Professor Dr. Peter Krebs

Gutachten:

A. Ansprüche der Sparkasse S gegen A

I. Anspruch der S gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB

Der Sparkasse S könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, § 241 Abs. 2 BGB zustehen.

[Hinweis: So lange die Insolvenzquote noch nicht gezahlt wurde, wird auf die volle Summe Zug um Zug gegen Abtretung des Quotenanspruchs geklagt.]

Dies setzt voraus, dass zwischen der Sparkasse S und A ein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 BGB vorliegt.

Zunächst ist festzuhalten, dass lediglich zwischen der A-GmbH und der Sparkasse S eine vertragliche Beziehung i.S.d. § 311 Abs. 1 BGB in Form eines Darlehensvertrages gemäß § 488 Abs. 1 BGB vorlag.
Auch die Stundung - verstanden als das Hinausschieben der Fälligkeit einer Forderung bei Bestehenbleiben der Erfüllbarkeit (BGH NJW 1998, 2060 [2061]; Palandt – *Heinrichs*, BGB, § 271 Rn. 12) - nach § 311 Abs. 1 BGB wirkte unmittelbar nur zwischen S und der A-GmbH.

Nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB kann ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB jedoch auch zu Personen bestehen, die selbst nicht Vertragspartei werden sollen.
Fraglich ist, ob vorliegend zwischen A und der Sparkasse S ein solches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 BGB begründet worden ist.

1. Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB aufgrund *Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens*

Gemäß § 311 Abs. 3 S. 2 BGB entsteht ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und *dadurch* die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

Vorliegend waren das Vorstandsmitglied der örtlichen Sparkasse B und A befreundet. Ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien lag zum Zeitpunkt der Stundungsabrede mithin vor.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Stundung durch die Sparkasse S, vertreten durch B, „mit Rücksicht auf diese Freundschaft“ erfolgte, ist auch eine Kausalität zwischen Vertrauensverhältnis und Vertragsverhandlung gegeben.

Allerdings darf nicht jedes verwandtschaftliche oder freundschaftliche Vertrauensverhältnis zu erhöhten Pflichten führen. Wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB ergibt, muss der Dritte über die Inanspruchnahme von Vertrauen hinaus die Vertragsverhandlungen hierdurch beeinflussen. Ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB zwischen dem Geschäftsführer einer GmbH und der geschädigten Partei kommt daher nur in Betracht, wenn der Geschäftsführer nicht nur in seiner Funktion als Geschäftsführer auftritt, sondern vielmehr als Person agiert (Bsp.: „Sie können sich doch auf mich verlassen.“ „Wir kennen uns doch schon seit langem“ etc. (nach: *Lutter* DB 1994, 129 [133])).

Bei den Verhandlungen zwischen B und A hinsichtlich der Stundung des ungesicherten Darlehens hat A nicht ausdrücklich an die Freundschaft zwischen ihm und B appelliert. Zwar glitten die Gespräche zwischen A und B im Rahmen der Verhandlungen immer wieder ins Private; zu beachten ist allerdings, dass auch der große Optimismus des A hinsichtlich eines Großauftrages, den dieser für die A-GmbH akquirieren wollte, für die Stundung der Forderung ursächlich war. Bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung wird man daher davon ausgehen können, dass die Vertragsverhandlungen zwischen A und B geprägt waren von sachlichen Auseinandersetzungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens.

Dass die Stundung dennoch mit Rücksicht auf die Freundschaft zwischen A und B erfolgte, vermag an dem Ergebnis nichts zu ändern, dass eine *bewusste* diesbezügliche Beeinflussung durch A nicht stattgefunden hat (a.A. sehr gut vertretbar).

Folglich ist zwischen der Sparkasse S und A ein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB nicht entstanden.

2. Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB aufgrund *besonderem persönlichen Eigeninteresse*

Fraglich ist, ob zwischen A und der Sparkasse S ein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 3 S. 1 BGB vorlag.

Ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB entsteht u.a. dann, wenn der Dritte, wirtschaftlich betrachtet, *gleichsam in eigener Sache* tätig wird (Palandt – *Heinrichs*, BGB, § 311 Rn. 61). Er muss als Quasi-Partner, als wirtschaftlicher Herr des Geschäfts oder eigentlicher Interessenträger anzusehen sein (Fallgruppe des sog. *„procurator in rem suam“)* (BGHZ 56, 81 [84]; BGH NJW 1986, 586 [587]; NJW – RR 1991, 1241 [1242]). Die Voraussetzungen im Einzelnen sind streitig.

a) Eigeninteresse aufgrund Gesellschafterstellung

A war nicht nur Geschäftsführer der A-GmbH sondern auch deren alleiniger Gesellschafter.

