BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 390/03

Verkündet am:
25. Juli 2005
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 823 Abs. 2 Bf, 826, 830 Abs. 2; GmbHG §§ 13 Abs. 2, 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2; StGB § 27

a) Eine über den Ersatz des sog. "Quotenschadens" hinausgehende Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers einer GmbH aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 GmbHG erstreckt sich nur auf den Vertrauensschaden, der einem Neugläubiger dadurch entsteht, daß er der aktuell insolvenzreifen GmbH Kredit gewährt oder eine sonstige Vorleistung an sie erbringt (vgl. Senat, BGHZ 126, 181).

b) Die Haftung des Teilnehmers an einer Insolvenzverschleppung aus §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG erstreckt sich nicht auf Neugläubigerschäden, welche ohne sein Wissen durch kriminelle Machenschaften des Geschäftsführers (hier: betrügerische Doppelabtretungen von Schuldscheindarlehen) im Stadium der Insolvenzverschleppung verursacht werden.

c) Zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen einer Beihilfe zur Insolvenzverschleppung.

d) Eine etwaige Haftung des Gesellschafters einer GmbH wegen existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen kann während eines laufenden Insolvenzverfahrens nur von dem Insolvenzverwalter, nicht aber von einzelnen Gläubigern der GmbH geltend gemacht werden. Das gilt auch für Altfälle vor Inkrafttreten des § 93 InsO (Ergänzung zu Senat, BGHZ 151, 181).

BGH, Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 390/03 - OLG München
LG München

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juli 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. Dezember 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war ab 1973 alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der - mit einem Stammkapital von 500.000,00 DM ausgestatteten - G. GmbH M. (im folgenden: G.), die sich u.a. mit der Vermittlung kommunaler Schuldscheindarlehen befaßte. Diese Tätigkeit bestand im wesentlichen darin, den langfristigen Finanzierungsbedarf von Kommunen durch Vermittlung institutioneller Kapitalgeber zu decken, wobei in der Regel mehrere, jeweils nur an kurzfristiger Kapitalanlage interessierte Darlehensgeber nacheinander eingesetzt werden mußten. Dadurch ergab sich eine Zinsdifferenz zwischen den kurzfristigen Darlehen und dem bei günstiger Marktlage deutlich höheren Zins-

satz der kommunalen Schuldscheinverpflichtungen, woraus der G. zeitweise beträchtliche Mittel zuflossen. Im März 1988 übertrug der Kläger 70 % seiner Geschäftsanteile an der G. zum Kaufpreis von 14,8 Mio. DM auf den bisherigen Prokuristen S. , der zugleich zum alleinigen Geschäftsführer bestellt wurde. Er finanzierte den Kaufpreis zunächst durch ein Bankdarlehen, das er zehn Tage später durch ein Darlehen der G. ablöste. Der Kläger übersiedelte nach L. , behielt aber einen Beratervertrag mit der G. und war bei ihr in der Folgezeit nicht selten präsent.

Ab 1989 trat bei der G. eine Verlustsituation ein, weil sie infolge einer inversen Zinsstruktur höhere als die von den Kommunen gezahlten Zinsen für die Kapitalbeschaffung aufwenden mußte. Die von dem Wirtschaftsprüfer H. am 7. April 1992 erstellte Bilanz per 31.12.1990 wies einen Fehlbetrag von ca. 45,5 Mio. DM aus; im Bilanzbericht wurde auf eine ungünstige Ertragsprognose für die nächste Zukunft sowie auf die Strafbarkeit einer Konkursverschleppung hingewiesen. Dennoch vereinbarten der Kläger und S. - nach dessen Zeugenaussage -, eine günstigere Zinsentwicklung abzuwarten und die zu erwartenden Bilanzergebnisse für die Jahre 1991 und 1992 noch nicht zum Anlaß eines Konkursantrags zu nehmen. Die am 11. September 1992 erstellte Bilanz für das Geschäftsjahr 1991 wies eine Überschuldung von ca. 63 Mio. DM aus. Die nächste Bilanz für das Geschäftsjahr 1992 wurde erst am 27. Juli 1994 erstellt und ergab eine Überschuldung von 58 Mio. DM, wobei der Wirtschaftsprüfer aber darauf hinwies, daß sich die Lage der G. im Geschäftsjahr 1993 drastisch gebessert habe und der Verlustvortrag im wesentlichen ausgeglichen sein dürfte. Eine Bilanzfeststellung für die Geschäftsjahre 1991 und 1992 unterblieb. Weitere Bilanzen hat der Geschäftsführer S. nicht aufgestellt. Bilanzen, die in dem späteren Strafverfahren gegen den Kläger erstellt wurden, ergaben für das Geschäftsjahr 1993 einen Jahresüberschuß von knapp

