

Buchwerten unzulässig, hat das abfindungsberechtigte Mitglied Anspruch auf Einsicht in alle Unterlagen, die zur Ermittlung dieser tatsächlichen Werte von Bedeutung sind. Hierzu gehören auch die Schriftstücke über den Verkauf eines Vermögensgegenstandes, weil es für den Bestand des noch vorhandenen Vermögens von Bedeutung ist, ob der Gegenstand zum Nachteil der Genossenschaft unter Wert veräußert wurde und dieser deswegen ein Schadensersatzanspruch zusteht, der in die Bilanz aufzunehmen wäre.

Nach alledem hat die Antragstellerin Anspruch auf die begehrte Auskunft. Entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung kann sie diesen Anspruch schon deswegen außerhalb der Hauptversammlung geltend machen, weil sie seit 10. 4. 1991 nicht mehr Mitglied der Antragsgegnerin ist und es ihr gar nicht möglich war, in den späteren Vollversammlungen Auskunft zu verlangen. Im übrigen bezieht sich das von der Rechtsbeschwerde in Bezug genommene, auf die Generalversammlung beschränkte, Auskunftsrecht in der Genossenschaft regelmäßig nur auf die zur Verhandlung oder Entscheidung anstehenden Tagesordnungspunkte (*Lang/Weitmüller/Metz*, GenG 32. Aufl. § 43 Rdnr. 41). Hängt dagegen, wie hier, die Ausübung wichtiger Mitgliedschaftsrechte von der Erteilung einer bestimmten Auskunft ab, kann diese auch im Genossenschaftsrecht außerhalb der Generalversammlung verlangt werden, so daß es offenbleiben kann, ob die Grundsätze des Genossenschaftsrechts insoweit bei der LPG überhaupt Anwendung finden.

Die Auskunft ist schließlich auch schriftlich durch Vorlage der begehrten Urkunden oder entsprechender Fotokopien hiervon zu erteilen. Nur so wird die Antragstellerin in den Stand gesetzt, ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen prüfen zu können, ob und inwieweit ihr ein Abfindungsanspruch zusteht. Insofern besteht ein Unterschied zu jenen Auskünften, die in der Generalversammlung der Genossenschaft grundsätzlich nur mündlich zu erteilen sind (vgl. *Lang/Weitmüller/Metz a. a. O.* Rdnr. 44).

22. BGB §§ 276, 823; GmbHG § 64 (*Haftung für Konkursverschleppung nicht auf „Quotenschaden“ begrenzt*)

1. 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.

(Nur Leitsatz.)

2. 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).

3. Zur Frage der Beweislast in Fällen der Haftung des Geschäftsführers wegen Verstoßes gegen die Konkursantragspflicht.

BGH, Urteil vom 6. 6. 1994 — II ZR 292/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem 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. 3. 1986 wurde am 25. 4. 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. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Aus den Gründen:

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. . . .

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

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. (*Wird ausgeführt.*)

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

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 ver-

ringert (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, 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 genannten Grundsatzentscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 16. 12. 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, Urteil vom 22. 1. 1962 — III ZR 198/60, WM 1962, 527, 530, vom 18. 6. 1979 — VII ZR 84/78, NJW 1979, 2198, insoweit in BGHZ 75, 23 nicht abgedruckt, und vom 8. 10. 1987 — IX ZR 143/86, WM 1987, 1431, 1432; ferner beiläufig das eine Aktiengesellschaft betreffende Urteil des erkennenden Senats vom 11. 11. 1985, BGHZ 96, 231, 237 [= DNotZ 1986, 368]; 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 (Urteil vom 24. 9. 1974 — 3 AZR 589/73, NJW 1975, 708 und vom 17. 9. 1991 — 3 AZR 521/90, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht).

Das gleiche gilt für den überwiegenden Teil des Schrifttums (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl. § 64 Rdnr. 48 f.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 7. Aufl. § 64 Rdnr. 35 f.; *Rowedder*, GmbHG, 2. Aufl. § 64 Rdnr. 24 — ohne eigene Stellungnahme —; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl. § 64 Rdnr. 13; *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl. § 64 Rdnr. 26 m. w. N.; zu § 92 Abs. 2 AktG: *Mertens*, KK, 2. Aufl. § 92 Rdnr. 52; *Meyer-Landrut*, GroßKomm. [1973] § 92 Anm. 9; unklar dagegen *Hefermehl*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, 1973-74, § 92 Rdnr. 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. 3. 1993 (ZIP 1993, 763) und vom 20. 9. 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 Rdnr. 10; *Müller*, GenG, 1976, § 99 Rdnr. 9; zu § 92 Abs. 2 AktG: *Meyer-Landrut*, FS Barz, 1974, S. 271, 277 ff.;

zweifelnd *Medicus*, Bürgerliches Recht, 16. Aufl. Rdnr. 622; *Meyer/Meulenbergh/Beuthien*, GenG, 12. Aufl. § 99 Rdnr. 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* a. a. O. § 42 Rdnr. 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* a. a. O. § 64 Rdnr. 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 allenfalls 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* a. a. O. § 64 Rdnr. 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* a. a. O. § 64 Rdnr. 39 f. und *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 64 Rdnr. 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. 12. 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 *Medicus*, 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 gem. § 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 be-

steht 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* a. a. O., 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 *Baader*, BB 1993, 2473 f.).

Als Instrument des Gläubigerschutzes muß das Gebot der rechtzeitigen Konkursantragstellung schadensersatzrechtlich — 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 Konkurserteilung hinzukommenden Gläubiger geht, noch verstärken (vgl. dazu *Hachenburg/Ulmer* a. O. § 64 Rdnr. 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) bezeichnet 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“ (*Baader*, 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 (*Merrens*, FS *Herrmann Lange*, 1992, S. 561, 577).

