

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 292/91

vom

20. September 1993

in dem Rechtsstreit

Hans Joachim G [REDACTED], W [REDACTED]straße 23, N [REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

L [REDACTED] G [REDACTED] S [REDACTED], vertreten durch den Vorstand P [REDACTED] G [REDACTED]
G [REDACTED], Via E [REDACTED] 11, C [REDACTED] (Firenze)/Italien,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den
Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter
Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Goette

am 20. September 1993

beschlossen:

1. Das Verfahren bleibt ausgesetzt.
2. Dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes wird die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt, ob sich der aus § 64 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB ergebende Schadensersatzanspruch desjenigen Gläubigers; der seine Forderung erst nach Konkursreife erworben hat, auf den Betrag beschränkt, um den sich die Konkursquote infolge der verspäteten Konkursanmeldung verringert hat (sog. Quotenschaden).

Gründe:

I.

Der Beklagte ist Geschäftsführer und seit 1985 Alleingesellschafter einer GmbH. Im Dezember 1985 und Januar 1986 bestellte er im Namen der Gesellschaft bei der Klägerin Waren im Gesamtwert von 98.236,22 DM. Die Klägerin lieferte die Gegenstände im Januar und Februar 1986. Auf Antrag des Beklagten vom 27. März 1986 wurde am 25. April 1986 das Kon-

kursverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Die Klägerin, die auf die Warenlieferungen keine Bezahlung erhalten hat, nimmt in Höhe eines Betrages von 90.276,11 DM, mit den sie nach ihrer Behauptung im Konkurs ausfallen wird, den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Sie hat behauptet, die GmbH sei bereits 1985 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen; der Beklagte habe dies, als er die Waren bestellte gewußt.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten mit der Begründung zur Schadensersatzleistung verurteilt, er habe unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß als Vertreter, der die Geschäfte für die GmbH mit der Klägerin abgeschlossen habe, dafür einzustehen, daß er diese fahrlässig - mit den Voraussetzungen des § 826 BGB sowie der §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB hat es sich nicht befaßt - nicht, wie es erforderlich gewesen wäre, darüber aufgeklärt habe, daß angesichts der damaligen angeschlagenen wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft die Zahlung des Kaufpreises nicht gesichert sei. Seine persönliche Haftung ergebe sich daraus, daß er ein besonderes wirtschaftliches Eigeninteresse am Vertragsschluß gehabt und aus dem Geschäft eigenen Nutzen erstrebt habe. Dieses Interesse sei über seine Beteiligung an der GmbH mit dem damit verbundenen Gewinnbezugsrecht hinausgegangen. Denn er habe - unstreitig - zur Absicherung von Bankverbindlichkeiten der Gesellschaft in den Jahren bis 1985 aus seinem privaten Vermögen die Rechte an einer Lebensversicherung abgetreten, ein Festgeldguthaben von rund 48.000,-- DM verpfändet und sich in Höhe von 250.000,-- DM verbürgt. Dadurch habe er seine wirtschaftliche Existenz weitgehend mit dem Erfolg der Gesellschaft verknüpft.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)

Kostenlos
Über 100.000 Urteile



II.

1. Nach Ansicht des Senats läßt sich eine persönliche Haftung des Beklagten mit dem rechtlichen Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigeninteresses nicht begründen. Die Stellung von Sicherheiten im Hinblick auf anderweitige Gesellschaftsverbindlichkeiten rechtfertigt die persönliche Haftung des Geschäftsführers nicht. Da der Senat mit dieser Auffassung von der bisherigen Rechtsprechung des VIII. und des IX. Zivilsenats abweicht, hat er den Rechtsstreit ausgesetzt und das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG eingeleitet (Beschl. v. 1. März 1993, ZIP 1993, 763 m. Anm. Ulmer = EWiR § 64 GmbHG 1/93, 583 [Wiedemann]). Der VIII. und der IX. Zivilsenat haben mitgeteilt, daß sie an ihrer bisherigen Rechtsauffassung nicht festhalten.