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

53 Mio. DM, für 1994 ein positives Kapital von 1,66 Mio. DM und für 1995 wieder einen Fehlbetrag von ca. 1,26 Mio. DM.

Ab November 1994 veranlaßte der Geschäftsführer S. ohne Wissen des Klägers betrügerische Doppelabtretungen von Forderungen aus Schuldscheindarlehen, indem er dem jeweils zweiten Abtretungsempfänger bloße Fotokopien der (nur zu Beweiszwecken dienenden) kommunalen Schuldscheine übersandte. So "verkaufte" die G. im November 1994 ein Schuldscheindarlehenspaket in Höhe von 175 Mio. DM mit großenteils bereits anderweitig abgetretenen Forderungen an eine R. bank. Durch Vermittlung der G. "erwarb" die Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits, ein Energieunternehmen, am 31. August 1995 die genannten sowie weitere nicht existente Darlehensforderungen gegen Zahlung von insgesamt ca. 183 Mio. DM. Die G. ging nach Aufdeckung ihrer Machenschaften, die zu einer Überschuldung von ca. 231 Mio. DM führten, im Oktober 1996 in Konkurs. Der Kläger wurde durch rechtskräftiges Strafurteil vom 25. Juni 1998 wegen Anstiftung des Geschäftsführers S. zur Untreue (§§ 266, 26 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von eineinhalb Jahren verurteilt, weil er zwei das Vermögen der G. gefährdende, im Ergebnis aber nicht schädigende Schuldscheinpensionsgeschäfte auf seine Rechnung über die G. als Treuhänderin hatte laufen lassen. Eine hierauf gestützte Schadensersatzklage des Konkursverwalters der G. blieb erfolglos (vgl. Senat, NA-Beschluß vom 23. Juni 2003 - II ZR 386/01).

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Beklagte den Kläger mit ihrer Widerklage auf Ersatz eines Teils ihres Schadens aus den betrügerischen Doppelabtretungen der G. in Höhe von 10 Mio. DM in Anspruch. Nachdem der Kläger gegen die Beklagte zunächst negative Feststellungsklage in entspre-

chender Höhe erhoben hatte, haben die Parteien diese in erster Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt. Die Beklagte hat ihren Gesamtschaden verbindlich auf 70. Mio. DM beschränkt und die Widerklage u.a. auf eine "Konzernhaftung" sowie auf eine Haftung des Klägers wegen (psychischer) Beihilfe zur Konkursverschleppung des Geschäftsführers S. (§ 823 BGB i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 27 Abs. 1 StGB) gestützt. Unter diesem letzteren Gesichtspunkt hatte die erstinstanzlich abgewiesene Klage in zweiter Instanz Erfolg. Dagegen richtet sich die - von dem Senat auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers zugelassene - Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, wobei der Senat von § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.

I. Das Berufungsgericht meint, der Kläger hafte für den Schaden der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe zur Konkursverschleppung des Geschäftsführers S. (§ 823 BGB i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 830 Abs. 2 BGB) entsprechend den in BGHZ 126, 181 ff. aufgestellten Grundsätzen. Die G. sei schon längere Zeit vor und auch im Zeitraum der betrügerischen Doppelabtretungen konkursreif gewesen. Bei rechtzeitiger Konkursantragstellung hätte es zu dem geschäftlichen Kontakt zwischen der G. und der Beklagten als "Neugläubigerin" (im Sinne von BGHZ 126, 181) nicht mehr kommen können. Eine Konkursantragspflicht habe bereits aufgrund der von dem Wirtschaftsprüfer H. am 7. April 1992 erstellten Bilanz für das Geschäftsjahr 1990 und des dort ausgewiesenen Fehlbetrags von ca. 45,5 Mio. DM bestanden. Für den Kläger sei aus dem - ihm nach Aussage des Zeugen S. bekannt gegebenen - Gutachten des Rechtsanwalts Dr. v. B. ersichtlich gewesen, daß ein Konkursantrag nur bei einer positiven