Auf der anderen Seite besteht, wie schon der VI. Zivilsenat im Urteil vom 16. 12. 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 Haftungsreste 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 wirtschaftlichen Eigeninteresses der Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses (oben I) und der in unmittelbarer Nähe der Konkursverschleppungstatbestände ansetzende Vorschlag, eine Vertrauenshaftung des Geschäftsführers im Stadium der Insolvenzhilfe der Gesellschaft einzuführen (s. dazu oben I 2 b). Es ist ferner, wie bereits erwähnt (oben I 2 a b) unter I), erwogen worden, in den Fällen der Fortführung einer Konkursreifen GmbH eine Haftung der die Gesellschaft beherr-

schen, 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, Beschluß vom 10. 12. 1992, ZIP 1993, 1871, 1874; vgl. auch *Karollus*, Recht der Wirtschaft [österreich] 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* a. O. § 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* a. O. § 64 Rdnr. 52 m. w. N.; a. A. *Schulze-Osterloh* in: *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 64 Rdnr. 27). Der Geschäftsführer hat die Entscheidung darüber, ob er die Konkurserteilung beantragen muß, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers 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* a. O. § 64 Rdnr. 52; *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 64 Rdnr. 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 *Schrippen*, 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 (*Lutier*, 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 Geschäftsführer durch die drohende Haftung von aussichtsreichen Sanierungsmaßnahmen 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* a. a. O. § 64 Rdnr. 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 a. a. O. § 63 Rdnr. 12 und § 64 Rdnr. 38; Hachenburg/Ulmer a. a. O. § 64 Rdnr. 19), ist dagegen zweifelhaft; das ist hier indessen nicht zu entscheiden. Mangelndes Verschulden hat freilich der Geschäftsführer zu beweisen (Senatsurteil vom 1. 3. 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 Mitschulden 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. . . .

23. BGB §§ 662 ff., 675, 705 ff., 723 Abs. 3 (*Treuhand und Unterbeteiligung an Gesellschaftsanteilen*)

Treuhand und Unterbeteiligung an Gesellschaftsanteilen sind nicht einander ausschließende, zur Anwendung entweder des Auftrags- oder des Gesellschaftsrechts führende Rechtsinstitute. Entscheidend für die Einordnung ist vielmehr die inhaltliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses, wobei für eine gesellschaftsvertragliche Beziehung spricht, daß der hauptbeteiligte Gesellschafter nur einen Teil seines Anteils für den anderen Vertragsbeteiligten hält, im übrigen aber eigene Interessen in der Gesellschaft verfolgt.

BGH, Urteil vom 13. 6. 1994 — II ZR 259/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

24. AktG 1965 §§ 130 Abs. 2, 241 Nr. 2 (*Nichtiges Hauptversammlungsprotokoll bei AG*)

An einer ordnungsmäßigen Beurkundung des Hauptversammlungsbeschlusses (§ 130 Abs. 1 AktG) fehlt es auch dann, wenn bei Aufsichtsratswahlen in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift statt des Ergebnisses der Abstimmung nach Stimmen lediglich angegeben wird, welche Kapitalbeträge für und gegen einen bestimmten Wahlvorschlag gestimmt haben. Ein solcher Beurkundungsfehler führt grundsätzlich auch dann zur Nichtigkeit der Wahl gem. § 241 Nr. 2 AktG, wenn den Umständen nach kein Zweifel an der Annahme des Wahlvorschlages bestehen kann.

BGH, Urteil vom 4. 7. 1994 — II ZR 114/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH und der Allianz Versicherungs AG, München

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die sich u. a. mit der Verwertung von Filmrechten befaßt. In dem gegenwärtigen Rechtsstreit nimmt sie den Beklagten u. a. unter Berufung auf § 93 AktG auf Ersatz eines Darlehens in Höhe von 300.000,— DM nebst Zinsen in Anspruch, das dieser in seiner damaligen Funktion als Vorstandsmitglied der Klägerin der später in Vermögensverfall geratenen M. GmbH gewährt hatte. Nachdem die Klägerin in diesem Rechtsstreit bei Erhebung der Klage zunächst durch ihren Vorstand vertreten worden war, ist ihr am 14. 2. 1991 gewählter Aufsichtsrat unter Billigung der früheren Prozeßführung des Vorstands als gesetzlicher Vertreter in den Prozeß eingetreten. Auf der am 6. 2. 1992 abgehaltenen Hauptversammlung der Klägerin haben Neuwahlen zum Aufsichtsrat stattgefunden. Dabei sind dieselben Personen erneut zu Aufsichtsratsmitgliedern gewählt worden.

Die Klage hatte in der Hauptsache in beiden Vorinstanzen Erfolg. Die Revision führte zur Abweisung der Klage als unzulässig.

Aus den Gründen:

I. Dabei kommt es auf den Streit der Parteien, ob die Gewährung des Darlehens durch den Beklagten schuldhaft pflichtwidrig war, nicht an. Die Urteile der Vorinstanzen können schon aus prozessualen Gründen keinen Bestand haben. Die Klage ist unzulässig, weil die Klägerin in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht nach Maßgabe der Gesetze (§ 551 Nr. 5 ZPO) vertreten ist. Die Befugnis zur gesetzlichen Vertretung der Aktiengesellschaft liegt bei Prozessen gegen ehemalige Vorstandsmitglieder nicht bei ihrem Vorstand, sondern ihrem Aufsichtsrat (vgl. Senatsurteil vom 22. 4. 1991 — II ZR 151/90, WM 1991, 941 = ZIP 1991,