Es stellt sich die Frage, ob allein eine maßgebliche oder beherrschende Beteiligung des Geschäftsführers an einer GmbH eine Außenhaftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 1 BGB begründen kann.

Ist ein Geschäftsführer zugleich Gesellschafter, so kommt ihm der Nutzen der Gesellschaft aus dem angestrebten Geschäft über seine Gesellschafterstellung auch persönlich zugute.

Insofern hat der BGH in seiner *älteren Rechtsprechung* die maßgebliche Beteiligung des Vertreters an der Gesellschaft für sich allein auch als ausreichend angesehen, um eine Haftung wegen unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresses zu begründen (BGHZ 87, 27 [33]). Demnach wäre hier ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB zwischen A und der Sparkasse S zustande gekommen.

Gegen diese Rechtsprechung ist jedoch einzuwenden, dass sie sich in einen Wertungswiderspruch zu § 13 Abs. 2 GmbHG setzt, wonach eine persönliche Haftung des GmbH – Geschäftsführers für die Verbindlichkeit der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Würde die Gesellschafterstellung für sich allein betrachtet ausreichen, um eine Haftung zu begründen, wäre § 13 Abs. 2 GmbHG insoweit obsolet. Es würde damit eine Durchgriffshaftung ohne Vorliegen der tatbestandlichen Durchgriffsvoraussetzungen begründet

(etwa § 826 BGB). (*Rehbinder* FS Robert Fischer, 579 [599]; *Lutter* DB 1994, 129 [133]; *Medicus* GmbHR 1993, 533 [535]).
Seit dem *Urteil vom 23. Oktober 1985 (BGH ZIP 1986, 26 [29])* vertritt nunmehr auch der BGH die Auffassung, dass die maßgebliche Beteiligung des Vertreters an der Gesellschaft für sich allein nicht ausreichend ist, um eine Haftung wegen unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresses zu begründen (vgl. auch BGH ZIP 1988, 1543 [1544]; BGHZ 126, 181 [184]).
Folglich reicht hier die Stellung des A als Alleingesellschafter der A-GmbH nicht aus, um ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB zwischen ihm und der Sparkasse S zu begründen.

b) Eigeninteresse aufgrund zusätzlicher Voraussetzungen (mittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse)
Der BGH fordert *zusätzliche Voraussetzungen*, die die Annahme rechtfertigen können, der Vertreter habe „gleichsam in eigener Sache“ gehandelt (BGHZ 126, 181 [184]).
Laut Sachverhalt dachte A bei den Vertragsverhandlungen mit B auch daran, dass nur die Stundung durch S der A-GmbH die Rückzahlung eines von ihm gewährten Darlehens an die A-GmbH in Höhe von 100.000,-- € ermöglicht würde. Mithin hatte er an der Stundungsabrede durch S überdies zwar kein unmittelbares aber ein mittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse.

Fraglich ist, ob dieses mittelbare wirtschaftliche Interesse des A als Alleingesellschafter der A-GmbH die Annahme rechtfertigt, er habe „gleichsam in eigener Sache gehandelt“.

In der älteren Rechtsprechung ließ man dies ausreichen (vgl. BGH NJW 1986, 586, 587). Die neue Rechtsprechung lehnt dies ab (BGHZ 126, 181 [187] - nach Anfrage bei den anderen Senaten des Bundesgerichtshofes im Rahmen einer geplanten Vorlage zum Großen Senat des Bundesgerichtshofes).

Solange die Gesellschaft wirtschaftlich gesund ist, ist die Gefahr, dass das zusätzliche für deren Zwecke eingesetzte Privatvermögen verloren geht, nicht vorhanden. Gerät die Gesellschaft in die Krise, dann werden derartige Gesellschafterleistungen, wenn sie nicht rechtzeitig abgezogen werden, den Kapitalersatzregeln (§§ 32a, 32b GmbHG) unterworfen. Sie sind dann in gleicher Weise wie die übernommenen Stammeinlagen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger bestimmt. Derartige zusätzliche Gesellschafter-

leistungen werden in der Krise der Gesellschaft der gezeichneten Einlagen gleichgestellt. Vermag diese selbst die Haftung mit dem sonstigen Privatvermögen nicht zu begründen, so kann ihr Ersatz, nämlich die Unterstützung der Gesellschaft durch sonstige Mittel des Gesellschafters, keine weitergehende Wirkung haben (BGHZ 126, 181 [187]; *Lutter* DB 1994, 129 [133]).

