

62

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ----- nein

KO §§ 30 Nr. 2, 31 Nr. 1; GmbHG §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1

- a) Läßt sich der Alleingesellschafter einer GmbH ein von ihm der GmbH gewährtes Darlehen bei Fälligkeit zurückzahlen, so liegt nicht schon dann eine inkongruente Befriedigung im Sinne der konkursrechtlichen Anfechtung vor, wenn im Zeitpunkt der Rückzahlung das Gesellschaftsvermögen nicht die Höhe des Stammkapitals erreicht.
- b) Zur Frage der Anfechtbarkeit der Rückzahlung eines von dem alleinigen GmbH-Gesellschafter der Gesellschaft gewährten fälligen Darlehens.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1969 - VIII ZR 109/67 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 109/67

Verkündet am:
14. Juli 1969
Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. März 1967 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

Tatbestand:

Der Beklagte war Alleingesellschafter der G [REDACTED] G [REDACTED]-A [REDACTED] GmbH in M [REDACTED]. Ihm stand im Dezember 1962 ein Anspruch auf Rückzahlung von Darlehen, die der Gesellschaft gewährt worden waren, im Betrage von 60 000 DM zu. Die durch ihren damaligen Geschäftsführer B [REDACTED] vertretene Gesellschaft zahlte den Darlehnsbetrag aus einem ihr am 27. Dezember 1962 in Höhe von 60 000 DM eingeräumten Kredit des Bankhauses Bu [REDACTED] in E [REDACTED] zurück, den der Beklagte beschafft hatte. Der Kredit war in Monatsraten von 3 000 DM zu tilgen. Er war dadurch gesichert, daß die Getra GmbH Wechsel akzeptierte, die der Beklagte über je 3 000 DM ausgestellt hatte und dem Bankhaus Automaten zur Sicherung übereignete. Ferner übernahm der Beklagte für die Darlehns-schuld die selbstschuldnerische Bürgschaft. Am 15. Juli 1963 veräußerte der Beklagte durch notariellen Vertrag seine



Geschäftsanteile an die AVG A [REDACTED] V [REDACTED] GmbH in B [REDACTED] zum Preise von 40 000 DM. Die G [REDACTED] GmbH hat den ihr vom Bankhaus Bu [REDACTED] gewährten Kredit abgetragen. Am 11. Januar 1965 wurde über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet. Der Kläger ist der Konkursverwalter.

Der Kläger verlangt mit der Klage nach § 31 Nr. 1 KO die Rückgewähr der dem Beklagten im Dezember 1962 geleisteten Zahlung von 60 000 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus, die G [REDACTED] GmbH (im folgenden als Gemeinschuldnerin bezeichnet) habe dem Beklagten eine sogenannte konkrète Deckung verschafft, weil er einen Anspruch darauf gehabt habe, zum Ende des Jahres 1962 in voller Höhe durch Barzahlung befriedigt zu werden. Allerdings könnte auch eine solche Rechtshandlung ausnahmsweise anfechtbar im Sinne des § 31 Nr. 1 KO sein, wenn die Handlungsweise des Gemeinschuldners den Begriff der Unlauterkeit erfülle, insbesondere wenn das Ziel des Gemeinschuldners weniger auf die Erfüllung einer Pflicht als auf die Vereitelung der Ansprüche der anderen Gläubiger gerichtet gewesen sei. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall aber nicht erfüllt. Allein das Bewußtsein,