Fortbestehensprognose vermeidbar gewesen wäre (vgl. BGHZ 119, 214). Trotz fehlender Anhaltspunkte für eine Besserung der Verlustsituation der G. durch günstigere Zinsentwicklung hätten der Kläger und S. anschließend vereinbart, "für die noch zu erstellenden Bilanzen 1991 und 1992 keinen Konkursantrag zu stellen". Zwar habe diese Vereinbarung nach Aussage des Zeugen S. nur für die Bilanzjahre 1991 und 1992 gegolten; sie sei aber anschließend stillschweigend dadurch fortgeschrieben worden, daß der Kläger sich nach Aussage des Zeugen S. geweigert habe, die von dem Wirtschaftsprüfer H. am 11. September 1992 bzw. am 27. Juli 1994 vorgelegten Bilanzentwürfe für die Jahre 1991 und 1992 zu unterzeichnen, und anschließend der Kläger und S. entgegen ihrer Pflicht aus § 42 a Abs. 2 GmbHG keine Aktivitäten zur Feststellung dieser und zur Aufstellung weiterer Bilanzen für die folgenden Geschäftsjahre entfaltet hätten. Damit habe der Kläger ersichtlich Zeit gewinnen wollen und einen Beitrag zu weiterer Konkursverschleppung geleistet. Nach seinem "Gesamtverhalten" habe er eine fortbestehende Überschuldung der G. zumindest billigend in Kauf genommen. Die im Bilanzbericht des Wirtschaftsprüfers vom 27. Juli 1994 (Geschäftsjahr 1992) geäußerte Vermutung eines bilanziellen Ausgleichs im Geschäftsjahr 1993 sei erkennbar nicht gesichert und darüber hinaus auch unrichtig gewesen, weil die im Strafverfahren erstellte Bilanz für dieses Geschäftsjahr immer noch einen Fehlbetrag von 5,45 Mio. DM ausgewiesen habe (nach ca. 58 Mio. DM im Vorjahr). Die ein positives Eigenkapital von ca. 1,66 Mio. DM ausweisende Bilanz für das Jahr 1994 berücksichtige ebensowenig wie die vorhergehenden Bilanzen, daß S. das ihm im Jahr 1988 von der G. gewährte und durch Zinsen auf mehr als 23 Mio. DM angewachsene Darlehen, mit dem er den Erwerb der 70 % G. -Anteile finanziert habe, im Jahr 1993 durch einen Bankkredit abgelöst und dafür ein Festgeldguthaben der G. von 21 Mio. DM verpfändet habe. Wegen schon damals offenbarer und durch die weitere Entwick-

lung bestätigter Unfähigkeit von S. , das Bankdarlehen zurückzuzahlen, hätte das in den Bilanzen aktivierte Festgeldguthaben durch eine Rückstellung neutralisiert werden müssen, woraus sich eine beträchtliche Überschuldung der G. bis zum Abschluß des Geschäfts mit der Beklagten ergebe, auch wenn man die Belastung des Vermögens der G. mit Schadensersatzverbindlichkeiten wegen der vorangegangenen Doppelabtretungen, die dem Kläger nicht zuzurechnen seien, außer acht lasse. Nach allem hafte der Kläger wegen Beihilfe zu der Konkursverschleppung des Geschäftsführers S. für den der Beklagten als Neugläubigerin entstandenen und insoweit unstreitigen Teilschaden von 10 Mio. DM. Ein etwa fahrlässiges Mitverschulden der Beklagten trete hinter dem Vorsatzverhalten des Geschäftsführers S. und des Klägers zurück.