Mithin vermag auch hier das mittelbare wirtschaftliche Eigeninteresse des Gesellschafter -Geschäftsführers A an der Stundung durch die Sparkasse S die Annahme nicht zu rechtfertigen, er habe bei den Vertragsverhandlungen gleichsam in eigener Sache gehandelt.

Folglich lag zwischen den Parteien S und A kein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 3 S. 1 BGB vor.

Ergebnis: Mangels eines wirksamen Schuldverhältnisses zwischen den Parteien steht der Sparkasse S gegen A kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20% nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB zu.

[Hinweis: Auch hier ist ein anderes Ergebnis vertretbar.]

II. Anspruch der S gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach § 823 Abs. 1 BGB

Der Sparkasse S könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20% nach § 823 Abs. 1 BGB zustehen.

Dies setzt voraus, dass A eine deliktische Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB verwirklicht hat. Demnach müsste A ein Recht oder Rechtsgut der Sparkasse S verletzt haben.
Ein Rechtsgut i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB (Leben, Gesundheit, Körper, Freiheit) der Sparkasse S hat A nicht verletzt. Auch eine Eigentumsverletzung ist hier nicht ersichtlich.
Fraglich ist, ob A ein sonstiges Recht (i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB) der Sparkasse S verletzt hat.
Vorliegend könnte der Sparkasse S durch die Stundung des Darlehens in Verbindung mit der darauf folgenden Insolvenz der A-GmbH ein Vermögensschaden entstanden sein.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Vermögen als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB zu klassifizieren ist.

Der Begriff des „sonstigen Rechts“ nach § 823 Abs. 1 BGB erfasst Rechte, die - vergleichbar den in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Persönlichkeitsgütern und dem Eigentum (§ 903 BGB) – durch Zuweisungsgehalt und Ausschlussfunktion geprägt sind (Palandt – *Thomas,* BGB, § 823 Rn. 11). In den Anwendungsbereich des § 823 Abs.1 BGB fallen demnach nur absolute Rechte, d.h. solche, die gegenüber jedermann wirken.

Dem Vermögen einer Person kommt als solches keine Ausschlussfunktion zu. Mangels Ausschlussfunktion handelt es sich beim Vermögen auch nicht um ein absolutes Recht.

Folglich gehört das Vermögen nicht zu den „sonstigen Rechten“ nach § 823 Abs. 1 BGB.

Ergebnis: Der Sparkasse S steht gegen A daher kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach § 823 Abs. 1 BGB zu.

[Hinweis: Der Vollständigkeit halber sei hier kurz auf einen möglichen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB eingegangen. Es handelt sich, da der Sachverhalt § 263 StGB nicht wiedergibt, um einen Exkurs, der in der Klausur entbehrlich war.

Die Sparkasse S könnte gegen A einen Anspruch auf Schadenersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB haben.

1. Vorliegen eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB

§ 263 Abs. 1 StGB ist ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (BGHZ 57, 137 [143]; Palandt – Thomas, BGB, § 823 Rn. 149). Damit ist hier der Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB eröffnet.

2. Verstoß gegen das Schutzgesetz

Fraglich ist daher, ob A bei den Vertragsverhandlungen mit B den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht hat.

Gemäß § 263 Abs. 1 StGB müsste A den B über Tatsachen getäuscht haben, so dass dieser einem Irrtum unterlag. Bedingt durch diesen Irrtum müsste B als Vorstandmitglied der S und somit auch als Vertreter der vermeintlich geschädigten Partei eine Vermögensverfügung getätigt haben, welche zu einem Schaden der S geführt haben müsste.

Durch das Verschweigen der Risiken hinsichtlich des Großauftrages könnte A das Vorstandsmitglied der Sparkasse B über die finanziellen Aussichten und somit über die Zukunftsfähigkeit des Unternehmens getäuscht haben.