2. Der Senat hält jedoch - unabhängig von den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und des § 826 BGB - eine Haftung des Beklagten für den vollen der Klägerin entstandenen Schaden auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG für denkbar. Er möchte deshalb die Sache zur Prüfung der hierfür erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen an das Berufungsgericht zurückverweisen. Er stellt sich damit jedoch in Gegensatz zur bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung, wonach sich der Ersatzanspruch des Neugläubigers aus der Haftungsnorm der Konkursverschleppung auf den in der Verminderung der Konkursquote bestehenden Schaden (Quotenschaden) beschränkt. Der Senat hat deshalb auch insoweit bei den in Betracht kommenden Senaten des Bundesgerichtshofs, nämlich beim III., VII. und IX. Zivilse-

nat angefragt, ob sie an ihrer bisherigen abweichenden Ansicht festhalten; eine Anfrage bei dem an sich ebenfalls betroffenen VI. Zivilsenat war nach § 132 Abs. 3 Satz 2 GVG nicht veranlaßt, weil die Rechtsmaterie mit Wirkung vom 1. Januar 1993 auf den erkennenden Senat übergegangen ist. Der III., der VII. und der IX. Zivilsenat haben die an sie gerichtete Frage verneint. Damit kommt eine Vorlage der Sache an den Großen Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs nicht in Betracht (§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG).

Der Senat weicht mit seiner Rechtsauffassung zum Umfang des Schadensersatzanspruchs des Neugläubigers jedoch auch von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ab. Dieses hat sich der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage in seinem Urteil vom 24. September 1974 (3 AZR 589/73, NJW 1975, 708) angeschlossen (vgl. darüber hinaus auch das, soweit ersichtlich, nicht veröffentlichte Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 17. September 1991 - 3 AZR 521/90). Dies macht es erforderlich, die Sache dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung der genannten Rechtsfrage vorzulegen.

III.

Nach Auffassung des Senats ist die Rechtsfrage zu verneinen.

1. Nach § 64 Abs. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft unverzüglich ("ohne schuldhaftes Zögern") zu beantragen.

a) Die Vorschrift ist, worüber seit langem Einigkeit besteht, ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger. Die sich daraus ergebende Haftung des Geschäftsführers ist jedenfalls gegenüber denjenigen Gläubigern, die ihre Forderung bereits vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem der Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, auf den Betrag beschränkt, um den sich die Konkursquote, die sie bei rechtzeitiger Konkursanmeldung erhalten hätten, durch Verzögerung der Antragstellung verringert (sog. Quotenschaden; grundlegend BGHZ 29, 100, 102 ff.). Der Geschäftsführer hat den auf diese Weise errechneten Gesamtgläubigerschaden zu ersetzen, und zwar, wenn ein Konkursverfahren stattfindet, durch Zahlung in die Konkursmasse (vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 2. Aufl. § 36 II 5 b S. 903). Da hierbei auf den Zeitpunkt des Eintritts der Konkursantragspflicht abgestellt wird, war zunächst zweifelhaft, ob auch Gläubiger, die ihre Forderung erst später erworben haben, in den Schutzbereich der Vorschrift einbezogen sind. Diese Frage ist, wie seit der erwähnten Grundsatzentscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 16. Dezember 1958 außer Streit ist, zu bejahen. Auch die Neugläubiger, die, jedenfalls soweit es sich um Vertragsgläubiger handelt, bei rechtzeitiger Konkursanmeldung gar keinen Schaden erlitten hätten, sollen danach indessen nur den Quotenschaden ersetzt erhalten; für dessen Berechnung soll der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem die jeweilige Forderung entstanden ist (BGHZ 29, 100, 104 ff., 107; kritisch zu dieser letzteren Berechnungsart Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 64 Rdn. 54 m.w.N.).