II. Das Urteil hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht geht zwar im Ansatz noch zutreffend davon aus, daß die im Bilanzjahr 1990 eingetretene Konkursreife der G. und die von dem Zeugen S. bekundete, offenbar im April 1992 getroffene Vereinbarung, für die Bilanzjahre 1991 und 1992 keinen Konkursantrag zu stellen, nicht genügen, um dem Kläger den frühestens im August 1995 eingetretenen Schaden der Beklagten objektiv und subjektiv zuzurechnen. Eine einmal gegebene, inzwischen aber durch Erholung der Gesellschaft beendete Konkursverschleppung macht den Täter oder Teilnehmer nicht deshalb für alle späteren durch die Gesellschaft verursachten Schäden haftbar, weil diese bei Erfüllung der damaligen Konkursantragspflicht nicht eingetreten wären. Vielmehr ist anerkannt, daß die reine Kausalitätsbetrachtung ihre Grenzen u.a. am Schutzzweck der verletzten Norm oder Pflicht findet (vgl. z.B. BGHZ 27, 137; BGH, Urt. v. 6.5.1999 - III ZR 89/97, NJW 1999, 3203). Dies bedeutet für eine Haftung

aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 GmbHG, daß der objektive und subjektive Tatbestand einer Konkursverschleppung als Dauerdelikt im Zeitraum des zum Schaden des "Neugläubigers" führenden Geschäftsabschlusses zwischen ihm und der Gesellschaft (dazu Senat, BGHZ 126, 181) noch vorliegen muß. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts begegnen aber durchgreifenden Bedenken.

a) Fehl geht es, wenn das Berufungsgericht eine fortbestehende Überschuldung der G. trotz bilanziellen Ausweises eines positiven Kapitals von 1,66 Mio. DM im Geschäftsjahr 1994 daraus herleitet, daß S. nicht in der Lage gewesen sei, das zur Sicherung seiner Darlehensschuld verpfändete Festgeldguthaben (ca. 21 Mio. DM) der G. auszulösen. Denn nach dem - von der Revisionserwiderung in Bezug genommenen - Vortrag der Beklagten war die Finanzierung des Kaufs der G. -Anteile durch S. mit Mitteln der G. (im März 1988) zuvor von dem Kläger - zu dieser Zeit noch geschäftsführender Alleingesellschafter der G. - und seinen Beratern selbst erdacht und vorgeschlagen worden, obwohl die G. damals über keine freien Mittel verfügte. Nach der vorgelegten Bilanz vom 31. Dezember 1987 war ihr Stammkapital angegriffen. Sonach hatte die G. auch gegenüber dem - unstreitig solventen - Kläger einen Anspruch auf Rückzahlung des an ihn geflossenen Betrages aus § 31 GmbHG (vgl. Senat, BGHZ 13, 49, 55; 157, 72), und zwar samt Zinsen, sei es aus § 43 Abs. 3 GmbHG oder auch aus Kreditauftrag (§ 778 BGB). Dieser Anspruch wurde durch die Umschuldung des Gesellschaftsdarlehens unter Verpfändung von Gesellschaftsvermögen nicht berührt und wäre wegen "böslichen Handelns" des Klägers in Anbetracht einer ihm - nach Beklagtenvortrag - im März 1988 bekannten "Verschuldung" der G. von 19 Mio. DM (vgl. BGHZ 110, 342, 352) gemäß § 31 Abs. 5 Satz 2 a.F. GmbHG sowie wegen Unanwendbarkeit des § 43 Abs. 4 GmbHG (vgl. Sen.Urt. v. 14. September 1998

- II ZR 175/97, ZIP 1999, 240) auch nicht verjährt. Der Anspruch war sonach in einer Überschuldungsbilanz der Jahre 1994 und 1995 als Aktivum zu berücksichtigen. Daß sich der Kläger den genannten Sachvortrag nicht zu eigen gemacht hat, ist unerheblich, weil wegen der Darlegungslast der Beklagten für den haftungsbegründenden Tatbestand einer Konkursverschleppung (vgl. BGHZ 126, 181, 200) von ihrem Vortrag auszugehen ist.