Eine solche Täuschung durch Unterlassen erfüllt den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB jedoch nur insoweit, als eine Aufklärungspflicht (aufgrund einer entsprechenden Garantenstellung) besteht. Ob A eine Pflicht traf, der Sparkasse sämtliche Risiken hinsichtlich des Großauftrages darzulegen, ist hier zweifelhaft.

Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn A den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB mangels Vorsatz nicht erfüllt hat.
Vorsatz ist zu verstehen als Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller Tatbestandsmerkmale. Hier unterließ A die umfassende Aufklärung des B lediglich aus Vergessenheit. Ihm war folglich gar nicht bewusst, dass er seine vermeintlich bestehende Aufklärungspflicht verletzt. Mithin hatte er auch keine Tatumstandskenntnis, so dass eine vorsätzliche Begehung durch A hier ausscheidet.
Mangels Vorsatz hat A den Tatbestand des § 263 Abs. 1 BGB nicht erfüllt.
Ergebnis: Daher hat die Sparkasse S gegen A auch keinen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB.]

III. Anspruch der S gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach § 826 BGB

Der Sparkasse S könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach § 826 BGB zustehen.

Dazu müsste A der Sparkasse S in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt haben.

1. Schaden i.S.v. § 826 BGB

[Hinweis: Wer sofort mit dem Vorsatz anfängt, könnte die Prüfung hier abkürzen.]

Zunächst müsste der Sparkasse S ein Schaden i.S.d. § 826 BGB entstanden sein.
Unter den Schadensbegriff des § 826 BGB fallen auch Vermögensschäden (MK - *Mertens*, BGB, § 826 Rn. 71). Durch die Stundung der Darlehensforderung und die darauf folgende Insolvenz der A-GmbH ist der Sparkasse S ein Schaden i.S.d. § 826 BGB i.H.v. 240.000,-- € entstanden.

2. Verstoß gegen die guten Sitten

Fraglich ist, ob dieser Vermögensschaden der S durch A in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise verursacht worden ist. Zweifelhaft ist dabei insbesondere, ob die Nichtaufklärung durch A als eine Handlungsweise anzusehen ist, welche gegen die guten Sitten verstößt.

Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, soweit A nicht vorsätzlich gehandelt hat.
Abweichend von § 823 BGB bezieht sich das Verschulden in § 826 BGB auf den Schaden (Hk-BGB – *Staudinger,* § 826 Rn. 9). Dabei genügt es, dass der vermeintlich

Ersatzpflichtige den Schadenseintritt als möglich voraussieht und diese Folge billigend in Kauf nimmt.
In den Vertragsverhandlungen zwischen A und B, die letztlich in die Stundungsabrede mündeten, sind keinerlei Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass es A ersichtlich auf eine Schädigung der Sparkasse S ankam. Vielmehr äußerte sich A optimistisch, dass er einen Großauftrag für die A-GmbH akquirieren werde. Die Aufklärung des B hinsichtlich der Risiken, die letztlich das geplante Geschäft scheitern ließen, unterließ er laut Sachverhalt lediglich aus „Vergesslichkeit“. Folglich sah er den Schadenseintritt auch nicht als möglich voraus.
Mithin handelte A bezüglich der Schadensfolgen auch nicht vorsätzlich.

Ergebnis: Folglich steht der Sparkasse S gegen A auch kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300.000,-- € abzüglich der Insolvenzquote von 20 % nach § 826 BGB zu.

B. Ansprüche des C gegen A

I. Ansprüche des C gegen A wegen Weiterveräußerung der Maschine

1. Anspruch des C gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

C könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen.

Dies setzt voraus, dass hier eine unerlaubte Handlung eines Verrichtungsgehilfen nach den §§ 823 ff. BGB vorliegt.
Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn in dessen Interessen tätig und von dessen Weisungen abhängig ist. Vorliegend wurde durch ein Versehen eines Mitarbeiters der A-GmbH statt einer alten Maschine die von C gelieferte Maschine an D weiterveräußert. Der Mitarbeiter der A-GmbH ist Verrichtungsgehilfe i.S.d. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB.