Der VI. Zivilsenat hat diese Grundsätze in späteren Entscheidungen bekräftigt (z.B. Urt. v. 2. Februar 1960
- VI ZR 13/59, WM 1960, 641 f., v. 4. Juli 1961
- VI ZR 84/60, WM 1961, 1103, 1106, v. 4. Mai 1962
- VI ZR 226/61, WM 1962, 764 und v. 18. Mai 1976
- VI ZR 241/73, DB 1976, 1665, 1666; zuletzt BGHZ 100, 19, 23 ff. für den Verlust von Aussonderungsrechten). Andere Senate des Bundesgerichtshofes hatten sich dieser Rechtsprechung angeschlossen (Urt. v. 22. Januar 1962
- III ZR 198/60, WM 1962, 527, 530, v. 18. Juni 1979
- VII ZR 84/78, NJW 1979, 2198, insoweit in BGHZ 75, 23 nicht abgedruckt, und v. 8. Oktober 1987 - IX ZR 143/86, WM 1987, 1431, 1432; ferner beiläufig das eine Aktiengesellschaft betreffende Urteil des erkennenden Senats vom 11. November 1985, BGHZ 96, 231, 237; vgl. aber auch BGHZ 75, 96, 106: "Schutzgesetz ... jedenfalls insoweit ..., als sich durch die Verzögerung der Konkurseröffnung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verringert haben"). Auch das Bundesarbeitsgericht folgt, wie erwähnt, dieser Rechtsprechung.

Das gleiche gilt für den überwiegenden Teil des Schrifttums (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 48 f.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 7. Aufl. § 64 Rdn. 35 f.; Rowedder, GmbHG 2. Aufl. § 64 Rdn. 24 - ohne eigene Stellungnahme -; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. § 64 Rdn. 13; Schulze-Osterloh, in Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 64 Rdn. 26 m.w.N.; zu § 92 Abs. 2 AktG: Mertens, KK 2. Aufl. § 92 Rdn. 52; Meyer-Landrut, GroßKomm. (1973) § 92 Anm. 9; unklar dagegen Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1973-74, § 92 Rdn. 24). Gleichwohl ist die Diskussion über

die Frage keineswegs zur Ruhe gekommen. Außer den gegenläufigen Stellungnahmen aus dem älteren Schrifttum (Winkler, MDR 1960, 185, 186 f.; Lambsdorff/Gilles, NJW 1966, 1551 f.; Kühn, NJW 1970, 589, 590 ff.; Lindacher, DB 1972, 1424 ff.; Gilles/Baumgart, JuS 1974, 226, 227 f.) ist aus neuerer Zeit auf Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., 1988, S. 403 ff., die Dissertation von Stapelfeld, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, 1990, S. 166 ff. (vgl. auch Mertens, FS Hermann Lange, 1992, S. 561, 577 sowie im Anschluß an den Senatsbeschluß vom 1. März 1993, aaO, Schanze, AG 1993, 380) sowie auf einige Stellungnahmen zu der Bestimmung des § 64 GmbHG entsprechenden anderen Vorschriften hinzuweisen (Staudinger/Coing, BGB 12. Aufl. § 42 Rdn. 10; Müller, GenG, 1976, § 99 Rdn. 9; zu § 92 Abs. 2 AktG: Meyer-Landrut, FS Barz, 1974, S. 271, 277 ff.). Zweifelnd äußern sich auch Roth (GmbHG 2. Aufl. § 64 Anm. 3.1), Meyer/Meulenberg/Beuthien (GenG 12. Aufl. § 99 Rdn. 4) und Medicus (Bürgerliches Recht 15. Aufl. Rdn. 622); Hopt (Baumbach/Duden/Hopt, HGB 28. Aufl. § 130 a Anm. 3 A) sieht in dem auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung eingeschränkten Haftungsumfang "eine wesentliche Schwäche" der Haftungsregelung.

