Beklagten

zu 2) abgestellt hat. Denn dieser hat alle Schecks in Empfang genommen. Im Hinblick auf § 1 Nr. 1 Satz 2 des Betriebsführervertrages wäre er hierbei verpflichtet gewesen, das Interesse der EKV zu wahren. Durch Nichtannahme der Schecks hätte er die anfechtbare Handlung verhindern können, durch die Annahme machte er sie sich zu eigen. Es kommt danach nicht mehr entscheidend darauf an, ob auch der Geschäftsführer K. - der inzwischen ebenfalls in dem vom Beklagten zu 2) errichteten Nachfolgebetrieb arbeitet - in Benachteiligungsabsicht handelte.

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten war eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht nicht mit Rücksicht auf anfängliche Sanierungsabsichten der Treuhandanstalt ausgeschlossen. Zwar konnte eine Überschuldung als Insolvenzgrund (§ 1 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. GesO) zum Stichtag 1. Juli 1990 durch die Ausgleichsforderung verhindert werden, welche die Gemeinschuldnerin gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 DMBilG in Höhe ihrer rechnerischen Überschuldung gegen die Treuhandanstalt erwarb. Ferner konnte die Schuldnerin solange nicht zahlungsunfähig werden, wie die Treuhandanstalt immer wieder neue Kredite an die Schuldnerin absicherte. Jedoch waren die Möglichkeiten der Treuhandanstalt, die Sanierung der Schuldnerin anzustreben und zu diesem Zweck einen Insolvenzgrund zu vermeiden, gesetzlich begrenzt. Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbs. DMBilG durfte die Treuhandanstalt die Ausgleichsforderung innerhalb von drei Monaten nach Einreichung der festgestellten Eröffnungsbilanz ablehnen. Gemäß Satz 2 dieser Vorschrift hatte sie die Forderung abzulehnen, "wenn das Unternehmen nicht sanierungsfähig ist".

Demgemäß durfte von Rechts wegen niemand auf die unbegrenzte Vermeidung eines Insolvenzgrundes vertrauen, wenn ein Unternehmen objektiv nicht sanierungsfähig war. Sanierungsfähigkeit fehlt, wenn mit zweckmäßigen Maßnahmen nicht die Zahlungsschwierigkeit nachhaltig beseitigt und eine angemessene Rentabilität erreicht werden kann (Budde/Förster, D-Markbilanzgesetz 1990, § 24 Rdn. 34). In diesem Zusammenhang erlangte zwar der Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, der unstreitig etwa Ende Januar 1991 abgeschlossen war, besondere Bedeutung für das Schicksal der Gemeinschuldnerin. Eingeweihten konnte die wirtschaftliche Lage aber schon früher klar sein; gerade der Beklagte zu 2) hat unstreitig schon ab Ende November 1990 auf die Gefahr hingewiesen, sich einer "Konkursverschleppung schuldig" zu machen.

c) Unerheblich ist aus Rechtsgründen die Behauptung der Beklagten, es seien noch andere Gläubiger befriedigt worden, die Schuldnerin habe alle laufenden Zins- und Tilgungsleistungen gegenüber sämtlichen Gläubigern erbracht; sie habe nur nicht Rücksicht genommen auf die noch nicht fällig gestellten Kredite. Dies schließt eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht ebenfalls nicht aus. Zum einen gewährte die Treuhandanstalt als Alleingesellschafterin der Schuldnerin die Kredite nicht selbst, sondern verbürgte sich nur dafür; Gläubiger blieben die Privatbanken, welche die Darlehen vergaben. Im übrigen bestanden nach den nicht im einzelnen bestrittenen Angaben des Klägers Altschulden von über 4 Mio DM und sonstige Verbindlichkeiten gegenüber Dritten von mehr als 2,2 Mio DM. Für den Insolvenzfall war deren Fälligkeit zu erwarten.

Es kommt deshalb nicht entscheidend darauf an, ob Verbindlichkeiten gegenüber der Treuhandanstalt in diesem Zusammenhang unbeachtlich wären. Deshalb braucht auch die Streitfrage nicht entschieden zu werden, ob die von der Treuhandanstalt gewährten oder gesicherten Kredite - trotz § 56 e DMBilG in der Fassung vom 14. Juli 1992 (BGBl I S. 1257, 1258) - kapitalersetzenden Charakter hatten (vgl. dazu BGH, Urt. v. 11. Oktober 1994 - XI ZR 189/93, ZIP 1994, 1724, 1726 f; OLG Dresden BB 1994, 1765, 1766 f; LG Leipzig WM 1994, 638, 639 f einerseits; AG Halle-Saalkreis ZIP 1993, 961, 962 f andererseits).