Ob durch das konkrete Verhalten dieses Verrichtungsgehilfen der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt worden ist (*in Betracht käme § 823 Abs. 1 BGB*), kann hier jedoch dahingestellt bleiben, wenn A nicht als *Geschäftsherr* dieses Mitarbeiters anzuse-

hen ist. Es stellt sich die Frage, ob eine Zurechnung des deliktischen Verhaltens von Mitarbeitern nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB auch gegenüber Geschäftführern vorzunehmen ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH scheidet eine Anwendung des § 831 Abs. 1 BGB auf den Geschäftsführer von vornherein aus, weil Geschäftsherr der Bediensteten einer GmbH diese selbst und nicht der Geschäftsführer ist (BGH NJW 1974, 1371; BGHZ 125, 366 [375]; 109, 297 [304]).
Folglich ist A als Geschäftsführer der A-GmbH nicht als Geschäftsherr des Mitarbeiters anzusehen.

Ergebnis: Mithin steht C gegen A auch kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

2. Anspruch des C gegen A auf Schadenersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 831 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob C gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 831 Abs. 2 BGB zusteht.

Gemäß § 831 Abs. 2 BGB haftet neben dem Geschäftsherrn, wer dessen Auswahl- und Überwachungspflichten *vertraglich* übernommen hat (Hk-BGB – *Staudinger,* § 831 Rn. 15). Die vertragliche Übernahme könnte hier allein in der Geschäftsführerbestellung liegen. Die einvernehmliche Bestellung zum Geschäftsführer beinhaltet auch – vgl. § 43 Abs. 1 GmbHG – die Verpflichtung zur Auswahl und Überwachung aller Mitarbeiter der GmbH. Damit ist der Wortlaut des § 831 Abs. 2 BGB erfüllt (so auch *Krebs/Dylla-Krebs* DB 1990, 1271].

Dennoch hat der BGH (BGH NJW 1974, 1371 [1372]; BGH DB 1990, 268] unter überwiegender Zustimmung der Lehre (vgl. MüKo – *Mertens,* BGB, § 831 Rn. 64) eine Haftung des Geschäftsführers nach § 831 Abs. 2 BGB abgelehnt. Als Begründung führt der BGH an, dass die organschaftliche Geschäftsführerpflicht des § 43 Abs. 1 GmbHG sich nur auf die Gesellschaft beziehe (BGH NJW 1974, 1371 [1372]).
Folglich käme hier eine Haftung des A nach § 831 Abs. 2 BGB nicht in Betracht.

Zwar betrifft § 43 GmbHG lediglich das Innenverhältnis zwischen GmbH und Geschäftsführer, doch ist dem Gesetz nicht entnehmbar, dass der Vertrag i.S.d. § 831 Abs. 2 BGB gerade dem Schutz Außenstehender dienen muss (*Krebs/Dylla-Krebs* DB 1990, 1271). Insofern vermag die Argumentation des BGH nicht zu überzeugen.

§ 831 Abs. 2 BGB wäre dennoch auf den Geschäftsführer einer GmbH nicht anwendbar, wenn er aus anderen Gründen *teleologisch reduziert* werden müsste.

§ 831 Abs. 1 BGB hat den Zweck, der Gefährdung durch eingeschaltete Personen Rechnung zu tragen (*Krebs/Dylla-Krebs* DB 1990, 1271 [1272]). Soweit die eingeschalteten Personen Verrichtungsgehilfen des Geschäftsherrn sind, erfüllt § 831 Abs. 1 BGB diesen Zweck. Ist die eingeschaltete Person dagegen nicht Verrichtungsgehilfe, sondern „Substitut“, so würden ohne § 831 Abs. 2 BGB die von ihr eingesetzten weiteren Verrichtungsgehilfen niemandem zugerechnet. § 831 Abs. 2 BGB schließt diese Schutzlücke, indem er denjenigen, der durch Vertrag Pflichten vom Geschäftsherrn übernimmt, einem Geschäftsherrn gleichstellt. Für diejenigen, die Organe oder Verrichtungsgehilfen des primären Geschäftsherrn sind, bedarf es einer solchen Gleichstellung mit dem Geschäftsherrn nicht, da für ihre weiteren Verrichtungsgehilfen bereits der primäre Geschäftsherr gemäß § 831 Abs. 1 BGB haftet.
Entgegen der herrschenden Lehre und wohl auch der Rechtsprechung (BGH VersR 1960, 371 [372]) deckt der Telos des § 831 Abs. 2 BGB daher nicht seine Anwendung auf Organe und Verrichtungsgehilfen des Geschäftsherrn, so dass § 831 Abs. 2 BGB entsprechend zu reduzieren ist (*Krebs/Dylla-Krebs* DB 1990, 1271 [1272]).
Mithin lässt auch hiernach die Organstellung des A diesen nicht in die Pflichtenstellung des § 831 Abs. 2 BGB einrücken.