Der nur beschränkte Schutz der Neugläubiger wird mit dem Schutzzweck des § 64 GmbHG - Entsprechendes muß für die anderen Gesellschafts- und Verbandsformen mit beschränktem Haftungsfonds gelten (vgl. §§ 92 Abs. 2, 278 Abs. 3 AktG, 99 GenG, 42 Abs. 2 BGB, 130 a, 177 a HGB) - begründet (BGHZ 29, 100, 105 ff.). Dieser soll darin bestehen, das bei Konkursreife vorhandene Vermögen den Gläubigern zu erhalten,

nicht aber darin, den Rechtsverkehr ganz allgemein vor den Gefahren zu bewahren, die sich aus dem Fortbestehen einer überschuldeten GmbH ergeben. Das Vertrauen in die Zahlungs- und Kreditwürdigkeit eines anderen genieße - abgesehen von den sich aus den §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB ergebenden Ersatzpflichten - im Geschäfts- und Wirtschaftsleben keinen besonderen Schutz. Dem Gesetz sei nichts dafür zu entnehmen, daß für den Rechtsverkehr mit einer nur mit einem beschränkten Vermögen haftenden juristischen Person etwas anderes gelten sollte. Der Gesetzgeber habe den damit verbundenen Gefahren dadurch Rechnung getragen, daß hier der Konkurs nicht nur bei Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Überschuldung zu eröffnen sei. Daß der Gesetzgeber darüber hinaus die Gläubiger besonders hätte schützen wollen, sei den Motiven zum GmbH-Gesetz nicht zu entnehmen (vgl. auch BGH, Urt. v. 2. Februar 1960 - VI ZR 13/59, WM 1960, 641 f.).

b) Die Materialien geben über die diesbezüglichen Vorstellungen des historischen Gesetzgebers wenig Aufschluß; darüber dürfte heute Einigkeit bestehen (vgl. nur K. Schmidt, JZ 1978, 661, 664; Stapelfeld aaO S. 170). Der Deutsche Handelstag hat im Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf "das kapitalistische Moment der neuen Gesellschaftsform" die Aufnahme einer Konkursantragspflicht in das Gesetz gefordert; die Erfüllung dieser Pflicht sei dadurch sicherzustellen, daß der Zuwiderhandelnde mit seinem gesamten Vermögen in die Haftung für die Gesellschaftsschulden eintrete bzw. daß er den Gesellschaftsgläubigern persönlich für jeden einzelnen Ausfall an ihren Forderungen hafte (Amtl. Ausgabe des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und

Anlagen, 1891, S. 136, 137). Die Preußischen Handelskammern haben als Sanktion für die verspätete Stellung des Konkursantrages eine direkte Haftung für alle Ausfälle, die die Gläubiger im Konkurs erleiden, verlangt. Daraus läßt sich einerseits, wie der VI. Zivilsenat zutreffend ausgeführt hat, nichts dafür herleiten, daß die Neugläubiger mit ihrem vollen Schaden in den Schutzbereich der Konkursantragspflicht einbezogen worden seien (Urt. v. 2. Februar 1960 aaO S. 642); die amtliche Begründung geht auf jene Forderungen nicht ein. Andererseits kann aus diesem letzteren Umstand nicht geschlossen werden, daß der Gesetzgeber es bewußt abgelehnt habe, den Schutzbereich hinsichtlich der Neugläubiger entsprechend weit zu fassen. Wenn in den Gutachten des Deutschen Handelstages und der Preußischen Handelskammern verlangt worden ist, die der Konkursantragspflicht Zuwiderhandelnden sollten für alle Ausfälle der Gesellschaftsgläubiger haften, so bezog sich dies auch auf die Altgläubiger.

Es kommt deshalb auf den objektiven Gesetzeszweck an. Der Normzweck der gesetzlichen Konkursantragspflichten besteht zunächst einmal ganz allgemein darin, konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 1). Hinter diesem Normzweck soll aber, so wird angenommen, der Zweck des § 64 Abs. 1 GmbHG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zurückbleiben; die Neugläubiger sollen nur sozusagen im Vertrauen auf das Vorhandensein einer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen Konkursmasse geschützt werden (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 2). Woraus sich diese Einschränkung