b) Unzureichend ist die Feststellung, daß die G. gemäß der im Strafverfahren erstellten Bilanz per 31. Dezember 1995 auch bei bilanzwirksamem Ansatz des Festgeldguthabens und ohne Berücksichtigung der dem Kläger nicht zuzurechnenden Doppelabtretungen (dazu unten 2) wieder eine Überschuldung von ca. 1,26 Mio. DM aufgewiesen habe. Daraus ergibt sich nicht, ob eine Überschuldung auch im maßgeblichen Zeitraum des Geschäfts mit der Beklagten bestand, welches das Berufungsgericht widersprüchlich zum einen auf August 1995, zum anderen auf 31. Dezember 1995 bzw. 22. Januar 1996 ansetzt.

c) Nicht frei von Rechtsfehlern sind ferner die Ausführungen des Berufungsgerichts zum objektiven und subjektiven Tatbestand einer "fortgeschriebenen" Beihilfe des Klägers zur Konkursverschleppung des Geschäftsführers S. .

aa) Eine Täterschaft des Klägers im Sinne der - nur Geschäftsführer erfassenden - §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG kommt nicht in Betracht, was einer Gehilfenhaftung gemäß § 830 Abs. 2 BGB, worauf das Berufungsgericht abstellt, allerdings nicht entgegenstünde (vgl. § 28 Abs. 1 StGB). Die Voraussetzungen dafür richten sich nach strafrechtlichen Grundsätzen (BGHZ 137, 89, 102). Beihilfe ist danach die vorsätzliche Hilfeleistung zur Vorsatztat eines anderen (vgl. § 27 Abs. 1 StGB). Objektiv muß die Beihilfehandlung zwar nicht für

den Taterfolg ursächlich gewesen sein, die tatbestandsmäßige Handlung aber gefördert, erleichtert oder den Täter in seinem Entschluß zur Tatbegehung bestärkt haben (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 27 Rdn. 2 ff.). In subjektiver Hinsicht ist im Fall des § 64 Abs. 1 GmbHG neben einem entsprechenden Vorsatz des Täters zumindest die Erkenntnis des Gehilfen erforderlich, daß der Geschäftsführer den Konkursantrag trotz gegebener Konkursreife pflichtwidrig unterläßt (Senat BGHZ 75, 96, 107; BGHSt 14, 280).

bb) Ob S. durch die - nicht näher konkretisierte - "Vereinbarung" mit dem Kläger "bestärkt" wurde, vorläufig keinen Konkursantrag zu stellen, obwohl er sich - nach seiner Zeugenaussage - zu dieser in beider Interesse liegenden Unterlassung seitens des Klägers nicht beeinflußt fühlte, kann dahinstehen. Jedenfalls beschränkte sich die Vereinbarung auf die beiden Bilanzjahre 1991 und 1992. Mit dem vollständigen Abbau der Überschuldung der G. in den Jahren 1993/94 war eine neue Situation entstanden, welche den Zeugen S. nach seiner Aussage zu einer positiven Fortführungsprognose veranlaßte, auf die es nach damaliger Rechtslage (vor Inkrafttreten des § 19 Abs. 2 InsO) ankam (vgl. BGHZ 119, 201, 214 f.; 126, 181, 199 f.). Soweit das Berufungsgericht dem Zeugen S. dessen bloße "Schubladenbuchführung", das Fehlen von Bilanzen und die unterlassene Aufstellung eines Vermögensstatus (unter Hinweis auf BGHZ 126, 181, 199) entgegenhält, ersetzt dies nicht den erforderlichen Nachweis einer fortdauernden Konkursreife der G. sowie eines Vorsatzes des Zeugen und des Klägers hinsichtlich einer weiteren Konkursverschleppung, die Ende 1994 angesichts eines positiven Kapitals von ca. 1,66 Mio. DM objektiv auch nicht vorlag. Daß die Lage der G. sich erheblich verbessert hatte, konnten der Kläger und S. nach dessen Aussage anhand der Umsätze und der "Schubladenbuchführung" feststellen, die immerhin die spätere - wenngleich mühsame - Erstellung von Bilan-

zen im Konkurs- und im Strafverfahren noch ermöglichte. Daß insbesondere der Kläger - entgegen der positiven Einschätzung des Zeugen S. und des Wirtschaftsprüfers H. im Bilanzbericht vom 27. Juli 1994 (Bilanz 1992) - von einer fortbestehenden Konkursreife der G. in den Jahren 1994/95 ausging (vgl. dazu oben aa, BGHZ 75, 96, 107), ist so nicht festgestellt und erschließt sich auch nicht aus "dessen Gesamtverhalten". Schon deshalb kann von einer vorsätzlichen Hilfeleistung des Klägers zu weiterer Konkursverschleppung durch "Fortschreibung" der Vereinbarung aus dem Jahr 1992 nicht ausgegangen werden.