[Hinweis: Die Einfügung der teleologischen Reduktion dient Übungszwecken. Für die Klausur ist es nur wichtig zu wissen, dass § 831 Abs.2 BGB nach seinem Zweck hier nicht passt.]

Ergebnis: Auch nach § 831 Abs. 2 BGB steht C gegen A kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € zu.

3. Anspruch des C gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 823 Abs. 1 BGB

C könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 823 Abs. 1 BGB haben.

Dies setzt zunächst voraus, dass A eine deliktische Handlung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB verwirklicht hat.

a) Rechtsgutsverletzung eines anderen

Zunächst müsste ein in § 823 Abs. 1 BGB enumerativ aufgeführtes Rechtsgut bzw. Recht des C verletzt worden sein.
In Betracht kommt hier eine Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB.

Durch ein Versehen wurde eine von C an die A-GmbH gelieferte Maschine an D weiterveräußert.

Fraglich ist, ob C zu diesem Zeitpunkt noch Eigentümer der betreffenden Maschine war.
Ursprünglich war C Eigentümer der Maschine.
Dieses Eigentum könnte er jedoch durch die Lieferung nach § 929 S. 1 BGB wirksam auf die A-GmbH übertragen haben.
Dies setzt voraus, dass die betreffenden Parteien sich über den Eigentumsübergang i.S.d. § 929 S. 1 BGB geeinigt haben.
Die Einigung nach § 929 S. 1 BGB ist ein dinglicher Vertrag, welcher die Übertragung von Eigentum zum Inhalt hat. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass sich die Parteien hier über den Eigentumsübergang geeinigt haben.
Fraglich ist jedoch, ob diese Einigung wirksam ist.
Zweifel diesbezüglich könnten sich vorliegend daraus ergeben, dass zwischen den Parteien C und der A-GmbH ein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden ist. Nach § 449 Abs. 1 BGB ist im Zweifel davon auszugehen, dass in einer solchen Konstellation die Eigentumsübertragung unter der Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung steht. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt stand die dingliche Einigung zwischen C und der A-GmbH folglich nach § 158 Abs. 1 BGB unter der Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung. Diese Bedingung war zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung noch nicht eingetreten. Mithin war auch die dingliche Einigung zwischen C und der A-

GmbH noch nicht wirksam. Mangels wirksamer dinglicher Einigung ist das Eigentum über die Maschine nicht an die A-GmbH übergegangen.
Die Maschine stand zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung mithin im Eigentum des C.

[Hinweis: Die Prüfung der Eigentumsübertragung nach § 929 S. 1 BGB bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist hier lediglich aus didaktischen Gründen ausführlicher dargestellt. Die Frage, ob C zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung noch Eigentümer der betreffenden Maschine war, kann im Rahmen der Fallbearbeitung kürzer dargestellt werden, denn hier ist ersichtlich kein Fallschwerpunkt angesiedelt.]

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist überdies davon auszugehen, dass durch die Weiterveräußerung eine Eigentumsübertragung an D nach §§ 929 S. 1, 932 BGB stattgefunden hat. Folglich hat C das Eigentum an der Maschine verloren.
Eine Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB liegt hier mithin vor.

b) Adäquat kausal und zurechenbar verursacht durch das Verhalten des A
Diese Eigentumsverletzung müsste durch ein Verhalten des A adäquat kausal und zurechenbar verursacht worden sein.

aa) Kein aktives Tun
Hätte A aktiv gehandelt, so läge wegen der bei einer Eigentumsverletzung zu vermutenden Rechtswidrigkeit mangels Rechtsfertigung grundsätzliche eine Pflichtverletzung vor. A hat jedoch nicht aktiv gehandelt, sondern ist lediglich grob fahrlässig seiner internen Pflicht zur Beaufsichtigung der Mitarbeiter nicht nachgekommen.

bb) Deliktische Geschäftsführerhaftung bei Unterlassung
Als relevantes Verhalten i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB kommt jedoch auch ein *Unterlassen oder eine mittelbar schädigende Handlung* in Betracht (*Medicus*, BR, Rn. 645 f.).