des Schutzbereichs im Vergleich zum weitergehenden Normzweck ergeben soll, ist schwer auszumachen. Offenbar spielt dabei die - an sich zutreffende - Vorstellung eine Rolle, daß der Verstoß gegen die Konkursantragspflicht ein Dauerdelikt sei, weil diese Pflicht über den Zeitpunkt des Eintritts ihrer Voraussetzungen hinaus fortbestehe (vgl. BGHZ 29, 100, 104); im Zusammenhang damit wird die Forderung erhoben, alle (Alt- und Neu-)Gläubiger müßten gleichbehandelt werden (vgl. dazu Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 49; Fleck, GmbHR 1974, 224, 235). Deshalb wird der Sache nach angenommen, der neue Vertragspartner müsse sozusagen so gestellt werden, wie wenn der Geschäftsführer eine logische Sekunde nach dem Vertragsschluß den Konkursantrag gestellt hätte. In der Praxis führt das zu wohl unüberwindbaren Berechnungsschwierigkeiten. Deshalb wird vorgeschlagen, auf gesonderte Berechnungen für die Neugläubiger zu verzichten und alle Gläubiger gleichmäßig so zu stellen, als wären ihre Forderungen bereits im Zeitpunkt der erstmaligen Konkursantragstellungspflicht begründet gewesen (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 54). Dies sei deswegen gerechtfertigt, weil es sich nach dem recht verstandenen Prinzip des § 64 GmbHG um ein einheitliches Delikt gegenüber der Gläubigergesamtheit handle, mit dem es sich nicht verträge, einzelnen Gläubigern mehr als ihren Anteil an dem allen Gläubigern infolge der Verminderung des Gesellschaftsvermögens entstandenen Schaden zu ersetzen (K. Schmidt, JZ 1978, 661, 665).

Der Ersatzanspruch nach § 64 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB kann nach der Auslegung der bisherigen Rechtsprechung für alle Gläubiger zusammen immer nur in der Differenz zwischen dem Masseerlös, der sich bei rechtzeiti-

ger Konkursanmeldung ergeben hätte, und dem später im Konkurs tatsächlich erzielten Erlös bestehen (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 53). Das hat zur Folge, daß der Anteil des einzelnen (Alt- oder Neu-)Gläubigers immer geringer wird, je mehr Gläubiger bis zur tatsächlichen Konkursantragstellung hinzukommen. Zwar kann sich theoretisch die Konkursmasse infolge der Kreditgewährung durch Neugläubiger auch erhöhen (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 54). Aber eine solche Erhöhung ist in aller Regel nur vorübergehend; sonst bedürfte es der Schutzvorschrift des § 64 Abs. 1 GmbHG nicht. Jedenfalls muß jeder bereits vorhandene Gläubiger den Gesamtschadensausgleich mit jedem hinzukommenden teilen.

Dieses Ergebnis läßt sich aus dem im Konkursrecht geltenden Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger (dazu Häsemeyer, KTS 1982, 507 ff., insbes. 537) schwerlich herleiten. Es ist zwar zweckmäßig, den Anspruch auf Ersatz des durch die Konkursverschleppung entstehenden Gesamtschadens dem Konkursverwalter zuzuweisen; das gleiche wird dadurch erreicht, daß der Schaden als ein solcher der Gesellschaft bezeichnet wird (so in der moderneren Vorschrift des § 130 a Abs. 3 HGB; vgl. auch BGHZ 75, 96, 102). Aber damit ist nichts darüber gesagt, ob über den Masseschmälerungsschaden hinausgehende, durch die verspätete Konkursantragstellung verursachte Schäden einzelner Gläubiger zu ersetzen sind. Dabei handelt es sich in erster Linie um die Forderungen der Neugläubiger, soweit sie durch die tatsächlich erzielte Konkursquote nicht gedeckt sind. Darüber hinaus dürfte dazu auch die Verminderung der Konkursquote der Altgläubiger gehören, soweit sie auf dem Hinzukommen der Neugläubiger beruht.