Im übrigen handelt es sich bei dem Folgeverhalten des Klägers um ein reines Unterlassen, das mangels einer Garantenstellung des Klägers (zumal als Minderheitsgesellschafter) nicht haftungsrelevant ist. Das Berufungsgericht verkennt zudem die Ambivalenz der "Weigerung" des Klägers, u.a. die am 27. Juli 1994 vorgelegte Bilanz (für 1992) zu unterzeichnen. Eine Unterzeichnung hätte von S. erst recht als ein "weiter so" verstanden werden können, während die von dem Kläger bei seiner polizeilichen Vernehmung bekundete Weigerung "die Bilanzen zu akzeptieren" keine Billigung oder Unterstützung zum Ausdruck bringt (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 17. März 1995 - 2 StR 84/95, NStZ 1995, 490; Urt. v. 24. Oktober 2001 - 3 StR 237/01, NStZ 2002, 139) und auch nicht geeignet war, die sich aus der Bilanz ergebende Überschuldung "als nicht sicher hinstellen zu können", wie das Berufungsgericht denkfehlerhaft annimmt. Zur Prüfung seiner Konkursantragspflicht ist der Geschäftsführer unabhängig von einer Bilanzfeststellung verpflichtet und in der Lage. Eine Verpflichtung der Gesellschafter, hierzu beizutragen, ergibt sich auch aus § 42 a Abs. 2 GmbHG - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht. Diese Vorschrift ist in Zusammenhang mit den Publizitätsregelungen der §§ 325 ff. HGB zu sehen (vgl.

Scholz/Crezelius, GmbHG 9. Aufl. § 42 a Rdn. 40) und hat mit dem Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GmbHG nichts zu tun.

2. Das angefochtene Urteil kann sonach mit der ihm von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Eine Zurückverweisung der Sache zur Ermöglichung weiterer Feststellungen erübrigt sich insoweit, weil die von dem Berufungsgericht herangezogene Anspruchsgrundlage aus einem weiteren Grund nicht greift. Der Schaden der Beklagten ist dem Kläger nämlich nicht als Folge einer - unterstellten - Beihilfe zur Konkursverschleppung zuzurechnen.

a) Das Berufungsgericht geht zwar einerseits in Einklang mit den Ermittlungen im Strafverfahren gegen den Kläger davon aus, daß er von den betrügerischen Doppelabtretungen der Schuldscheindarlehen durch den Geschäftsführer S. (und den Prokuristen G.) keine Kenntnis hatte und sie ihm deshalb nicht zuzurechnen sind. Insoweit handelt es sich um einen Exzeß des Haupttäters, für den der Kläger weder strafrechtlich gemäß § 27 StGB (vgl. BGHSt 11, 66; Tröndle/Fischer aaO § 27 Rdn. 5) noch zivilrechtlich gemäß § 830 Abs. 2 BGB haftet (vgl. BGHZ 59, 30, 42; 63, 124, 128; 89, 383, 396). Soweit das Berufungsgericht dem Kläger den Schaden der Beklagten gleichwohl als Folge einer Konkursverschleppung deshalb zurechnet, weil es bei rechtzeitiger Konkursantragstellung nicht zu dem Geschäft zwischen der G. und der Beklagten gekommen wäre, verkennt es, daß der Schutzzweck der §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 830 Abs. 2 BGB die vorliegende Schadenskonstellation nicht erfaßt.

b) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muß sich um Folgen handeln, die in den

Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde (BGHZ 27, 137, 140). Notwendig ist ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder wenige zufällige äußere Verbindung (BGHZ 57, 137, 142; BGH, Urt. v. 14. März 1985 - IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329, 1332; Urt. v. 13. Februar 2003 - IX ZR 62/02, ZIP 2003, 806). Nach dem Senatsurteil BGHZ 126, 181 ff. besteht der Schutzzweck der gesetzlichen Konkursantragspflichten darin, konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden (aaO S. 194). Auch das betrifft aber nur Schäden, die mit der Insolvenzreife der Gesellschaft in einem inneren Zusammenhang stehen. Neugläubiger sollen davor geschützt werden, mit einer insolventen GmbH in Geschäftsbeziehungen zu treten und ihr, z.B. durch eine Vorleistung, Kredit zu gewähren (aaO S. 192; vgl. auch Roth/Altmeppen, GmbHG 5. Aufl. § 64 Rdn. 68, 71 m.w.Nachw.; Wiedemann, EWiR 1993, 584). Zu ersetzen hat der gegen § 64 Abs. 1 GmbHG verstoßende Geschäftsführer daher den Vertrauensschaden (aaO S. 201), den der Neugläubiger dadurch erleidet, daß er an die insolvenzreife Gesellschaft eine Leistung erbringt, welcher kein werthaltiger Gegenanspruch gegenübersteht.

c) Um eine entsprechende Konstellation handelt es sich im vorliegenden Fall nicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die G. als Vermittlerin der Schuldscheingeschäfte auf seiten der Kommunen tätig. Wie die Beklagte schon in der Klageerwiderung ausgeführt und am 22. Oktober 2003 zu Protokoll des Berufungsgerichts ausdrücklich klargestellt hat, hat sie am 31. August/1. September 1995 vermeintlich bestehende Schuldscheindarlehensforderungen gegen Zahlung eines Betrages von insgesamt 153.256.197,30 DM nicht von der G. , sondern durch deren Vermittlung von

der R. bank O. erworben. Auch eine weitere Zahlung vom 22. Januar 1996, welche den Schaden der Klägerin auf 183.225.228,19 DM erhöhte, hat die Beklagte auf ein von der G. vermitteltes Darlehen bezahlt. Ob überhaupt ein Vertragsverhältnis zwischen der G. und der Beklagten bestand, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, kann aber dahinstehen. Jedenfalls hätte die Beklagte die Darlehensforderungen und damit den Gegenwert für ihre Zahlungen von ca. 183 Mio. DM ungeachtet der etwaigen Insolvenzreife der G. problemlos erwerben können, wenn die Forderungen nicht anderweitig abgetreten gewesen wären. Es handelte sich insoweit nicht um ein Kreditgeschäft zwischen der G. und der Beklagten, sondern um ein von der G. vermitteltes Bargeschäft. Andererseits wäre der Schaden der Klägerin infolge der betrügerischen Doppelabtretungen auch dann entstanden, wenn die G. noch über ein ihre Schulden deckendes Vermögen verfügt hätte. Beides zeigt, daß der Schaden der Klägerin bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht auf der angeblichen Konkursverschleppung, sondern auf den kriminellen Doppelabtretungen beruht, welche dem Kläger nach den Grundsätzen des Haupttäterexzesses nicht zuzurechnen sind und auch vom Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GmbHG nicht erfaßt werden. Die Beklagte hat bei der Art des vorliegenden Geschäfts nicht auf die Solvenz der G. , sondern auf die Ehrlichkeit des für sie handelnden Geschäftsführers vertraut. Dieser haftet der Beklagten gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, nicht aber der Kläger wegen Beihilfe zur Konkursverschleppung. Daran ändert der Umstand nichts, daß daneben bestehende Ansprüche der Beklagten gegen die G. aus Delikt und evtl. aus Vertragsverletzung i.V.m. § 31 BGB wegen der Insolvenz der G. weitgehend wertlos sind. Das wäre auch dann kaum anders, wenn die G. zur Zeit der Doppelabtretung über ein ihre Schulden gerade noch deckendes Vermögen verfügt hätte. Die Insolvenzantragspflicht hat nicht den Zweck, potentielle Deliktsgläubiger davor zu bewahren, nach Insolvenzreife noch Opfer eines Delik-

tes zu werden (vgl. Roth/Altmeppen aaO Rdn. 34; Bork, ZGR 1995, 505, 519; Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz 1997, S. 234 ff.; a.A. Lutter/ Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl. § 64 Rdn. 50; Reiff/Arnold, ZIP 1998, 1893, 1896 jew. m.w.Nachw.). Dessen bedarf es auch nicht; denn für das Delikt als solches haften der Geschäftsführer und/oder sonstige hieran Beteiligte ggf. nach der betreffenden Norm, nicht aber wegen Insolvenzverschleppung. Eine bloße Kausalitätsbetrachtung würde auf eine Haftung für Zufallsschäden hinauslaufen.