Rechtlich unerheblich ist ferner das Berufen der Beklagten darauf, daß Vertreter der Treuhandanstalt dem Beklagten zu 2) die spätere Übernahme der Gemeinschuldnerin versprochen hätten. Dies schließt hier eine Benachteiligungsabsicht gerade für den Insolvenzfall nicht aus.

d) Mit der Frage, ob eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht und deren Kenntnis bewiesen - im Falle des § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO - oder widerlegt ist - bei § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO -, wird sich danach das Berufungsgericht zu befassen haben. An dieses ist der Rechtsstreit zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß eine Inkongruenz der Erfüllung und damit eine Anscheinsvermutung für eine Benachteiligungsabsicht nicht aus dem Umstand hergeleitet werden darf, daß die Schuldnerin ihre Verpflichtungen teilweise verspätet erfüllt hat.

B.

Revision des Beklagten zu 2)

I.

Insoweit hat das Berufungsgericht - teilweise unter Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts - ausgeführt: Der Beklagte sei gemäß § 3 Nr. 2 des Betriebsführungsvertrages in Verbindung mit §§ 92, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG haftbar. Er habe seine Pflichten als Betriebsführer schuldhaft verletzt, indem er Zahlungen an die Beklagte zu 1) mindestens geduldet habe, nachdem die Überschuldung der EKV offenkundig geworden sei. Er habe sich nicht dahin entlasten können, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt habe. Die Zahlungen an die Beklagte seien weder zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes unerläßlich gewesen, noch hätten sie einem Sanierungsversuch gedient.

II.

Auch dies hält der Sachrüge der Revision nicht stand.

1. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG - in Verbindung mit § 3 Nr. 2 des Betriebsführungsvertrages - ist auf den Beklagten nicht anwendbar.

a) Eine Pflicht, die Eröffnung der Gesamtvollstreckung zu beantragen, bestand für die Geschäftsleiter der Schuldnerin nicht vor der Anweisung der Treuhandanstalt, die sie unverzüglich befolgt haben.

Gemäß § 5 GUG galt die Stellung des Antrages auf Eröffnung der Gesamtvollstreckung für die Treuhandunternehmen bis zum Ablauf des 31. Dezember 1990 nicht als verzögert im Sinne von § 92 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AktG, wenn der Vorstand bei der Treuhandanstalt die Unterstützung der Gesellschaft beantragt hatte und die Entscheidung über den Antrag mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes betrieb oder der Treuhandanstalt mitgeteilt hatte, daß die Überschuldung durch eine Ausgleichsforderung ausgeglichen werden sollte. Davon, daß die Schuldnerin hier einen solchen Antrag bei der Treuhandanstalt gestellt hat, gehen beide Parteien als selbstverständlich aus. Da die Treuhandanstalt noch im Januar 1991 an ein Weiterbetreiben und dann an eine stille Liquidation der Schuldnerin dachte, besteht für mangelnde Sorgfalt des Beklagten in dieser Hinsicht kein Anhaltspunkt.

Die bezeichnete Frist lief zwar zum Jahresende 1990 aus. Sie wurde aber - wenngleich zeitlich nicht lückenlos - rückwirkend verlängert durch § 56 d Abs. 1 DMBilG in der Fassung vom 22. März 1991 (BGBl I S. 958, 992). Danach war der Vorstand bis zur Beschlußfassung über die Kapitalneufestsetzung nicht verpflichtet, wegen einer bei Aufstellung der Eröffnungsbilanz sich ergebenden Überschuldung nach § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG die Eröffnung der Gesamtvollstreckung zu beantragen. Zu einer Neufestsetzung des Kapitals

ist es bei der Schuldnerin, soweit ersichtlich, nicht mehr gekommen; die Frist dazu lief keinesfalls vor Ende Februar 1991 ab.

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand braucht der Senat nicht die Streitfrage zu entscheiden, ob die bezeichneten Vorschriften die Konkursantragspflicht nur bezüglich der Altschulden außer Kraft setzten, die Vorstandsmitglieder aber nicht davon befreiten, die anschließend laufende wirtschaftliche Entwicklung zeitnah zu verfolgen (so Uhlenbruck ZIP 1991, 561, 564 f), oder ob auch bei neu auftretenden Verlusten keine Antragspflicht bestand (so Ulmer bei Hommelhoff, Treuhandunternehmen im Umbruch S. 39, 55). Im Hinblick darauf, daß sogar der letzte hier beanstandete Scheck am 15. Januar ausgestellt und am 24. Januar 1991 eingelöst wurde, hätte wegen der Antragsfrist nach § 64 Abs. 1 GmbHG allenfalls ein Überschuldungsstatus ursächliche Bedeutung, der schon zum Jahresende 1990 vorgelegen hätte. Daß dies erforderlich gewesen sei, läßt der Vortrag des Klägers nicht erkennen. Seine Behauptung, die Überschuldung der Gemeinschuldnerin sei zwischen dem 1. Juli 1990 und dem 25. März 1991 (Eröffnungsbilanz) um rund 3,7 Mio DM angewachsen, läßt keine Rückschlüsse auf den hier allein maßgeblichen Zeitpunkt zu.