Daß solche auf der Konkursverschleppung beruhende Einzelschäden vom Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG nicht erfaßt würden (zu § 130 a Abs. 3 HGB vgl. Schlegelberger/K. Schmidt, HGB 5. Aufl. § 130 a Rdn. 41), läßt sich schwerlich damit begründen, daß die Neugläubiger, weil sie erst durch die Anbahnung von vertraglichen Beziehungen zur GmbH zu Gläubigern werden, mit ihrem Einzelschaden keine individuell abgrenzbare Gruppe von Betroffenen, sondern Teil des Rechtsverkehrs und damit der Allgemeinheit seien, die als solche in den von § 64 Abs. 1 GmbHG gewährten Schutz nicht einbezogen sei (so Ulmer in der Anm. zu dem oben erwähnten Senatsbeschluß vom 1. März 1993, ZIP 1993, 763, 771; dagegen aber Wiedemann, EWiR § 64 GmbHG 1/93, 583, 584). Es geht hier nicht um den persönlichen Schutzbereich der Vorschrift - daß die Neugläubiger von ihm erfaßt werden, steht außer Streit -, sondern um den Umfang des den Neugläubigern zu ersetzenden Schadens. Dessen Begrenzung auf den Quotenschaden läßt sich nicht mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkursgläubiger rechtfertigen; denn die Liquidation eines nur einem einzelnen Gläubiger entstandenen Schadens kann diesem nicht mit der Begründung versagt werden, andere Gesellschaftsgläubiger hätten einen derartigen Schaden nicht erlitten (das räumt der Sache nach auch K. Schmidt, JZ 1978, 661, 664 ein). Die Altgläubiger werden dagegen zu Recht nur bis zur Höhe der bei rechtzeitiger Konkursantragstellung erzielbaren Quote entschädigt; diese sollte sich im Endergebnis durch das spätere Hinzukommen weiterer Gläubiger nicht mindern. Bis zu dem nach § 64 Abs. 1 GmbHG maßgebenden Zeitpunkt ist kein Konkursdelikt begangen worden; die vorher eingetretene Entwertung der bereits begründeten Forderungen fällt, soweit ein Anspruch nicht auf einer anderen Rechts-

grundlage besteht, in den Risikobereich der Gläubiger. Inso-
weit ist diesen kein auf dem Verstoß gegen die Konkursan-
tragspflicht beruhender Schaden entstanden. Demgegenüber
hätten die Neugläubiger, wenn die Geschäftsführer die ihnen
durch § 64 Abs. 1 auferlegte Pflicht rechtzeitig erfüllt
hätten, von vornherein keinen Schaden erlitten. Eine Un-
gleichbehandlung beider Gläubigergruppen läßt sich daher
darin, daß jedem Gläubiger der gerade ihm entstandene Scha-
den ersetzt wird, nicht erkennen (so zutreffend Roth,
GmbHHR 1985, 137, 140; Stapelfeld aaO S. 172); der unter-
schiedliche Umfang des jeweiligen Schadensersatzanspruchs
folgt aus allgemeinen Schadensersatzregeln (Staudinger/Coing
aaO).

Die von der Rechtsprechung bisher praktizierte Anwendung
des § 64 Abs. 1 GmbHG als Haftungsnorm läßt sich nur halten,
wenn man diese dahin versteht, daß nur der Schaden zu erset-
zen sei, der in der Differenz zwischen erzielbarer und tat-
sächlich erzielter Konkursquote besteht, daß dagegen darüber
hinausgehende, nur einzelnen (Neu- oder Alt-)Gläubigern ent-
stehende Schäden außer Betracht zu bleiben hätten. Eine
Grundlage für ein solches einschränkendes Verständnis läßt
sich aber weder der Entstehungsgeschichte noch dem objekti-
ven Normzweck der Vorschrift entnehmen. Die Annahme, der
Grundsatz der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger forde-
re eine solche Auslegung, läuft auf einen Zirkelschluß hin-
aus: Der einem Alt- und der einem Neugläubiger infolge des
Konkursdelikts entstehende Schaden ist, bezogen auf seine
jeweilige Gesamtforderung, unterschiedlich groß. Daß gleich-

wohl beide den gleichen Anteil ersetzt bekommen sollen, läßt sich nicht wiederum damit begründen, daß beide zu den Konkursgläubigern gehören.

2. Bei der Auslegung des § 64 Abs. 1 GmbHG ist noch folgendes zu bedenken:

Verweist man die Neugläubiger ausschließlich auf Ansprüche nach § 826 BGB oder nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB, so läuft das auf eine beträchtliche Verschlechterung des Gläubigerschutzes hinaus (so bereits K. Schmidt, JZ 1978, 661, 664; dagegen freilich Canaris, JZ 1993, 649, 651). Das legt es nahe, nach einer anderen Haftungsbegründung zu suchen. Roth (GmbHR 1985, 137, 139 ff.) hat vorgeschlagen, eine persönliche Einstandspflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers in den Fällen, um die es hier geht, damit zu begründen, daß die GmbH, wenn sie konkursreif, insbesondere überschuldet ist, ihren Haftungsfonds eingebüßt habe und damit die Voraussetzungen der Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen entfallen seien. Dem wird man nicht zustimmen können. Es läßt sich zwar schwerlich leugnen, daß die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ihre Legitimation verloren hat, wenn der Haftungsfonds vollständig verwirwirtschaftet und die Gesellschaft deshalb zu liquidieren ist. Die Konsequenz besteht nach dem Gesetz aber nicht in der persönlichen Haftung der Gesellschafter, sondern in der Pflicht der Geschäftsführer - unabhängig davon, ob sie gleichzeitig Gesellschafter sind -, durch Konkursanmeldung für eine rechtzeitige Beseitigung der Gesellschaft zu sorgen. Die insoweit bestehenden

Handlungspflichten stellen - neben den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften - die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der Gesellschafter dar (K. Schmidt, ZIP 1988, 1497; Stapelfeld aaO S. 171).

Der Bundesgerichtshof hat eine Grundlage für die Haftung des GmbH-Geschäftsführers bisher - soweit es um Gesellschafter-Geschäftsführer geht - für Teilbereiche in den von ihm entwickelten Grundsätzen zur Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses gesehen. Dieser Weg erscheint dem Senat, wie im Beschluß vom 1. März 1993 (aaO) im einzelnen dargelegt worden ist, für den GmbH-Geschäftsführer nicht gangbar. Allgemein anerkannt ist dagegen die Haftung des Vertreters wegen Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens. Der Geschäftsführer einer GmbH nimmt indessen, wenn er für diese in Vertragsverhandlungen eintritt, grundsätzlich nur das normale Verhandlungsvertrauen in Anspruch, für dessen Verletzung der Vertragspartner, in diesem Falle also die GmbH, einzustehen hat; von einem persönlichen Vertrauen läßt sich nur sprechen, wenn der Vertreter beim Verhandlungspartner ein zusätzliches, von ihm selbst ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen hervorgerufen hat (Sen.Urt. v. 1. Juli 1991 - II ZR 180/90, ZIP 1991, 1140, 1142 f. m.w.N.). Es wird sich dabei im allgemeinen um Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage handeln (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 70). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn das Verhalten des Geschäftsführers sich darin erschöpft, eine Aufklärung über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft, zu der er angesichts ihrer wirtschaftlichen Lage verpflichtet wäre, zu unterlassen. Allerdings besteht in diesem Fall die Besonder-

heit, daß die sorgfaltswidrige Verletzung der Offenbarungspflicht, die sich auf die finanzielle Unfähigkeit der Gesellschaft, die vereinbarte Vertragsleistung zu erbringen, bezieht, ohne Sanktion bleibt, wenn nur die Gesellschaft selbst dafür einzustehen hat. Deshalb meint Karsten Schmidt (ZIP 1988, 1497, 1503; Gesellschaftsrecht aaO § 36 II 5 c S. 907), der Geschäftsführer einer GmbH sei, soweit es um die Solvenz der Gesellschaft gehe, als deren Repräsentant immer als "Vertrauensträger" anzusehen, so daß er stets persönlich hafte, wenn er eine die Solvenz der GmbH betreffende Informationspflicht schuldhaft verletze.