61

daß das Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger unzulänglich sei oder daß Zahlungsunfähigkeit vorliege, bedeute nicht ohne weiteres auch eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners. Deshalb komme es nicht auf die Behauptung des Klägers an, der als Zeuge benannte Wirtschaftsprüfer N. habe den Beklagten im Dezember 1962 auf die katastrophale Lage der G. GmbH und die Notwendigkeit von Sanierungsmaßnahmen hingewiesen. Der Beklagte sei auch unter Berücksichtigung seiner Gesellschaftserstellung nicht gehalten gewesen, sein Darlehn weiter zu stunden oder womöglich auf die Rückzahlung ganz zu verzichten. Überdies hätten sich durch die Rückzahlung des Darlehens die Passiven nicht verringert. Die Darlehensverbindlichkeit sei nicht aus dem Geschäftskapital, sondern aus einem vom Beklagten zweckbestimmt beschafften Bankkredit abgelöst worden. Die Bedingungen, die dem Bankkredit zugrunde lagen, seien nicht unerheblich günstiger gewesen als die mit dem Beklagten für das Darlehn vereinbarten. Das Bankhaus B. habe sich nämlich zu verhältnismäßig geringfügigen Ratenzahlungen von monatlich 3 000 DM bereit gefunden. Außerdem sei neben die Gemeinschaftschuldnerin der Beklagte als Wechselschuldner und selbstschuldnerischer Bürge getreten. Die Gemeinschaftschuldnerin habe also für ihre Zahlungspflicht Zeit gewonnen, was sich auf ihre weiteren Verbindlichkeiten vorteilhaft habe auswirken müssen. Der damalige Geschäftsführer der Gemeinschaftschuldnerin habe auch nicht die Vorstellung gehabt, daß sein Geschäftsgebarren unlauter sei; denn für ihn habe sich die Überlegung gestellt, daß das Darlehn des Beklagten fällig war und genauso geregelt werden mußte, wie es bei

einem außerbetrieblichen Gläubiger der Fall gewesen wäre. Die Abdeckung des Darlehens durch Bankkredit habe die Kreditfähigkeit des Unternehmens erwiesen, mochte sie auch weitgehend von der Sicherungsbereitschaft des Beklagten getragen sein. Auch sei eine Fortführung des Betriebes beabsichtigt gewesen. Der Versuch einer Gläubigerbenachteiligung würde daher in erster Linie den Interessen der Gemeinschuldnerin und des Geschäftsführers zuwidergelaufen sein. Auf jeden Fall habe aber der Beklagte eine Benachteiligungsabsicht der Gemeinschuldnerin nicht gekannt. Da er den Betrieb habe fortsetzen, sogar eines Tages gewinnbringend veräußern wollen, habe er die wirtschaftlichen Belange der Gemeinschuldnerin, damit aber auch diejenigen der Geschäftsgläubiger beachten müssen. Dem habe er sogar seinen Wunsch auf sofortige Rückgewähr des Darlehens untergeordnet. Das Darlehn habe er sich trotz Fälligkeit so auszahlen lassen, daß im Wege der Umschuldung eine Verminderung der Aktivmasse vermieden werden konnte. Die nachfolgenden Ereignisse hätten die Richtigkeit seiner kaufmännischen Überlegungen bestätigt. Er habe das Unternehmen im Juli 1963 veräußern können, nachdem die Erwerberin die Geschäftsunterlagen durch erfahrene Fachleute geprüft habe und sich für sie keine durchschlagenden Bedenken gegen die Liquidität des Betriebes und dessen gewinnbringende Fortführung ergeben hätten. Die AVG A [REDACTED] V [REDACTED] GmbH habe sodann durch die Gemeinschuldnerin den restlichen Bankkredit von noch 24 000 DM bis August 1964 in den vorgesehenen Monatsraten an das Bankhaus Eu [REDACTED] abgetragen. An dem ursächlichen Zusammenhang mit der späteren Konkurseröffnung und dem Ausfall von Gläubigerforderungen beständen schon wegen

des erheblichen Zeitabstandes wesentliche Bedenken. Die Gläubiger, die bei der Darlehensrückzahlung Forderungen an die Gemeinschuldnerin hatten, seien voll befriedigt worden. Seit der Veräußerung der Geschäftsanteile im Juli 1963 habe der Beklagte jeden Einfluß auf die Gemeinschuldnerin verloren. Der Behauptung des Beklagten, der AVG A [REDACTED] V [REDACTED] GmbH sei es gelungen, die gewinnbringenden Automatenverträge der Gemeinschuldnerin auf sich zu übertragen, damit habe diese der Gemeinschuldnerin durch Entzug des eigentlichen Vermögens ihre Lebensfähigkeit genommen, sei der Kläger nicht mit durchgreifenden Einwendungen begegnet.