b) Die Aussetzung der Pflicht, Gesamtvollstreckung zu beantragen, schloß kraft Gesetzes zugleich eine persönliche Haftung des Geschäftsführers wegen des Unterlassens aus. Die Ersatzpflicht des Vorstandsmitglieds nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG steht im Zusammenhang mit der Pflicht des Vorstandes, nach § 92 Abs. 2 AktG unverzüglich nach Eintritt

der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Konkurs-
öffnung zu beantragen. Nur der objektive Verstoß gegen die-
se Pflicht rechtfertigt die vereinfachten Anspruchsvoraus-
setzungen des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG. Besteht die Pflicht,
Konkurs zu beantragen, kraft Gesetzes nicht, so bleibt auch
für die spezielle Ersatzpflicht kein Raum. Dies deutet der
Wortlaut der Gesetzesvorschrift durch die Voraussetzung an,
daß nur Zahlungen, die "entgegen diesem Gesetz" geleistet
wurden, eine Ersatzpflicht begründen können. Soll der Ge-
schäftsleiter das Unternehmen ungeachtet einer Überschul-
dung bis zur abschließenden Entscheidung der Treuhandan-
stalt fortführen dürfen - und im Innenverhältnis zur Treu-
handanstalt als Alleingesellschafterin ist er dann dazu ge-
mäß ihren Weisungen auch verpflichtet -, so muß es ihm auch
erlaubt sein, die dazu nötigen Ausgaben im Wege des kongru-
enten Erfüllungsgeschäfts tätigen zu dürfen (ebenso Ulmer
aaO S. 56).

Die gegenteilige Auffassung, welche die Freistellung
nur auf strafrechtliche Sanktionen bezieht (Timm ZIP 1991,
413, 422; Gottwald/Timm/Schöne, aaO IV C Rdn. 4 und 9; Uh-
lenbruck ZIP 1991, 561, 564), beruht im Kern auf einer
rechtspolitischen Kritik an der gesetzgeberischen Lösung
und würde diese unterlaufen. Gesetzeszweck war es, nach
Herstellung der Währungsunion Zeit für eine mögliche Sanie-
rung der früher volkseigenen Betriebe zu gewinnen. Dieser
Zweck würde vereitelt, wenn die Geschäftsleiter allein des-
wegen schadensersatzpflichtig würden, weil sie Zahlungen
nach Eintritt der Überschuldung geleistet haben, die aber
den üblichen Rahmen eines fortzuführenden Betriebes nicht

übersteigen. Ernsthafte, nicht ganz kurzfristige Sanierungsversuche hätten dann von Geschäftsleitern nicht erwartet werden können.

c) Die Befreiung von der Konkursantragspflicht betraf zwar nur die Voraussetzung der Überschuldung. Eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin hat der Kläger aber selbst nicht substantiiert dargetan. Sie erschien ausgeschlossen, solange die Treuhandanstalt die Schuldnerin bei Bedarf stets mit neuen Darlehensmitteln ausstatten ließ.

2. Eine Ersatzpflicht des Beklagten kommt danach nur gemäß § 93 Abs. 2 AktG in Verbindung mit § 3 Nr. 2 des Betriebsführungsvertrages in Betracht. § 3 Nr. 1 dieses Vertrages bestimmte, daß der Beklagte das Vermögen der geführten Betriebe zu verwalten und diese mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen hatte. Eine Verletzung dieser Pflicht machte ihn nach den vereinbarten Regeln des § 93 Abs. 2 AktG schadensersatzpflichtig.

Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter darf Gesellschaftsvermögen nicht grundlos weggeben. Insbesondere darf er regelmäßig nicht Zahlungen aus Gesellschaftsmitteln auf nicht bestehende Schulden leisten; besondere Gesellschaftsinteressen, die das ausnahmsweise hätten rechtfertigen können, sind hier weder dargetan noch ersichtlich.

a) Soweit der Beklagte zu 2) es zugelassen hat, daß die Schuldnerin Verbindlichkeiten aus Warenlieferungen bei der Beklagten zu 1) tilgte (s.o. A II 2 und 3 a), hat der

Kläger eine Pflichtverletzung des Beklagten nicht schlüssig dargetan. Vielmehr ist davon auszugehen, daß in voller Höhe rechtsgültige und fällige Schulden bezahlt wurden. Dadurch wurde das Gesellschaftsvermögen nicht gemindert. Zu den Dienstpflichten des Geschäftsleiters gehört es auch, für ein gesetzmäßiges Verhalten der Gesellschaft nach außen zu sorgen (Kölner Kommentar zum Aktiengesetz/Mertens, 2. Aufl. § 93 Rdn. 34; Geßler/Hefermehl, AktG § 93 Rdn. 25; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG 8. Aufl. § 43 Rdn. 51). Das umfaßt die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten.

Hieran ändert es im vorliegenden Falle nichts, daß auch diese vom Beklagten vorgenommenen Zahlungen möglicherweise - gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 GesO - anfechtbar sind (s.o. A IV 3 b). Die Anfechtungsregelung dient unmittelbar dem Interesse der Gläubiger. Dagegen schützt die Haftung des Vorstandsmitglieds nach § 93 AktG die Gesellschaft selbst, und zwar auch insoweit, als unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 5 AktG einzelne Gläubiger den Anspruch geltend machen können. Die Gesellschaft als solche erleidet regelmäßig keinen Schaden, wenn ihre rechtsgültigen Schulden getilgt werden.

Der Pflichtenkreis des Geschäftsleiters geht ferner nicht soweit, daß er für die nur anteilmäßige Tilgung aller Gesellschaftsschulden Sorge tragen müßte, wenn die Gesellschaftsmittel nicht ausreichen, um alle Schulden zu erfüllen. Regelmäßig gehört es nicht zu den eigenen Rechtspflichten einer Gesellschaft oder ihres Leiters, schon im Vorfeld einer Insolvenz die Gleichbehandlung aller Gläubiger zu verwirklichen. Vielmehr steht der Gesellschaft - im

Rahmen der Gesetze - die Abwägung nach ihrem eigenen Interesse frei. Kommt der Geschäftsleiter nach pflichtgemäßer Abwägung zur Entscheidung, daß bestimmte vertragliche Pflichten nicht erfüllt und statt dessen die Schadensersatzansprüche abgewartet werden sollen, so ist das nicht pflichtwidrig (Scholz/Uwe H. Schneider aaO Rdn. 53). Endlich begründet es noch nicht ohne weiteres einen verbotenen Eigennutz des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft (vgl. dazu Kölner Kommentar/Mertens aaO Rdn. 62; Scholz/Uwe H. Schneider aaO Rdn. 120, 142), wenn der Geschäftsleiter in einer solchen Lage dafür sorgt, daß zuerst diejenigen Gläubiger befriedigt werden, an denen er persönlich beteiligt ist. Das gilt solange, wie die nicht getilgten Schulden nicht für die Gesellschaft selbst nachteiliger sind als die erfüllten. Dafür ist hier nichts dargetan.

b) Wegen der übrigen Zahlungen (s.o. A II 1 und 3 b sowie IV 3 a und c) kommt in Betracht, daß die Zahlungen mindestens teilweise ohne Rechtsgrund geleistet wurden. Feststellungen des Berufungsgerichts dazu fehlen aber.

c) Das Urteil läßt sich deshalb insgesamt auch nicht auf § 93 Abs. 2 AktG stützen. Es ist rechtsfehlerhaft.

III.

1. In Höhe von 231.285,52 DM ist der Senat zu einer eigenen abschließenden Entscheidung in der Lage (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Es handelt sich um den Schadensersatzan-

spruch gegen den Beklagten zu 2) wegen der Bezahlung von Warenlieferungen der Beklagten zu 1) (s.o. II 2 a) durch Schecks vom 14. November 1990 und 15. Januar 1991. Insoweit ist die nicht schlüssige Klage, zu der keine weitere Aufklärung geboten ist, abzuweisen.

2. Im übrigen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses hat auch im Hinblick auf § 93 Abs. 2 AktG aufzuklären, ob und inwieweit der Beklagte bestehende Gesellschaftsverbindlichkeiten erfüllt hat. Dies steht trotz § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zur Beweislast des Klägers, weil andernfalls der Schuldnerin kein eigener Schaden entstanden ist (zur Beweislast vgl. BGH, Urt. v. 8. Juli 1985 - II ZR 198/84, ZIP 1985, 1135).

Brandes

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer