

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 276 Fa, 823 Bf; GmbHG § 64

- a) Ein Geschäftsführer haftet unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß nicht deswegen persönlich für eine Verbindlichkeit der GmbH, weil er zugunsten der Gesellschaft Sicherheiten aus seinem eigenen Vermögen zur Verfügung gestellt hat.
- b) Die (Neu-)Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die GmbH nach dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, haben gegen den insoweit schuldhaft pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer einen Anspruch auf Ausgleich des vollen - nicht durch den "Quotenschaden" begrenzten - Schadens, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH getreten sind (insoweit Aufgabe von BGHZ 29, 100).
- c) Zur Frage der Beweislast in Fällen der Haftung des Geschäftsführers wegen Verstoßes gegen die Konkursantragspflicht.

BGH, Urt. v. 6. Juni 1994 - II ZR 292/91 - OLG Karlsruhe
LG Freiburg

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 292/91

Verkündet am:
6. Juni 1994
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 1994 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Goette für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg - vom 5. Dezember 1991 im Kostenpunkt und, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte ist Geschäftsführer und seit 1985 Alleingesellschafter der im Mai 1981 mit einem Stammkapital von 50.000,-- DM gegründeten S. Handels-GmbH (im folgenden: GmbH). Im Dezember 1985 und Januar 1986 bestellte er im Namen der GmbH bei der Klägerin Waren im Gesamtwert von 98.236,22 DM. Die Klägerin lieferte die Gegenstände unter Eigentumsvorbehalt im Januar und Februar 1986. Auf Antrag des Beklagten vom 27. März 1986 wurde am 25. April 1986 das Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Die Klägerin, die auf die Warenlieferungen keine Bezahlung erhielt, erlangte durch Aussonderung Waren im Wert von 7.960,11 DM zurück.

Wegen der Restforderung von 90.276,11 DM, mit der sie nach ihrer Behauptung im Konkurs ausfallen wird, nimmt die Klägerin 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 Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

1. Das Berufungsgericht hat den Beklagten mit der Begründung zur Schadensersatzleistung verurteilt, er habe unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß als Vertreter der GmbH persönlich dafür einzustehen, daß er die Klägerin 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. Die GmbH sei bereits seit 1984 überschuldet gewesen und der Beklagte habe dies bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen können. 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.

2. Diesem rechtlichen Ausgangspunkt, der allerdings im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht, vermag der Senat nicht zu folgen.

Für die Folgen einer Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungs- und Obhutspflichten haftet, wenn bei den Vertragsverhandlungen ein Vertreter tätig wird, nach allgemeinen Grundsätzen der Vertretene. Ausnahmsweise kann aber auch der Vertreter selbst schadensersatzpflichtig sein, wenn er persönlich in besonderem Maße das Vertrauen des Verhandlungspartners in Anspruch genommen hat. Darüber hinaus kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Vertreter auch dann für ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen haften, wenn er dem Verhandlungsgegenstand besonders nahesteht, weil er wirtschaftlich selbst stark an dem Vertragsschluß interessiert ist und aus dem Geschäft eigenen Nutzen erstrebt.

a) Der letztgenannte, vom Berufungsgericht herangezogene Gesichtspunkt rechtfertigt die von ihm angenommene Haftung des Beklagten nicht.

aa) Die Rechtsprechung zur Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses geht im Grundsatz auf Entscheidungen des Reichsgerichts zurück, bei denen es sich zunächst um Fälle handelte, in denen der Vertreter der eigentliche Vertragsinteressent war und nur aus formalen Gründen nicht selbst als Vertragspartei, sondern als Vertreter auftrat ("procurator in rem suam"; grundlegend RGZ 120, 249, 252 f., wo der Käufer eines Grundstücks, bevor das Eigentum an diesem auf ihn übergegangen war, es im

Namen des Verkäufers weiterverkaufte; vgl. die weiteren Nachweise bei Steininger, Die Haftung des Geschäftsführers und/oder des Gesellschafter-Geschäftsführers aus culpa in contrahendo bei wirtschaftlicher Bedrängnis der Gesellschaft mbH, 1986, S. 53 ff.; Soergel/Wiedemann, BGB 12. Aufl. vor § 275 Rdn. 220). Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung weiterentwickelt und die Haftung seit BGHZ 14, 313, 318 in dem oben bereits dargestellten Sinne ausgeweitet (eingehend zu dieser Entwicklung Steininger aaO S. 60 ff.; vgl. auch Wiedemann, NJW 1984, 2226 f.). Im Schrifttum ist dies vom Grundsätzlichen her auf verbreitete Kritik gestoßen (vgl. nur Ballerstedt, AcP 151 [1950/51], 501, 524; weitere Nachweise bei Hachenburg/Ulmer, HGB 8. Aufl. § 64 Rdn. 71 Fußn. 112).

bb) Auf die die dogmatische Begründbarkeit der Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Interesses insgesamt in Zweifel ziehende Kritik ist hier nicht weiter einzugehen. Für die Entscheidung des vorliegenden Falles ist nur von Bedeutung, ob sich unter diesem Gesichtspunkt eine persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH begründen läßt. Das ist jedenfalls unter den hier gegebenen Voraussetzungen zu verneinen.

(1) Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang ein die Haftung begründendes Eigeninteresse zunächst bereits in Fällen angenommen, in denen ein GmbH-Geschäftsführer maßgeblich, vor allem als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter, an der GmbH, in deren Namen er die Vertragsverhandlungen führte, beteiligt war (BGHZ 87, 27, 33 f.; Urt. v. 27. Oktober 1982 - VIII ZR 187/81, WM 1982, 1322, 1323;

anders aber Urt. v. 5. Juli 1977 - VI ZR 268/75, VersR 1978, 59, 60; vgl. auch Urt. v. 3. November 1976 - I ZR 156/74, WM 1977, 73, 76 für den Treugeber eines Gesellschafters-Geschäftsführers). Gegen diese Rechtsprechung ist eingewandt worden, sie setze sich in einen Wertungswiderspruch zu § 13 Abs. 2 GmbHG, wonach eine persönliche Haftung des GmbH-Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausgeschlossen ist; denn sie knüpfe die Haftung an eine den Gesellschafters-Geschäftsführer nicht persönlich, sondern nur in seiner Stellung als Vertretungsorgan der Gesellschaft treffende Pflichtverletzung an und begründe damit eine Durchgriffshaftung ohne Vorliegen der Durchgriffsvoraussetzungen (u.a. Reh binder, FS Robert Fischer, 1979, S. 579, 599). Seit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. Oktober 1985 (VIII ZR 210/84, ZIP 1986, 26, 29) ist die maßgebliche Beteiligung des Vertreters an der Gesellschaft für sich allein nicht als ausreichend angesehen worden, um eine Haftung wegen unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresses zu begründen (vgl. auch BGH, Urt. v. 5. Oktober 1988 - VIII ZR 325/87, ZIP 1988, 1543, 1544 für den Kommanditisten und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG). Es ist vielmehr das Vorliegen zusätzlicher Umstände gefordert worden, die die Annahme rechtfertigen können, der Vertreter habe "gleichsam in eigener Sache" gehandelt. Um derartige Umstände soll es sich handeln, wenn der Gesellschafters-Geschäftsführer der Gesellschaft zusätzlich zu seiner Kapitalbeteiligung zur Absicherung von Gesellschaftsverbindlichkeiten persönliche Bürgschaften oder dingliche Sicherheiten zur Verfügung stellt (BGH, Urt. v. 23. Oktober 1985 aaO S. 30, v. 8. Oktober 1987 - IX ZR 143/86, WM 1987, 1431, 1432 und v.

2. März 1988 - VIII ZR 380/86, ZIP 1988, 505, 507; für den Kommanditisten einer GmbH & Co. KG bereits Urt. v. 25. Januar 1984 - VIII ZR 227/82, ZIP 1984, 439, 441 f.), ferner, wenn seine Tätigkeit auf die Beseitigung von Schäden abzielt, für die er anderenfalls von der Gesellschaft in Anspruch genommen werden könnte (Urt. v. 23. Oktober 1985 aaO S. 30 und v. 8. Oktober 1987 aaO S. 1432), und schließlich, wenn er bei Abschluß des Vertrages die Absicht hat, die vom Vertragspartner zu erbringende vertragliche Leistung nicht ordnungsgemäß an die Gesellschaft weiterzuleiten, sondern sie zum eigenen Nutzen dafür geeigneten Zwecken zuzuführen (Urt. v. 23. Oktober 1985 aaO S. 30). In einem nicht gesellschaftsrechtlichen Fall ist allerdings die Bürgschaftsübernahme in Verbindung mit einer Darlehensgewährung und dem Bestehen von Leibrentenansprüchen gegen den Vertretenen nicht als ausreichend angesehen worden, um die Haftung des Vertreters wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses zu begründen (Urt. v. 11. Oktober 1988 - X ZR 57/87, ZIP 1988, 1576, 1577).

Auch mit diesem eingeschränkten Inhalt wird die Rechtsprechung zur Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers im Schrifttum überwiegend abgelehnt; allenfalls wird ihr unter Vorbehalten zugestimmt (vgl. u.a. Hommelhoff, EWIR 1986, S. 165 f.; Grunewald, ZGR 1986, 580, 584 ff.; K. Schmidt, ZIP 1988, 1497, 1503; Medicus, FS Steindorff, 1990, S. 725, 733). Manche Autoren sprechen sich dafür aus, zu den von der Reichsgerichtsrechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen zurückzukehren und die Eigenhaftung wegen

wirtschaftlichen Interesses nur für die Fälle einer Art "mittelbarer Stellvertretung des Vertretenen für den Vertreter" zu bejahen (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 72; Soergel/Wiedemann aaO vor § 275 Rdn. 227). Roth (GmbHR 1985, 137, 139 ff.; ZGR 1986, 371, 380 f.; GmbHG aaO § 64 Anm. 4.1) hat vorgeschlagen, das von der Rechtsprechung erzielte Ergebnis teilweise - soweit es um die Zeit nach Konkursreife geht - mit einer dann einsetzenden Haftung des unternehmerisch tätigen, beherrschenden Gesellschafters wegen Erschöpfung des Haftungsfonds der Gesellschaft zu begründen.

Der erkennende Senat hat bereits in einem Urteil vom 4. Mai 1981 (II ZR 193/80, ZIP 1981, 1076, 1077) die Eigenschaft als Alleingesellschafter der am Vertrag beteiligten GmbH zur Begründung der persönlichen Haftung des Geschäftsführers nicht genügen lassen. In späteren Urteilen ist er gelegentlich von der Möglichkeit einer Haftung des Vertreters, insbesondere des Geschäftsführers, wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses ausgegangen; im jeweiligen konkreten Fall ist aber das Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen verneint worden (Urt. v. 9. Oktober 1986 - II ZR 241/85, ZIP 1987, 175, 177, v. 17. Juni 1991 - II ZR 171/90, WM 1991, 1730 f. und v. 1. Juli 1991 - II ZR 180/90, ZIP 1991, 1140, 1141 f.). In anderen Urteilen hat der Senat die Frage, ob sich eine persönliche Haftung des Vertreters, insbesondere des Geschäftsführers einer GmbH, mit dessen eigenem wirtschaftlichen Interesse am Vertragsschluß begründen läßt, ausdrücklich offengelassen

(Urt. v. 17. Dezember 1984 - II ZR 314/83, WM 1985, 384, 385, v. 10. März 1986 - II ZR 107/85, WM 1986, 854, 856 und v. 16. März 1992 - II ZR 152/91, ZIP 1992, 694).

(2) Im vorliegenden Fall kommt nach dem bisherigen Stand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Begründung der Haftung des Beklagten nur der Umstand in Betracht, daß er zugunsten der GmbH Sicherheiten in Form einer Bürgschaft und der Abtretung von persönlichen Forderungen zur Verfügung gestellt hat. Ein solcher Sachverhalt rechtfertigt jedoch die persönliche Inanspruchnahme des GmbH-Geschäftsführers nicht. Der Senat ist durch die frühere, insoweit abweichende Rechtsprechung des VIII. und des IX. Zivilsenats nicht gehindert, diesen Standpunkt einzunehmen; denn diese Senate haben auf Anfrage (Sen.Beschl. v. 1. März 1993, ZIP 1993, 763) mitgeteilt, daß sie insoweit an ihrer bisherigen Rechtsauffassung nicht festhalten.

Die Beteiligung des Geschäftsführers an der GmbH ist, wie heute unbestritten ist, keine tragfähige Grundlage für seine persönliche Haftung. Setzt der Gesellschafter neben seiner Kapitalbeteiligung teilweise sein Privatvermögen durch Gewährung von Darlehen an die Gesellschaft oder in Form von persönlichen oder dinglichen Sicherheiten für der GmbH gewährte Drittkredite ein, so muß ihm zwar daran gelegen sein, seinen sich daraus ergebenden Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft nicht zu gefährden. Dieses Interesse gibt aber keinen Anlaß, ihn deswegen persönlich für die sonstigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen zu lassen. Solange diese wirtschaftlich gesund ist, ist die Gefahr, daß das zusätzlich für deren Zwecke eingesetzte

Privatvermögen verlorengelassen, nicht vorhanden. Gerät die Gesellschaft in die Krise, dann werden derartige Gesellschafterleistungen, wenn sie nicht rechtzeitig abgezogen werden, den Kapitalersatzregeln unterworfen (§§ 32 a, 32 b GmbHG sowie §§ 30 f. GmbHG analog). Sie sind dann in gleicher Weise wie die übernommene Stammeinlage und damit so, wie wenn sie der Gesellschaft auch formal als eine solche zur Verfügung gestellt worden wären, zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger bestimmt, soweit die Mittel dazu benötigt werden. Darin erschöpft sich aber die zu der gezeichneten Einlage hinzutretende Belastung für den Gesellschafter; sein über die eingesetzten Mittel hinaus vorhandenes Privatvermögen bleibt dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger entzogen. Das gilt auch für eine zugunsten der Gesellschaft übernommene Bürgschaft. Sie begründet zwar eine persönliche Schuld des Bürgen, aber diese ist auf die durch die Bürgschaft gesicherte Verbindlichkeit begrenzt; andere Gesellschaftsgläubiger können aus ihr keine Rechte herleiten. Derartige zusätzliche Gesellschafterleistungen werden damit in der Krise der Gesellschaft der gezeichneten Einlage gleichgestellt. Vermag diese selbst die Haftung mit dem sonstigen Privatvermögen nicht zu begründen, so kann ihr Ersatz, nämlich die Unterstützung der GmbH durch sonstige Mittel des Gesellschafters, keine weitergehende Wirkung haben.

Der Hinweis auf den Kapitalersatzcharakter erfaßt allerdings nicht Kredite und Kreditsicherheiten, die ein Geschäftsführer, der weder formal noch wirtschaftlich an der Gesellschaft beteiligt ist, dieser zur Verfügung stellt (zutreffend Medicus, GmbHR 1993, 533, 536). Aber abgesehen

davon, daß solche Fälle selten vorkommen, zeigt der für den Gesellschafter geltende Grundsatz der Beschränkung der Haftung auf das für die GmbH eingesetzte Vermögen, daß es beim außenstehenden Kreditgeber - auch wenn er gleichzeitig deren Geschäftsführer ist - erst recht nicht anders sein kann. Der Einsatz von Vermögensteilen für Zwecke der Gesellschaft ist mit dem Risiko behaftet, bei ungünstiger Entwicklung des von dieser betriebenen Unternehmens verlorengzugehen. Hierin erschöpft sich dieses Risiko. Der - an der Gesellschaft beteiligte oder außenstehende - Kreditgeber ist gewiß in einem dem Umfang seines Engagements entsprechenden Maße daran interessiert, daß sich das Unternehmen positiv entwickelt und nicht in die Insolvenz gerät. Daß darin wegen der Geschäftsführungsbefugnis des Kreditgebers ein höheres Gefährdungspotential für die bereits vorhandenen oder die durch neue Vertragsabschlüsse hinzukommenden Gesellschaftsgläubiger zu sehen wäre (Ulmer, ZIP 1993, 770), kann indessen nicht zugegeben werden. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Werden die Geschäfte so geführt, daß das Unternehmen floriert, so haben die Gläubiger nichts zu befürchten; deren Interessen werden dadurch am wirksamsten gefördert (Medicus, GmbH 1993, 533, 535; ders., WuB II C. § 64 GmbHG 1.94).

Sobald die Gesellschaft in den Bereich der Insolvenz gerät, liegen die Dinge freilich anders. Jetzt besteht das Interesse des Kredit- oder Sicherungsgebers darin, die noch vorhandenen Gesellschaftsmittel und damit auch die Erlöse aus noch in diesem Stadium für die Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften zu seiner Befriedigung oder zur Rückführung der abgesicherten Fremdkredite zu verwenden

(Canaris, JZ 1993, 649, 650). Da er jetzt von der Gesellschaft nicht mehr viel zu erwarten hat, treten die eigenen Belange des Geschäftsführers, der naturgemäß auf die Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Ansprüche bedacht sein muß, in den Vordergrund (so zutreffend Flume, ZIP 1994, 337, 338 f.). Dies zeigt jedoch nur, daß ein Bedürfnis, die Gläubiger durch zusätzliche Zugriffsmöglichkeiten zu schützen, erst in der Insolvenznahe besteht (Soergel/Wiedemann aaO vor § 275 Rdn. 227). Diesem Bedürfnis ist mit Mitteln Rechnung zu tragen, die auf die Besonderheiten dieser Situation zugeschnitten sind (siehe dazu unten II). Eine Haftung des Geschäftsführers für die Schulden einer wirtschaftlich gesunden GmbH ist weder gerechtfertigt noch nötig.

b) Die Verurteilung des Beklagten läßt sich auch nicht auf den Gesichtspunkt der Vertreterhaftung wegen Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens stützen.

Der Geschäftsführer einer GmbH nimmt, wenn er für diese in Vertragsverhandlungen eintritt, grundsätzlich nur das normale Verhandlungsvertrauen in Anspruch, für dessen Verletzung der Vertragspartner, in diesem Fall 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). An diesen Voraussetzungen fehlt es, 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; daß im vorliegenden Fall der Beklagte mehr getan hätte, ist nicht festgestellt. Allerdings bleibt die sorgfaltswidrige Verletzung der Offenbarungspflicht, die sich auf die finanzielle Unfähigkeit der Gesellschaft, die vereinbarte Vertragsleistung zu erbringen, bezieht, ohne Sanktion, wenn nur die Gesellschaft selbst dafür einzustehen hat. Deshalb ist vorgeschlagen worden, den Geschäftsführer einer GmbH als deren Repräsentanten immer als "Vertrauens-träger" anzusehen, wenn er eine die Solvenz der Gesellschaft betreffende Informationspflicht schuldhaft verletzt (K. Schmidt, ZIP 1988, 1497, 1503; ders., GesR 2. Aufl. § 36 II 5 c S. 907; ihm folgend Flume, ZIP 1994, 337, 338).

Eine solche "Repräsentantenhaftung" hätte mit der Haftung des Vertreters wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens nichts mehr zu tun. Sie wäre, da sie im praktischen Ergebnis die Konkursreife zur Haftungsvoraussetzung macht und die vorvertragliche Warnpflicht des Geschäftsführers im wesentlichen mit der Konkursantragspflicht gleichlaufen läßt (K. Schmidt, NJW 1993, 2934, 2935), ein im Wege der Rechtsfortbildung geschaffener Haftungstatbestand zum Zweck der Sanktion für die Fortführung einer konkursreifen GmbH. Dafür besteht neben der gesetzlichen Haftungsgrundlage der §§ 64 GmbHG, 823 Abs. 2 BGB weder ein Bedürfnis noch eine Legitimation. Bei einer derartigen Ähnlichkeit, wenn nicht Gleichheit der Haftungsvor-

aussetzungen können nicht durch Richterrecht Haftungsfolgen geschaffen werden, die sich von denen der gesetzlichen Regelung unterscheiden.

II.

Die Klage ist gleichwohl nicht abweisungsreif, weil sich die Haftung des Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG ergeben kann.

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. 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, GesR aaO § 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 genannten 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; BGHZ 100, 19, 23 ff.; BGH, 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 ist dieser Rechtsprechung gefolgt (Urt. v. 24. September 1974 - 3 AZR 589/73, NJW 1975, 708 und v. 17. September 1991 - 3 AZR 521/90, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht).

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; zweifelnd Roth, GmbHG 2. Aufl. § 64 Anm. 3.1). Auch die Gegenansicht - Ersatz des vollen den "Neugläubigern" infolge des Kontrahierens mit einer konkursreifen GmbH entstandenen Schadens - ist aber immer vertreten worden und bis zur Wiederaufnahme der kontroversen Diskussion im Anschluß an die die jetzige Entscheidung vorbereitenden Beschlüsse des Senats vom 1. März 1993 (aaO) und vom 20. September 1993 (ZIP 1993, 1543) nicht verstummt (Winkler, MDR 1960, 185, 186 f.; Lambsdorff/Gilles, NJW 1966, 1551 f.; Kühn, NJW 1970, 589, 590 ff.; Lindacher, DB 1972, 1424 f.; Gilles/Baumgart, JuS 1974, 226, 227 f.; Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., 1988, S. 403 ff.; Stapelfeld, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, 1990, S. 166 ff.). Auch zu den dem § 64 GmbHG entsprechenden Konkursantragsvorschriften für die anderen juristischen Personen mit beschränktem Haftungsvermögen wird teilweise eine Pflicht zu vollem Schadensausgleich gegenüber den Neugläubigern angenommen (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 Medicus, Bürgerliches Recht 16. Aufl. Rdn. 622; Meyer/Meulenbergh/Beuthien, GenG 12. Aufl. § 99 Rdn. 4). 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 des § 130 a HGB.

2. Der erkennende Senat, auf den die Zuständigkeit zur Entscheidung über Ansprüche aus unerlaubter Handlung durch Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Schutzgesetzen vom VI. Zivilsenat übergegangen ist, hält mit Zustimmung der von dieser Rechtsprechungsänderung betroffenen Zivilsenate des Bundesgerichtshofs - nämlich des III., des VII. und des IX. Zivilsenats - sowie des 3. Senats des Bundesarbeitsgerichts den Geschäftsführer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht des § 64 Abs. 1 GmbHG für verpflichtet, den Gläubigern, die infolge des Unterbleibens des Konkursantrags mit der GmbH in Geschäftsbeziehung treten und ihr Kredit gewähren, den ihnen dadurch entstehenden Schaden über den sogenannten Quotenschaden hinaus zu ersetzen.

a) Durch die dem Geschäftsführer einer GmbH auferlegte Konkursantragspflicht werden, wie gesagt, nicht nur die bei Eintritt der Konkursreife bereits vorhandenen Gesellschaftsgläubiger (die "Altgläubiger"), sondern auch die erst später neu hinzukommenden (die "Neugläubiger") geschützt. Diese wären, wenn der Geschäftsführer seiner Pflicht nachgekommen wäre, nicht in die Gläubigerstellung gelangt; sie hätten mit der Gesellschaft keinen Vertrag mehr geschlossen, ihr keinen Kredit gewährt und damit keinen Schaden erlitten. Die Ursache für diesen Schaden liegt in dem Verstoß gegen die Schutzvorschrift des § 64 Abs. 1 GmbHG. Das hat nach allgemeinen Schadensersatzregeln zur Folge, daß der dem Vertragspartner auf diese Weise rechtswidrig und schuldhaft zugefügte Schaden zu ersetzen ist (vgl. Staudinger/Coing aaO § 42 Rdn. 10). Daß demgegenüber die Altgläubiger nur bis zur Höhe der bei rechtzeitiger

Konkursantragstellung erzielbaren Konkursquote entschädigt werden, ist kein Grund dafür, die Neugläubiger ebenso zu behandeln. Bis zu dem nach § 64 Abs. 1 GmbHG maßgebenden Zeitpunkt ist kein Konkursdelikt begangen worden; eine vorher eingetretene Entwertung der zu diesem Zeitpunkt bereits begründeten Forderungen fällt, soweit ein Anspruch nicht auf einer anderen Rechtsgrundlage besteht, in den Risikobereich der davon betroffenen Gläubiger. Insoweit ist diesen kein auf dem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht beruhender Schaden entstanden. Eine Ungleichbehandlung beider Gläubigergruppen (Fleck, GmbHR 1974, 224, 235; Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 49) läßt sich darin, daß jedem Gläubiger der gerade ihm entstandene Schaden ersetzt wird, nicht erkennen.

Die Begrenzung des Ersatzanspruchs auf den Quotenschaden wird - auch - damit begründet, 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, ZIP 1993, 771; dagegen Wiedemann, EWIR 1993, 583, 584; K. Schmidt, NJW 1993, 2934; Lutter, DB 1994, 129, 135). Es geht indessen hier nicht um den persönlichen Schutzbereich des § 64 GmbHG - daß die Neugläubiger von ihm erfaßt werden, steht außer Streit -, sondern um den Umfang des den Neugläubigern zu ersetzenden Schadens. Wenn dieser Ersatzanspruch hinter dem zurückbleiben soll, was sich aus allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen ergibt, so läßt sich das al-

lenfalls damit begründen, daß ein solcher Individualschaden nicht vom objektiven Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GmbHG erfaßt werde.

b) Der Normzweck der gesetzlichen Konkursantragspflichten besteht 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). Daran hat der Gesetzgeber in schadensersatzrechtlicher Hinsicht zunächst nur die Sanktion geknüpft, daß die Geschäftsführer nach § 64 Abs. 2 GmbHG verpflichtet sind, "Zahlungen", die sie nach Eintritt der Konkursreife unter Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet haben, der Gesellschaft zu ersetzen. Nach herrschender Meinung sind damit über reine Geldzahlungen hinaus alle Leistungen gemeint, die das Gesellschaftsvermögen schmälern, wobei streitig ist, ob auch die Eingehung neuer Verbindlichkeiten dazu gehört (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 39 f. und Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 22, jeweils m.w.N.; im hier interessierenden Zusammenhang ausführlich Wilhelm, ZIP 1993, 1833, 1835 f.). Der Bundesgerichtshof hat aus dieser sich unmittelbar aus dem GmbH-Gesetz ergebenden Rechtslage geschlossen, daß ein weitergehender Schutz der Gläubiger nicht gewollt gewesen sei; das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und die Kreditwürdigkeit eines anderen werde, so ist im Urteil vom 16. Dezember 1958 ausgeführt, im Geschäfts- und Wirtschaftsleben nicht besonders geschützt (BGHZ 29, 100, 106). Für Gläubiger einer Rechtsperson, deren Gesellschafter nicht mit ihrem ganzen Vermögen

haften, bestehe zwar ein Bedürfnis nach einem weitergehenden Schutz der Gläubiger. Es gebe jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber durch § 64 Abs. 1 GmbHG über das Ziel hinaus, das zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderliche Gesellschaftsvermögen zu erhalten, die Gläubiger auch davor habe bewahren wollen, einer überschuldeten Gesellschaft noch Kredit zu geben oder überhaupt noch mit ihr in Geschäftsbeziehungen zu treten.

Aus den Materialien zum GmbH-Gesetz läßt sich insoweit wenig herleiten. Der Deutsche Handelstag hatte im Gesetzgebungsverfahren gefordert, die im Hinblick auf "das kapitalistische Moment der neuen Gesellschaftsform" befürwortete Konkursantragspflicht 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). Auch die preußischen Handelskammern hatten als Sanktion für die verspätete Stellung des Konkursantrags eine direkte Haftung für alle Ausfälle, die die Gläubiger im Konkurs erleiden, verlangt. Der Gesetzgeber ist diesen Forderungen zwar nicht nachgekommen, sondern hat es bei dem durch § 64 Abs. 2 GmbHG geschaffenen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer belassen (vgl. dazu auch Flume, ZIP 1994, 337, 339). Indessen war bei Erlass des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892 das Bürgerliche Gesetzbuch noch nicht in Kraft getreten, und die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB existierte noch nicht (darauf weisen Medi-

cus, WuB II C. § 64 GmbHG 1.94, und Wilhelm, ZIP 1993, 1834, 1835 zutreffend hin). Die Frage, welche Schadensersatzansprüche sich aus dieser Bestimmung für die durch verspätete Konkursantragstellung geschädigten Gläubiger ergeben, kann nicht ohne weiteres mit dem Hinweis auf die - begrenzten - Ansprüche beantwortet werden, die vor der Einführung jener Vorschrift gesetzlich vorgesehen waren. Die bisherige Rechtsprechung und der Teil des Schrifttums, der ihr folgt, sehen als das "den Schutz eines anderen bezweckende Gesetz" (§ 823 Abs. 2 BGB) ausdrücklich oder der Sache nach nur Absatz 2, nicht dagegen Absatz 1 des § 64 GmbHG an, und zwar auch, soweit diese letztere Bestimmung als Schutzgesetz bezeichnet wird (nachdrücklich in diesem Sinne Gerd Müller, GmbHR 1994, 209: Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 2 GmbHG; vgl. auch Canaris, JZ 1993, 649, 650); jedenfalls sollen beide Absätze der Vorschrift eine "einheitliche Schutzrichtung" haben (K. Schmidt, NJW 1993, 2934). Unter dieser Voraussetzung ist in der Tat nur der allen Gläubigern gleichmäßig entstandene Masseverkürzungsschaden zu ersetzen, und die Neugläubiger werden dann tatsächlich nur insoweit zu in den Schutz einbezogenen "Gläubigern", als sie sich der GmbH gegenüber schon vertraglich gebunden haben (Ulmer, ZIP 1993, 771); denn nur in dieser Eigenschaft haben sie ein Anrecht auf Befriedigung aus dem als Konkursmasse zu erhaltenden Gesellschaftsvermögen. Eigentliches und ausschließliches Schutzgut des § 64 GmbHG ist aus dieser Sicht das Vermögen der Gesellschaft, dessen Erhaltung durch Absatz 2 dieser Vorschrift gesichert werden soll (zutreffend Flume, ZIP 1994, 337, 339). Die von der Verkürzung der Masse betroffenen Gesellschaftsgläubiger erleiden danach lediglich

einen "Reflexschaden", und die Bedeutung des § 823 Abs. 2 BGB besteht dann in diesem Zusammenhang lediglich darin, daß sie jenen mittelbaren Schaden - zudem auch dort, wo im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer § 43 Abs. 2 GmbHG versagt, wie insbesondere beim Alleingesellschafter - außerhalb des Konkurses selbständig geltend machen können (Gerd Müller, ZIP 1993, 1531, 1536; ders., GmbHR 1994, 209, 210). Dem über § 64 Abs. 2 GmbHG hinausreichenden Zweck des Absatzes 1 der Vorschrift, konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsvermögen aus dem Rechtsverkehr zu entfernen, wird damit eine Schutzwirkung zugunsten der mit einer solchen Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tretenden Personen versagt. Jener weitergehende Zweck des § 64 Abs. 1 GmbHG schützt dann überhaupt nicht den einzelnen Geschäftspartner einer konkursreifen GmbH, sondern ausschließlich die Allgemeinheit in ihrem - öffentlichen - Interesse an der Beseitigung einer solchen Gesellschaft. Dies ist gemeint, wenn gesagt wird, die Neugläubiger fielen nicht in den persönlichen Schutzbereich des § 64 GmbHG (Ulmer, ZIP 1993, 771).

c) Eine solche Begrenzung des mit den Konkursantragspflichten bewirkten Schutzes wird deren Bedeutung nicht gerecht. Für juristische Personen mit beschränkter Haftungsmasse besteht nicht nur der zusätzliche Konkursgrund der Überschuldung; nur für sie gibt es auch überhaupt eine - von ihren Organen zu erfüllende - Pflicht zur Konkursanmeldung. Das beruht darauf, daß die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ihre Legitimation verloren hat, wenn dieses Vermögen vollständig verwirtschaftet ist. Die Konsequenz besteht nach

dem Gesetz nicht in einer nunmehr einsetzenden persönlichen Haftung der Gesellschafter, sondern darin, daß die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen durch Konkursanmeldung für eine rechtzeitige Beseitigung der Gesellschaft zu sorgen haben. Die Konkursantragspflicht ergänzt damit den mit den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkten Gläubigerschutz; zusammen mit diesen stellt sie die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der Gesellschafter dar (K. Schmidt, ZIP 1988, 1497; ders., NJW 1993, 2934; Stapelfeld aaO S. 171). Wegen dieses Zusammenhangs ist es verfehlt, eine über den Quotenschaden hinausgehende Haftung des Geschäftsführers - der im übrigen nicht notwendig auch Gesellschafter sein muß - gerade als dem Prinzip der Haftungsbeschränkung widersprechend zu bezeichnen (so Bauder, BB 1993, 2473 f.).

Als Instrument des Gläubigerschutzes muß das Gebot der rechtzeitigen Konkursantragstellung schadenersatzrechtlich - und nicht nur strafrechtlich - so sanktioniert sein, daß dieser Schutz wirksam ist. Das ist bei Begrenzung der Geschäftsführerhaftung auf den Quotenschaden und Ausschluß der Ersatzpflicht für darüber hinausgehende Individualschäden nicht der Fall. Die Berechnung jenes Quotenschadens bereitet "beängstigende Schwierigkeiten der Schadensschätzung" (K. Schmidt, JZ 1978, 661, 665), die sich, soweit es um die erst nach dem Zeitpunkt der Konkursreife hinzukommenden Gläubiger geht, noch verstärken (vgl. dazu Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 54). Der damit zusammenhängende Aufwand ist so groß, daß er in der Praxis als nicht lohnend angesehen wird. Die Quotenberechnung ist als eine "juristische Spielerei" (Gerd Müller, GmbHR 1994, 209, 212) be-

zeichnet worden, die "ebenso ästhetisch anziehend wie praktisch undurchführbar" sei (Schanze, AG 1993, 380). Die Frage, ob eine die Konkursanmeldung betreffende Pflichtverletzung vorlag, war deshalb auf der Grundlage der bisherigen Rechtspraxis zu § 64 GmbHG, soweit es um unmittelbare Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger ging, "nicht bedeutsam" (Bauder, BB 1993, 2472, 2473). Die Begrenzung der Haftung auf den Quotenschaden hat die Konkursantragsvorschriften als Haftungsnormen weitgehend außer Kraft gesetzt; es ist, soweit ersichtlich, kein Prozeß bekannt geworden, in dem von vornherein ein auf den Ersatz des Quotenschadens begrenzter Anspruch jemals ernstlich verfolgt worden wäre (Mertens, FS Hermann Lange, 1992, S. 561, 577).

Auf der anderen Seite besteht, wie schon der VI. Zivilsenat im Urteil vom 16. Dezember 1958 zum Ausdruck gebracht hat - darauf ist weiter oben bereits hingewiesen worden - ein Bedürfnis nach einem individuellen Schutz der durch Konkursverschleppungen geschädigten Gläubiger (BGHZ 29, 100, 106). Rechtsprechung und Wissenschaft haben versucht, diesem Bedürfnis durch Haftungstatbestände außerhalb der Konkursantragsvorschriften Rechnung zu tragen. Dazu gehören die jedenfalls in diesem Zusammenhang dogmatisch nicht haltbare, an der falschen Stelle ansetzende und die in Betracht kommenden Fälle nicht richtig erfassende Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses (oben I) und der in unmittelbarer Nähe der Konkursverschleppungstatbestände ansetzende Vorschlag, eine Vertrauenshaftung des Geschäftsführers im Stadium der Insolvenz der Gesellschaft einzuführen (s. dazu oben I 2 b). Es ist ferner, wie bereits erwähnt (oben I 2 a bb unter 1), erwogen worden, in

den Fällen der Fortführung einer konkursreifen GmbH eine Haftung der die Gesellschaft beherrschenden, an ihr unternehmerisch beteiligten Gesellschafter anzunehmen (Roth, GmbHR 1985, 137, 139 ff.). Dies alles zeigt, daß die gläubigerschützende Bedeutung des § 64 Abs. 1 GmbHG unter dem Aspekt der Haftungsnorm des § 823 Abs. 2 BGB zu gering eingestuft wird, wenn man annimmt, die Gesellschaftsgläubiger seien, soweit sie über den "Gesamtgläubigerschaden" hinausgehende individuelle Schäden erleiden, als Teil der Allgemeinheit durch die Konkursantragspflicht nicht geschützt. Den Neugläubigern ist deshalb gegen die Geschäftsführer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht ein Anspruch auf Ausgleich des Schadens zuzubilligen, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getreten sind (ebenso für das österreichische Recht OGH, Beschl. v. 10. Dezember 1992, ZIP 1993, 1871, 1874; vgl. auch Karolus, Recht der Wirtschaft [österr.] 1994, 100 f.). Die neueren Vorschriften der §§ 130 a, 177 a HGB für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, an denen keine unbeschränkt haftende natürliche Person beteiligt ist, stehen einem solchen Verständnis der Konkursantragsvorschriften nicht entgegen; der sich aus § 823 Abs. 2 BGB ergebende Schadensersatzanspruch der Gläubiger besteht neben demjenigen der Gesellschaft, der in § 130 a Abs. 3 HGB geregelt ist (Baumbach/Duden/Hopt aaO § 130 a Anm. 3 C).

d) Die Haftung des Geschäftsführers für die durch die Konkursverschleppung verursachten Gläubigerschäden bedeutet für diesen keine unzumutbare Belastung. Die Haftung setzt Verschulden voraus; fahrlässiges Verhalten genügt (BGHZ 75,

96, 111; Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 52 m.w.N.; a.A. Schulze-Osterloh in: Baumbach/Hueck aaO § 64 Rdn. 27). Der Geschäftsführer hat die Entscheidung darüber, ob er die Konkursöffnung beantragen muß, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters zu treffen. Als solcher ist er verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise wird er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand verschaffen müssen (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 52; Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 28). Stellt sich dabei eine rechnerische Überschuldung heraus, dann muß er prüfen, ob sich für das Unternehmen eine positive Fortbestehensprognose stellt (BGHZ 119, 201, 214; vgl. dazu auch Schüppen, DB 1994, 197, 199). Gibt es begründete Anhaltspunkte, die eine solche Prognose rechtfertigen, so kann das Unternehmen weiterbetrieben werden. Hierbei ist dem Geschäftsführer ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen; vor allem kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters an. Notfalls muß sich der Geschäftsführer fachkundig beraten lassen (Lutter, DB 1994, 129, 135). Hält er sich an diese Anforderungen, die für den Geschäftsführer einer mit einem beschränkten Haftungsvermögen ausgestatteten Gesellschaft eigentlich selbstverständlich sind, dann ist das Risiko, wegen verspäteter Konkursantragstellung belangt zu werden, nicht unzumutbar groß. Die Gefahr, daß sich ein seriöser Geschäftsleiter durch die drohende Haftung von aussichtsreichen Sanierungsbemühungen abhalten läßt, braucht nicht ernstlich befürchtet zu werden. Für solche Sanierungsversuche gilt, soweit sie vertretbar sind, die Dreiwochenfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG

(vgl. dazu BGHZ 75, 96, 107 ff.; Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 15). Die Quote der masselosen GmbH-Konkurse, die bei etwa 75 % liegen soll (K. Schmidt, NJW 1993, 2935), zeigt, daß in vielen Fällen eine frühere Konkursanmeldung geboten wäre und keine voreilige Unternehmensbeendigung bedeuten würde.

Den Beweis für das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Konkursantragspflicht hat grundsätzlich der Gläubiger zu erbringen. Steht fest, daß die Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt rechnerisch überschuldet war, so ist es allerdings Sache des Geschäftsführers, die Umstände darzulegen, die es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unternehmen trotzdem fortzuführen. Hierzu ist er weit besser in der Lage als ein außenstehender Gläubiger, der in aller Regel von den für die Zukunftsaussichten der Gesellschaft maßgebenden Umständen keine Kenntnis haben wird. Dem Geschäftsführer ist die Darlegung dieser Umstände zumutbar, weil er, wie bereits gesagt, ohnehin zu einer laufenden Prüfung der Unternehmenslage verpflichtet ist. Ob über diese Verteilung der Darlegungslast hinaus der Geschäftsführer hinsichtlich der Fortbestehensprognose auch die Beweislast trägt (so Scholz/K. Schmidt aaO § 63 Rdn. 12 und § 64 Rdn. 38; Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 19), ist dagegen zweifelhaft; das ist hier indessen nicht zu entscheiden. Mangelndes Verschulden hat freilich der Geschäftsführer zu beweisen (Sen.Urt. v. 1. März 1993 - II ZR 61/93 [81/94] unter II 2 a m.w.N., zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. auch § 130 a Abs. 3 Satz 2 HGB).

e) Da es sich bei dem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG um einen Schadensersatzanspruch handelt, kann er nach Maßgabe des § 254 BGB durch ein Mitverschulden des Vertragspartners gemindert sein. Eine solche Mitverantwortung des Geschädigten für den bei ihm eingetretenen Schaden wird anzunehmen sein, wenn für ihn bei Abschluß des Vertrages erkennbare Umstände vorlagen, die die hierdurch begründete Forderung gegen die Gesellschaft als gefährdet erscheinen lassen mußten. Der Ansicht, daß als Anzeichen hierfür schon allein die Höhe des Stammkapitals der GmbH ausreichen könnte (vgl. dazu Flume, ZIP 1994, 337, 341), kann jedoch nicht zugestimmt werden. Denn damit würde das Risiko einer materiellen Unterkapitalisierung der Gesellschaft zumindest teilweise dem Gläubiger aufgebürdet. Das wäre im Hinblick auf die deliktische Haftung des Geschäftsführers nicht angemessen.

f) Der Anspruch des "Neugläubigers" entspricht der Höhe nach seinem Vertrauensschaden, soweit dieser durch eine auf den Gläubiger entfallende Konkursquote nicht gedeckt ist. Zur Geltendmachung des Anspruchs ist auch während eines Konkursverfahrens der Gläubiger selbst befugt. Ob dazu daneben auch der Konkursverwalter nach § 64 Abs. 2 GmbHG berechtigt ist (vgl. Wilhelm, ZIP 1993, 1833, 1836, der offenbar eine ausschließliche Einziehungsbefugnis des Konkursverwalters, bezogen auf den Erfüllungsschaden des Gläubigers, annimmt; insoweit ebenso Wellkamp, DB 1994, 869, 873), ist hier nicht zu entscheiden.

III.

Der Rechtsstreit ist unter dem Gesichtspunkt der unter II erörterten Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG nicht entscheidungsreif. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die GmbH sei seit 1984 überschuldet gewesen und der Beklagte habe dies bei Anwendung der von ihm zu fordernden kaufmännischen Sorgfalt erkennen können, ist, wie die Revision zu Recht rügt, nicht verfahrensfehlerfrei getroffen worden.

1. Die Revision beanstandet allerdings zu Unrecht, daß das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen F. verwertet hat. F. war Steuerberater der GmbH und sodann ihr Konkursverwalter. In seiner ersten - früheren - Eigenschaft hatte er im Hinblick auf seine Verschwiegenheitspflicht ein Aussageverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO. Von dieser Verschwiegenheitspflicht hatte ihn der Beklagte als Geschäftsführer der GmbH befreit. Das war - insoweit hat die Revision recht - jedenfalls nicht ausreichend; denn mit Konkurseröffnung war die Dispositionsbefugnis des "Geheimnisherrn" in Angelegenheiten der Konkursmasse grundsätzlich auf den Konkursverwalter übergegangen (vgl. BGHZ 109, 260, 270). Die Revision ist offenbar der Ansicht, an einer durch den Zeugen in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter gegenüber sich selbst als ehemaligem Steuerberater erteilten Befreiung habe es gefehlt. Sie erkennt zwar nicht, daß nach der Rechtsprechung ein Verstoß des Gerichts gegen § 383 Abs. 3 ZPO - danach dürfen die in § 383 Abs. 1 Nr. 4-6 genannten Personen von vornherein nicht über offensichtlich unter die Verschwiegenheitspflicht fallende Tat-

sachen befragt werden - die Aussage nicht unverwertbar macht (BGH, Urt. v. 23. Februar 1990 - V ZR 188/88, NJW 1990, 1734, 1735; a.A. Gießler, NJW 1977, 1185, 1186; Thomas/Putzo, ZPO 18. Aufl. § 383 Rdn. 11). Sie meint aber, das gelte hier deswegen nicht, weil der Zeuge durch eine verfahrenswidrige Maßnahme des Gerichts zu seiner Aussage bestimmt worden sei (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, Urt. v. 23. Februar 1990 aaO); das Berufungsgericht habe dadurch, daß es auf die Befreiungserklärung durch den Beklagten hingewirkt habe, zum Ausdruck gebracht, der Zeuge müsse, nachdem der Beklagte die Befreiung erteilt hatte, aussagen.

Diese Ansicht ist nicht richtig. Die Zuständigkeit des Zeugen als Konkursverwalter, über seine eigene Befreiung von der Schweigepflicht als früherer Steuerberater der GmbH zu entscheiden, lief auf ein Aussageverweigerungsrecht unter dem Gesichtspunkt des Konkursinteresses hinaus. Daß dieses durch den Gegenstand der Aussage hätte berührt sein können, war nicht erkennbar. Auch in den Fällen des § 383 Abs. 3 ZPO darf der Zeuge nur über solche Tatsachen nicht befragt werden, "in Ansehung welcher erhellt", daß sie von dem Verweigerungsrecht erfaßt werden.

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, um die es hier geht, sind jedoch in anderer Hinsicht verfahrensfehlerhaft. Das Berufungsgericht hat maßgeblich darauf abgestellt, daß die Warenvorräte schon in der Bilanz zum 31. Dezember 1984 zu hoch angesetzt worden seien. Dieser Fehler habe sich in die Zwischenbilanz auf den 31. August 1985 hinein fortgesetzt, weil unstreitig auf diesen Stich-

tag der Warenvorrat nicht durch Inventur, sondern rechnerisch durch Fortschreibung des Bestands vom 31. Dezember 1984 ermittelt worden ist. Das Berufungsgericht hat sich dabei auf die vom Sachverständigen U. hervorgehobene Tatsache gestützt, daß der bilanzielle Warenbestand Ende 1984 im Vergleich zu Ende 1983 um 490.000,-- DM gestiegen war, und, auch insoweit dem Sachverständigen folgend, ausgeführt, für eine solche Aufblähung des Vorratsvermögens habe betriebswirtschaftlich keine Notwendigkeit bestanden; der zu hohe Warenbestandswert hätte dem Beklagten auch deswegen auffallen müssen, weil trotz des im Jahre 1984 eingetretenen unvorhergesehenen Ausfalls einer Kundenforderung von gut 120.000,-- DM das bilanzielle Jahresergebnis lediglich von + 42.000,-- DM im Jahre 1983 auf - 8.000,-- DM im Jahre 1984 zurückgegangen sei. Das Berufungsgericht hat sich schließlich dadurch in seiner Annahme bestätigt gesehen, daß der Zeuge F. in der Konkurseröffnungsbilanz vom 20. Juni 1986 durch buchmäßige Fortschreibung des Warenvorratswerts vom 31. Dezember 1984 auf einen Betrag von 666.000,-- DM gekommen sei, tatsächlich aber, wie eine körperliche Inventur ergeben habe, nur Waren im Wert von rund 300.000,-- DM vorhanden gewesen seien.