II. Die Angriffe der Revision gegen diese Würdigung müssen scheitern.

1. Die Revision macht in erster Linie geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht dem Umstand nicht Rechnung getragen, daß der Beklagte Einmanngesellschafter der Gemeinschuldnerin gewesen sei. Die Revision meint, die Rückzahlung des Darlehens habe keine sogenannte kongruente Befriedigung des Beklagten gebildet. Als kongruent wird eine Befriedigung bezeichnet, die der Gläubiger in der gewährten Art und zu der gewährten Zeit zu beanspruchen hat. Daß das der Gemeinschuldnerin gewährte Darlehn an sich im Dezember 1962 zur Rückzahlung fällig war, ist unstreitig. Die Revision ist indessen der Ansicht, der Beklagte als einziger Gesellschafter sei wegen Überschuldung der Gesellschaft verpflichtet gewesen, das Darlehn von 60 000 DM als "Neugeld" dem Unternehmen zuzuführen oder den Betrag von 60 000 DM an die Gläubiger anteilig zu

verteilen. Die Revision will also den Darlehnsbetrag wirtschaftlich als Vermögen der Gesellschaft ansehen, das, soweit es zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, nach § 30 Abs. 1 GmbHG an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden darf. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung steht aber den Gesellschaftern als eigene Rechtsperson gegenüber. Ein von einem Gesellschafter der Gesellschaft gegebener Darlehensbetrag ist keine Stammeinlage. Der Gesellschafter kann daher grundsätzlich die Rückzahlung des Darlehns aus dem Gesellschaftsvermögen ohne Rücksicht darauf verlangen, ob das Gesellschaftsvermögen die Höhe des Stammkapitals erreicht. Allerdings wird angenommen, der Gesellschafter einer unterkapitalisierten Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der der Gesellschaft die zur Betriebsführung erforderlichen Gelder als Darlehen gebe, sei nach § 30 Abs. 1 GmbHG gehindert, die Rückzahlung zu verlangen, weil das Darlehen eine verdeckte Einlage bilde (vgl. Stauder, GmbH-Rundschau 1968, 72). Ebenso hat der Bundesgerichtshof angenommen, ein Gesellschafter könne die Verpflichtung zur Stellung des Konkursantrages nach § 64 GmbHG bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft dadurch abwenden, daß er der Gesellschaft die erforderlichen Mittel als Darlehn zur Verfügung stellt. Er müsse dann die gewährten Mittel, solange der Zweck der Sanierung noch nicht erreicht ist, wie haftendes Kapital behandeln lassen und der Gesellschaft etwaige "Darlehensrückzahlungen" nach § 31 Abs. 1 GmbHG erstatten (BGHZ 31, 258, 265). Daß eine solche Sachgestaltung vorliegt, hat der Kläger jedoch nicht vorgetragen. Vielmehr hat der Beklagte im Schriftsatz vom 7. Februar 1967 unwidersprochen behauptet, frühere

Gesellschafter der Gemeinschuldnerin hätten dieser Darlehen gewährt. Diese Darlehensforderungen habe er, der Beklagte, zusammen mit den nach und nach aufgekauften Geschäftsanteilen ebenfalls käuflich erworben. Es ist also nichts dafür vorgetragen, daß der Beklagte der Gesellschaft Mittel in der Form von Darlehen zur Verfügung gestellt habe, entweder weil sie unterkapitalisiert war und diese Mittel zur Aufnahme des Geschäftsbetriebes erforderlich waren oder weil er eine Verpflichtung zur Konkursanmeldung abwenden wollte. Das Berufungsgericht ist deshalb mit Recht von einer kongruenten Befriedigung ausgegangen.