Im Ergebnis haftet sonach der Kläger nicht wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung für den Schaden der Beklagten.

III. Die Sache ist gleichwohl nicht insgesamt entscheidungsreif, weil die Beklagte, worauf die Revisionserwiderung hinweist, sich auch noch auf weitere Anspruchsgrundlagen stützt und es dazu zum Teil noch tatrichterlicher Feststellungen bedarf, welche das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - nicht getroffen hat.

1. Soweit die Beklagte eine "Konzernhaftung" des Klägers wegen angeblicher Eingriffe in das Vermögen der G. geltend gemacht hat, ist das durch die neuere Rechtsprechung des Senats überholt (vgl. BGHZ 149, 10; 150, 61; 151, 181; Urt. v. 13. Dezember 2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117; v. 13. Dezember 2004 - II ZR 256/02, ZIP 2005, 250). Danach u. U. in Betracht kommende Ansprüche gegen einen Gesellschafter wegen "existenzvernichtender Eingriffe" in das Gesellschaftsvermögen können von einzelnen Gläubigern wie der Beklagten nur außerhalb, nicht aber während eines laufenden Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft geltend gemacht werden (vgl. Senat, BGHZ 151, 181, 187). Das gilt auch für Altfälle, in denen - wie hier - gemäß Art. 103 EG InsO die Insolvenzordnung mit den dortigen §§ 92, 93 noch

keine Anwendung findet (vgl. Senat aaO; zur Rechtslage gemäß § 93 InsO, vgl. BAG, Urt. v. 14. Dezember 2004 - 1 AZR 104/03, ZIP 2005, 1174). Während eines laufenden Konkurs- oder Insolvenzverfahrens ist die Geltendmachung der genannten Ansprüche dem Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter vorbehalten, weil sie die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger betreffen. Da im vorliegenden Fall eine Einstellung oder Beendigung des Konkursverfahrens nicht ersichtlich ist, dürfte es an der Aktivlegitimation der Beklagten fehlen.

2. Eine entsprechende Beschränkung gilt zwar nicht für die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche aus § 826 BGB wegen angeblich sittenwidriger Spekulationsgeschäfte der G. zum Nachteil ihrer Gläubiger bei einem Mißverhältnis von Stammkapital und Geschäftsrisiko (vgl. dazu Senat, BGHZ 122, 333, 336; Urt. v. 30. November 1978 - II ZR 204/76, NJW 1979, 2104; v. 16. März 1992 - II ZR 152/91, WM 1992, 735 f.). Soweit das Bundesarbeitsgericht (aaO) auch auf eine Gesellschafterhaftung gemäß § 826 BGB die Grundsätze der §§ 92, 93 InsO angewandt hat, ist das auf den vorliegenden Altfall nicht übertragbar. Für etwaige Ansprüche aus § 826 BGB müßte die Beklagte - neben einem Schädigungsvorsatz - u.a. auch die Kausalität eines sittenwidrigen Handelns des Klägers für ihren Ausfallschaden im Konkurs der G. - nach Maßgabe des § 287 ZPO - nachweisen.

3. Schließlich hat die Beklagte ihre Schadensersatzansprüche darauf gestützt, daß der Kläger mittels der G. Bankgeschäfte ohne erforderliche Erlaubnis betrieben habe und deshalb gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 32, 54 KWG für den Schaden hafte (zum Schutzgesetzcharakter des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG vgl. BGH, Urt. v. 21. April 2005 - III ZR 238/03). Feststellungen dazu finden sich in dem angefochtenen Urteil nicht.

Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die noch erforderlichen Feststellungen, ggf. nach ergänzendem Vortrag der Parteien, zu treffen.

Goette Kurzwelly Kraemer

Caliebe Reichart