Vorliegend hatte A seine Überwachungsaufgaben vernachlässigt. Bei Organisations- bzw. Kontrollversäumnissen ist dem Geschäftsführer einer Gesellschaft die Rechtsgutsverletzung jedoch nur insoweit zuzurechnen, als der untätig gebliebene Geschäftsführer eine Rechtspflicht zum Handeln (Verkehrssicherungspflicht) verletzt und infolgedessen den schädigenden Erfolg verursacht hat (*Gross* ZGR 1998, 551 [563]).

Die deliktische *Geschäftsführerhaftung bei einem Unterlassen* ist „hoch“ streitig.

[Hinweis: Man kann versuchen das Problem der deliktischen Geschäftsführerhaftung bei Unterlassen, dogmatisch zu lösen (vgl. dazu Krebs/Dylla-Krebs DB 1990, 1271 ff.).
Im Rahmen des Studienganges Wirtschaftsrechts ist demgegenüber lediglich zu verlangen, dass die wesentlichen Lösungsansätze bekannt sind und die Bearbeiter zu einer stimmigen argumentativ begründeten Entscheidung kommen.]

(1) Meinungsstand

Ein Senat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 109, 297 ff. Baustofffall) ist der Auffassung, dass ein Geschäftsführer, dessen *interne Aufgabe es ist, die Verletzung des Eigentums Dritter zu verhindern*, bei einer Pflichtverletzung durch Unterlassen bezüglich dieser internen Pflicht nach außen haften müsste. Dem folgt auch ein erheblicher Teil der Lehre (Meinung 1).
A, der als einziger Geschäftsführer intern automatisch auch dafür zuständig ist, dass das Eigentum Dritter nicht verletzt wird, hätte nach dieser Ansicht mit der Verletzung seiner internen Pflicht zugleich eine Pflichtverletzung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB begangen und müsste haften.

Der für das Wettbewerbsrecht zuständige 1. Senat des Bundesgerichtshofs bejaht eine deliktische Pflichtverletzung eines Geschäftsführers gegenüber Außenstehenden bei fehlender aktiver Schädigung erst bei *Kenntnis und der Möglichkeit des Einschreitens* (Meinung 2).
A hatte hier keine Kenntnis, weshalb er nach dieser Ansicht keine Pflichtverletzung begangen hätte.

Eine andere Meinung zieht die einzige gesetzliche Regelung zur Geschäftsführerhaftung für Unterlassen heran. Dies ist § 69 AO (Abgabenordnung), der *grobe Fahrlässigkeit* als ausreichend ansieht, auch wenn der Geschäftsführer die Pflichtverletzung selbst nicht erkannte (Meinung 3).
Nach dieser dritten Ansicht müsste A wegen grob fahrlässigem Unterlassen haften.

Nach einer weiteren Auffassung ist - wie bei Meinung 2 - zwar *grundsätzlich Kenntnis und die Möglichkeit des Einschreitens* erforderlich. Bei Rechtsgütern, deren Verletzung in jedem Falle verhindert werden müsse (Körper, Gesundheit), reiche dies wegen des erhöhten Präventionsbedürfnisses jedoch nicht aus. Hier müsse auch ein *fahrlässiges* Unterlassen zur Haftung führen (Meinung 4).

Hier wurde lediglich das Eigentum des C verletzt. Hierfür besteht kein erhöhter Präventionsbedarf. Daher müsste diese Ansicht die Pflichtverletzung und damit auch die Haftung ablehnen.

Schließlich wird vertreten, dass jedenfalls bei einem *besonderen Vertrauen* des Geschädigten in den Geschäftsführer bzw. in die Gesellschaft eine Haftung für fahrlässiges Unterlassen geboten erscheint (Meinung 5).
Dieser Ansatz ist in seiner Anwendung unsicher. Versteht man das Vertrauen eng i.S.d. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB oder verlangt man wenigsten eine treuhänderische Stellung der Gesellschaft gegenüber dem Geschädigten (gegeben z.B. bei einem verlängerten Eigentumsvorbehalt), so läge hier mangels Vertrauensverhältnis keine haftungsbegründende Pflichtverletzung vor. Verstände man die Voraussetzung des Vertrauensverhältnisses jedoch sehr weit, und zwar in dem Sinne, dass in allen vertraglichen Verhältnissen zu einer GmbH ein solches Vertrauensverhältnis besteht, so wäre hier aufgrund eines Vertrauensverhältnisses eine Pflichtverletzung zu bejahen.