2. Auch eine kongruente Befriedigung kann nach § 31 Nr. 1 KO anfechtbar sein. Nach übereinstimmender Ansicht von Rechtsprechung und Schrifttum ist eine Anfechtung möglich, wenn der spätere Gemeinschuldner mit dem Gläubiger zusammenwirkte in der Absicht, den übrigen Gläubigern Zugriffsobjekte zu entziehen, mit anderen Worten, wenn es dem Schuldner nicht so sehr auf die Erfüllung seiner Vertragspflicht als auf die Vereitelung der Ansprüche anderer Gläubiger ankam (Jaeger/Lent Konkursordnung 8. Aufl. § 31 Anm. 2 Seite 491, Mentzel/Kuhn Konkursordnung 7. Aufl. Anm. 9; BGHZ 12, 232, 237 zu § 3 AnfG).

a) Die Revision ist der Auffassung, ein solches, die Gläubiger benachteiligendes Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger liege auch vor, wenn - wie hier - ein Alleingesellschafter sich in Kenntnis einer Überschuldung der Gesellschaft ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen zurückzahlen lasse. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht

beigetreten werden. Müste der Gesellschafter den rückgezählten Darlehensbetrag zur Konkursmasse erstatten, so bedeutete das im Ergebnis den Haftungsdurchgriff auf das persönliche Vermögen des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft. Dieser Durchgriff ist grundsätzlich unserer Rechtsordnung fremd (BGHZ 22,226,230). Bei der Frage der Anfechtung kann daher ein Gesellschaftergläubiger nicht allein deshalb, weil er Alleingesellschafter ist, anders behandelt werden, als ein sonstiger Gläubiger. Daß etwa die besondere Fallgestaltung eine Ausnahme gebiete, ist nicht ersichtlich. Dafür, daß der Beklagte zu mißbräuchlichen Zwecken die Gesellschaftsanteile und die Darlehensforderung gegen die Gesellschaft erworben habe, ist nichts dargetan. Im übrigen stand es dem Beklagten jederzeit frei, seine Geschäftsanteile zu veräußern, wie er es am 15. Juli 1963 auch getan hat. Von diesem Zeitpunkt an war er reiner Gläubiger. Die gesellschaftsrechtliche Bindung, aus der die Revision die Pflicht des Beklagten, eine Beeinträchtigung anderer künftiger Gläubiger zu vermeiden, herleiten will, bestand dann nicht mehr. Wenn der Beklagte sich das Darlehen in zwanzig Raten bereits vom Januar 1963 bis August 1964 rückzahlen ließ, so können durch ein solches Verhalten schwerlich die Interessen anderer Gläubiger stärker beeinträchtigt worden sein, als wenn er die Rückzahlung des Darlehens erst am 15. Juli 1963, nunmehr aber ohne Bewilligung von Ratenzahlungen und ohne persönliche Sicherung des Ablösungsdarlehens verlangt hätte.

Damit sind auch alle Angriffe der Revision gegenstandslos, die sich aus der Auffassung herleiten, der Beklagte habe deshalb unlauter gehandelt, weil er die

Gemeinschuldnerin in die Zwangslage versetzt habe, mangels flüssiger Mittel sein unverzinsliches oder mindestens niedrig verzinsliches Darlehen durch ein hoch verzinsliches abzulösen, oder weil er die Gemeinschuldnerin der Gefahr ausgesetzt habe, von dem Bankhaus Burkhardt auf Rückzahlung des von diesem gegebenen Darlehens in Anspruch genommen zu werden.

b) Bleibt für die Beurteilung der Anfechtbarkeit aber der Umstand außer Betracht, daß der Beklagte bis 15. Juli 1963 Alleingesellschafter der Gemeinschuldnerin war, so hängt der Erfolg der Revision davon ab, ob die Würdigung des Berufungsgerichts, ein unlauteres Verhalten der Gemeinschuldnerin und des Beklagten sei nicht erwiesen, aus sonstigen Gründen angreifbar ist. Einen Rechtsirrtum lassen aber die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht erkennen.