a) Die Revision wendet sich gegen den im Berufungsurteil enthaltenen Satz, "der im Jahre 1984 aufgetretene Kreditorenverlust von weit mehr als 100.000,-- DM (finde) im Jahresergebnis ... keinen Ausdruck". Das Berufungsgericht hat damit jedoch nicht, wie die Revision offenbar meint, sagen wollen, der Forderungsausfall sei nicht ordentlich

verbucht worden, sondern nur, das Jahresergebnis hätte bei richtigem Ansatz der Warenvorräte im Hinblick auf jenen Forderungsverlust schlechter ausfallen müssen.

b) Die Revision beanstandet jedoch zu Recht, daß sich das Berufungsgericht mit wesentlichem Vorbringen des Beklagten nicht oder jedenfalls unzureichend befaßt hat. Für die Würdigung des Berufungsgerichts war die auf den Erwägungen des Sachverständigen beruhende Annahme ausschlaggebend, die Warenvorräte seien in der Bilanz zum 31. Dezember 1984 zu hoch angesetzt worden. Dazu hat der Beklagte, worauf die Revision zutreffend hinweist, vorgetragen, bis Oktober 1984 habe die GmbH nur eine geringfügige eigene Lagerhaltung zu betreiben brauchen, weil sie auf den Lagerbestand der bis dahin im selben Gebäude befindlichen, vom Mitgesellschafter des Beklagten betriebenen P. GmbH habe zurückgreifen können. Nach dem Auszug dieses Unternehmens habe sie, um kurzfristig lieferfähig zu bleiben, ihr eigenes Lager erheblich aufstocken müssen; dies erkläre den am Jahresende 1984 im Vergleich zum Vorjahr deutlich erhöhten Warenbestand.

Das Berufungsgericht hat sich damit, abgesehen von einer kurzen Erwähnung ("trotz der vom Beklagten dargelegten Umstellung der Lagerhaltung"), nicht auseinandergesetzt. Es hat lediglich auf die Ausführungen im schriftlichen Sachverständigengutachten verwiesen, wonach "die Aufblähung des Vorratsvermögens ... keinen betriebswirtschaftlichen Sinn" ergebe, sondern es gerade im Hinblick auf den im Jahre 1984 eingetretenen beträchtlichen Forderungsausfall angebracht gewesen sei, den Warenbestand möglichst niedrig zu halten.

Der Sachverständige hatte sich mit jenem - späteren - Vorbringen des Beklagten aber noch nicht befassen können. Für die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts mußte es im Grundsatz unerheblich sein, ob der Beklagte sich in betriebswirtschaftlicher Hinsicht vernünftig verhalten hatte oder nicht. Hatte er das Warenlager tatsächlich aufgestockt, dann war der Ansatz in der Bilanz berechtigt, und der vom Berufungsgericht angenommene verdeckte Verlust lag nicht vor. Die Ausführungen des Berufungsgerichts könnten freilich auch so zu verstehen sein, daß es dem Beklagten wegen der angeblichen betriebswirtschaftlichen Sinnlosigkeit des behaupteten Vorgehens nicht geglaubt hat. Eine solche Würdigung seines Vorbringens wäre aber, was die Revision zu Recht rügt, ohne Erhebung des dazu angetretenen Beweises nicht zulässig gewesen.

In diesem Zusammenhang hätte sich das Berufungsgericht auch mit der offenbar unstreitigen Tatsache auseinandersetzen müssen, daß der Warenansatz in der Bilanz zum 31. Dezember 1984 nicht lediglich rechnerisch ermittelt worden ist, sondern auf einer Inventur beruht; der Beklagte hat dazu in der Beweisaufnahme Unterlagen vorgelegt. Der Beklagte mußte deshalb, wenn die Feststellung des Berufungsgerichts zum überhöhten Bilanzansatz richtig wäre, die Bilanz bewußt gefälscht haben. Die Ausführungen im Berufungsurteil lassen nicht erkennen, ob das Berufungsgericht eine dahingehende Feststellung hat treffen wollen.

c) Das Berufungsgericht hat sich auch, wie die Revision ebenfalls zu Recht beanstandet, nicht mit dem Vortrag des Beklagten und der entsprechenden Aussage des Zeugen Um.

befaßt, wonach das Warenlager am 31. Dezember 1985 ausweislich einer zu diesem Zeitpunkt vorgenommenen Inventur so voll gewesen sein soll, daß es noch für eine Produktion von vier bis fünf Monaten ausgereicht hätte, und es sich in der Folgezeit bis März 1986 durch weitere Verkäufe verringert habe. Die Klägerin selbst hat dazu vorgetragen, das Lager sei im April 1986 weitgehend entleert gewesen. Trifft das alles zu, dann läßt die Differenz zwischen dem vom Konkursverwalter ermittelten Fortschreibungsbuchwert von 666.000,-- DM und dem tatsächlich vorhandenen Warenwert von rund 300.000,-- DM den daraus vom Berufungsgericht gezogenen Schluß auf einen überhöhten Warenansatz in den Bilanzen ab 1984 nicht zu.

3. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung läßt sich das Berufungsurteil nicht allein im Hinblick auf die vom Berufungsgericht gegebene zusätzliche Begründung halten, es seien keine Umstände ersichtlich, die die Annahme rechtfertigten, die am 27. März 1986 vorhandene Überschuldung von 518.056,-- DM sei erst nach der ersten Warenbestellung bei der Klägerin im Dezember 1985 eingetreten. Der vom Berufungsgericht angenommene zu niedrige Warenansatz war für seine Feststellung zum Zeitpunkt des Überschuldungseintritts von so zentraler Bedeutung, daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß es auch ohne jenen Umstand zum selben Ergebnis gelangt wäre. Die danach zur Frage der Überschuldung noch erforderlichen tatsächlichen Feststellungen müssen sich auch auf die Fortbestehensprognose und den Fahrlässigkeitsvorwurf erstrecken; hierbei wird das Berufungsgericht die oben unter II 2 d dargelegten Grundsätze zu berücksichtigen haben.

IV.

Damit die noch zu treffenden tatsächlichen Feststellungen nachgeholt werden können, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz

Dr. Goette