Eine solche "Repräsentantenhaftung" hätte mit der Haftung des Vertreters wegen Inanspruchnahme besonderen Vertrauens nichts mehr zu tun. Es würde sich bei ihrer Einführung um eine offene Rechtsfortbildung handeln. Eine solche läßt sich freilich erwägen. Auch die Vertreterhaftung unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigeninteresses stellt im Grunde eine solche - freilich verdeckte und jedenfalls, soweit es um den GmbH-Geschäftsführer geht, an rechtlich nicht haltbare Voraussetzungen geknüpfte - Rechtsfortbildung dar (Roth, GmbHR 1985, 137, 140). Die für eine Rechtsfortbildung erforderliche Gesetzeslücke ließe sich nicht von vornherein verneinen. Der Schutz des Vertragspartners ist unvollkommen, wenn man zwar der Gesellschaft selbst unter bestimmten Voraussetzungen eine vorvertragliche Pflicht zur Offenbarung ihrer Vermögenslage auferlegt (dazu im einzelnen: Sen.Urt. v. 1. Juli 1991 aaO S. 1144 u. v. 16. März 1992 - II ZR 152/91, ZIP 1992, 694, 695, jeweils m.w.N.), die Verletzung dieser Pflicht aber, da ein Anspruch gegen die GmbH nach der Natur der Sache wertlos ist, nur

sanktioniert ist, wenn das Verhalten des für die Gesellschaft handelnden Geschäftsführers die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB erfüllt. Die Rechtsprechung neigt zwar ganz allgemein dazu, den in § 823 Abs. 1 BGB als unzureichend ausgestaltet empfundenen vermögensrechtlichen Schutz durch Entschärfung der subjektiven Voraussetzungen des § 826 BGB zu verstärken. Es fragt sich aber, ob es sich nicht auch dabei um eine verdeckte Rechtsfortbildung handelt, der gegenüber die offene Ausfüllung einer in einem bestimmten Normzusammenhang bestehenden Gesetzeslücke der Vorzug zu geben ist.

Es läßt sich jedoch nicht übersehen, daß eine derartige, im Wege der Rechtsfortbildung begründete vorvertragliche Einstandspflicht des Geschäftsführers hinsichtlich ihrer Voraussetzungen in bedenkliche Nähe zur Konkursverschleppungshaftung nach § 64 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB gebracht werden müßte. Die Haftung ließe sich auf diese Weise schwerlich begründen, soweit wegen der Dreiwochenfrist des § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG der Tatbestand der Konkursverschleppung "suspendiert" ist (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 55; BGHZ 75, 96, 111). Karsten Schmidt formuliert: "Wer durch Konkursverschleppung bereits gegen § 64 GmbHG verstößt und neue Geschäfte abschließt, verstößt stets zugleich gegen die vorvertragliche Offenbarungspflicht (ZIP 1988, 1497, 1503 f.; Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 53). Bei einer solchen Nähe zum Konkursverschleppungstatbestand setzt sich ein quasivertraglicher Haftungstatbestand leicht dem Einwand eines Wertungswiderspruchs aus, wenn auf diese Weise Haftungsfolgen geschaffen werden, die § 64 Abs. 1 GmbHG nach der Auslegung durch die Rechtspre-

chung gerade ausschließt. Außerdem ist der Vorrang der Auslegung vor der Rechtsfortbildung zu beachten. Bejaht man ein Bedürfnis nach einer über die Tatbestände des Betruges und der Sittenwidrigkeit hinausgehenden, vollen Schadensersatz gewährenden Haftung gegenüber den Neugläubigern, so ist dieses Ergebnis über eine Auslegung des § 64 Abs. 1 GmbHG und der ihm entsprechenden Vorschriften für die anderen Gesellschafts- und Verbandsformen herbeizuführen, wenn einer solchen Auslegung nicht unüberwindbare Schwierigkeiten im Wege stehen.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz

Dr. Goette