aa) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Gemeinschuldnerin Ende 1963 überschuldet gewesen sei. Es hätte den für die Behauptung des Klägers angebotenen Beweis erheben müssen, daß der Wirtschaftsprüfer N. dem Beklagten erklärt habe, entweder müsse eine Konkursanmeldung oder eine Sanierung durch Zuführung neuer Mittel erfolgen. Das Berufungsgericht unterstellt ersichtlich, daß die Gemeinschuldnerin Ende 1963 überschuldet war, meint aber, daraus gehe unter den von ihm gewürdigten sonstigen Umständen nicht notwendig eine Benachteiligungsabsicht des damaligen Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin

hervor. Das ist nicht zu beanstanden. Im Falle kongruenter Deckung reicht das Bewußtsein des Schuldners, daß er nicht alle Gläubiger befriedigen könne und daß seine Handlung deshalb für die übrigen Gläubiger nachteilig sei, regelmäßig nicht aus, um die Annahme einer Benachteiligungsabsicht zu rechtfertigen. Der Wille des Schuldners erschöpft sich im allgemeinen darin, seiner Verbindlichkeit gerecht zu werden. Allein aus dem Grunde, daß die kongruente Befriedigung zu einer Zurücksetzung gleichberechtigter Gläubiger führt, ist der Empfang einer dem Gläubiger gebührenden Leistung erst im Krisenstadium des § 30 KO anfechtbar (Jaeger/Lent aaO. § 31 Abs. 2 und 6). Selbst bei Kenntnis der Überschuldung ist daher die Tilgung des Darlehens, wie schon oben ausgeführt ist, nur anfechtbar, wenn es dem Vertreter der Gemeinschuldnerin weniger auf die Erfüllung einer Vertragspflicht, als auf die Schädigung ihrer übrigen Gläubiger angekommen wäre. Den Nachweis für eine solche Willensrichtung hat das Berufungsgericht aber in rechtsirrtumsfreier Weise für nicht erwiesen gehalten.

bb) Was die Revision sonst gegen die Würdigung des Berufungsgerichts anführt, kann nicht durchgreifen.

Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht nicht erörtert habe, ob die Gemeinschuldnerin an einer Ablösung des Darlehens Interesse gehabt habe, und meint, der Beklagte habe lediglich in seinem persönlichen Interesse die Ablösung herbeigeführt. Auf eine solche Interessenabwägung kommt es aber nicht an. Im Falle kongruenter Befriedigung liegt es regelmäßig im Interesse des Gläubigers, daß seine Forderung befriedigt wird. Andererseits wird häufig der Schuldner an einer Tilgung seiner Verbindlichkeiten

nicht interessiert sein. Entscheidend ist vielmehr, ob der Schuldner den Zweck verfolgt, einer, wenn auch möglicherweise lästigen, Verpflichtung nachzukommen.

cc) Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß die Gemeinschuldnerin die Mittel zur Zahlung der Raten und der Darlehenszinsen nur aus der Aufnahme weiterer Lieferantenkredite habe gewinnen können. Damit setzt sich die Revision aber in unzulässiger Weise in Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts. Es sieht als erwiesen an, daß der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin die Fortführung des Betriebes beabsichtigt und mit einem Einvernehmen der übrigen Gläubiger gerechnet habe. Für den Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin gilt das, was das Berufungsgericht hinsichtlich des Willens des Beklagten feststellt: Das Unternehmen hat im Juli 1963 an die AVG A. [REDACTED] V. [REDACTED] GmbH veräußert werden können, nachdem diese die Geschäftsunterlagen durch erfahrene Fachleute geprüft hatte und sich keine durchschlagenden Bedenken gegen die Zahlungsfähigkeit und die Möglichkeit einer gewinnbringenden Fortführung des Betriebes ergeben hatten. Der restliche Bankkredit bei dem Bankhaus Bu. [REDACTED] wurde abgetragen. Die Firmengläubiger, die bei der Darlehensrückzahlung Forderungen an die Gemeinschuldnerin hatten, wurden voll befriedigt. Die Behauptung des Beklagten, die AVG GmbH als neue Alleingesellschafterin habe die gewinnbringenden Automatenverträge der Gemeinschuldnerin auf sich übertragen und damit der Gemeinschuldnerin ihr eigentliches Vermögen entzogen, hält das Berufungsgericht nicht für widerlegt. Der Konkurs ist ferner über zwei

Jahre nach der Ablösung des Darlehens des Beklagten eröffnet worden. Das Berufungsgericht hätte sich schließlich auf die eigenen Angaben des Klägers in den zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Konkursakten 8 H 1/65 des Amtsgerichts Mülheim beziehen können. Im Bericht vom 9. Februar 1965 hat der Kläger erklärt, soweit bisher erkennbar, gründe sich die Insolvenz auf allgemeine Miswirtschaft. Die Geschäftslage in der Branche werde als gut bis sehr gut bezeichnet. Im zweiten Zwischenbericht vom 11. August 1965 führt der Kläger an, es sei bei Verhandlungen zur Sprache gekommen, daß die früheren Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin durch pflichtwidriges Handeln großen Schaden zugefügt hätten. Insbesondere habe der frühere Mitgeschäftsführer der AVG Dr. H. [REDACTED], der die Geschäfte der Gemeinschuldnerin in Personalunion nach dem Ausscheiden des Geschäftsführers B. [REDACTED] fortgeführt habe, Handlungen zur bevorzugten Befriedigung einzelner Gläubiger vorgenommen und sich selbst durch ungerechtfertigte Entnahmen bereichert.

Soweit die Revision daraus etwas herleiten will, daß das Ablösungsdarlehen des Bankhauses Bu. [REDACTED] zu 8 1/2 % verzinslich gewesen sei, übersieht sie, daß dieser Einwand sich überhaupt nicht gegen die Rückzahlung des Darlehens, sondern nur dargegen richtet, daß die Gemeinschuldnerin Zinsen auf den jeweiligen Restbetrag des Darlehens hat zahlen müssen. Eine Beeinträchtigung anderer Gläubiger kann also höchstens in Höhe der jeweiligen Zinsen eingetreten sein, nämlich im Gesamtbetrage von etwa 4.250 DM.

dd) Das Berufungsgericht hat angenommen, selbst wenn der damalige Geschäftsführer B. den Zweck verfolgt habe, mit der Darlehnsrückzahlung andere Gläubiger zu benachteiligen, so sei dies dem Beklagten unbekannt gewesen und wäre von ihm nicht gebilligt worden. Die Revision hat in anderem Zusammenhang geltend gemacht, der Geschäftsführer B. sei vom Beklagten völlig abhängig gewesen. Dieses Vorbringen kann sich auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts wenden, dem Beklagten sei eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Bleifeld unbekannt gewesen. Wie der erkennende Senat im Urteil BGHZ 41, 17, 20 ausgeführt hat, kann nämlich bei einer Anfechtung dem Anfechtungsgegner die Kenntnis seines in der Geschäftsleitung des Schuldners tätigen Vertrauensmannes als eigene zugerechnet werden. Der Frage, ob der Geschäftsführer B. in diesem Sinne Vertrauensmann des Beklagten gewesen ist, braucht indessen nicht nachgegangen zu werden. Es handelt sich um eine Hilfsröwägung des Berufungsgerichts. Seine Entscheidung wird bereits durch die Feststellung getragen, daß eine Benachteiligungsabsicht des Geschäftsführers B. nicht nachgewiesen ist.

III. Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe den Klagevortrag nicht unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob der Beklagte, weil er und der Geschäftsführer B. entgegen der Vorschrift des § 64 GmbHG nicht den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt hätten, zum Schadensersatz nach §§ 823, 826 BGB verpflichtet sei. Auf die Frage, ob der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen

§ 64 GmbHG hätte geltend machen können, braucht nicht eingegangen zu werden. Der Kläger hat in den vorhergehenden Rechtszügen einen solchen Anspruch nicht geltend gemacht und die entsprechenden Tatsachen insbesondere zur Höhe eines etwa erwachsenen Schadens nicht vorgetragen. Der Kläger kann im Revisionsrechtszuge einen Schadensersatzanspruch nicht mehr in den Rechtsstreit einführen.

IV. Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Morwann

Braxmaier