(2) Streitentscheid

(a) Entscheidungsrelevanz

Meinung 1, 3 und je nach Auslegung auch Meinung 5 kommen zu einer Pflichtverletzung des A. Meinung 2, 4 und bei strengerer Auslegung auch Meinung 5 müssten hingegen die Haftung ablehnen. Damit ist der Meinungsstreit entscheidungserheblich.

(b) Abwägung

Der Gesetzgeber hat das Problem der deliktischen Geschäftsführerhaftung für Unterlassen an keiner Stelle ausdrücklich und wohl mangels genereller Bejahung einer deliktischen Haftung für Unterlassen auch nicht konkludent gelöst. Das Gesetz ist daher insoweit unvollständig. Im Wege der Rechtsfortbildung extra legem bzw. (bei § 69 AO) der Analogie ist die Gesetzeslücke zu füllen.

Für eine Haftung lässt sich das *Schutzbedürfnis* der Geschädigten, insbesondere in der Insolvenz der GmbH, anführen. (Ein Großteil der Eigentumsverletzungen geschieht kurz vor der Insolvenz.) In der Insolvenz ist die Haftung der GmbH wirtschaftlich wertlos. Die Haftung des tatsächlich agierenden Mitarbeiters scheitert häufig daran, dass sich nicht feststellen lässt, wer gehandelt hat oder aber daran, dass der handelnde Mitarbeiter selbst ohne Verschulden gehandelt hat oder aber daran, dass dieser Mitarbeiter vermö-

genslos ist. Als Problem wird es auch angesehen, dass zwar der Geschäftsführer tatsächlich häufig handle, dieses sich aber nur schwer nachweisen lasse. (vgl. die Konstellation BGHZ 109, 297 ff. - Baustofffall)

Gegen eine Analogie zu § 69 AO lässt sich anführen, dass es in der Abgabenordnung um ein *besonderes Präventionsbedürfnis* des Staates geht, der Staat dort die Erfüllung der steuerlichen Pflichten unbedingt durch persönliche Haftung durchsetzen will. Bei den sonstigen Pflichten besteht kein vergleichbares Präventionsbedürfnis.
Da es sich im Bereich der Abgabenordnung um einen überschaubaren Bereich von Pflichten handelt, der den Geschäftsführer insgesamt nicht überfordert, ist die Haftung dort auch eher zumutbar.
Generell lässt sich gegen eine weite Haftung und schnelle Bejahung einer Pflichtverletzung anführen, dass eine Geschäftsführerhaftung *nicht so belastend* sein darf, dass sie die allgemeine Handlungsfreiheit übermäßig einschränkt. Zum Schutz der wirtschaftlichen Betätigung bedarf es einer Zurückhaltung bei Haftungen. Ein Geschäftsführer wird die Mitarbeiter immer wieder nicht perfekt überwachen. Dies generell ausreichen zu lassen, würde eine unzumutbare Einschränkung der Handlungsfreiheit des Geschäftsführers bedeuten. Wer sich mit einer GmbH einlässt, weiß, dass die Haftung der GmbH selbst von ihrer Solvenz abhängt. Manipulationsmöglichkeiten des Geschäftsführers können mit Beweiserleichterung und mit Sonderregeln für den Fall, dass der Geschäftsführer planmäßig versucht, keine Kenntnis zu erlangen, erreicht werden (zu Letzterem vor allen Dingen die OLG-Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht). Ein vertragliches Verhältnis zwischen Geschädigten und GmbH ist grundsätzlich nicht geeignet, ein besonderes Vertrauen in die persönliche Haftung des Geschäftsführers zu erwecken. Etwas Anderes gilt allenfalls bei einer quasi treuhänderischen Stellung der GmbH und vor allem, wenn der Geschäftsführer selbst in eine Vertrauensstellung, wie die des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB geschlüpft ist. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor, weshalb die Haftung in diesen Fällen nicht entschieden werden muss. Damit seht zumindest fest, dass die Meinungen 1, 3 und 5 in der Variante, die die Pflichtverletzung bejahen würde, hier abzulehnen sind (a.A. sehr gut vertretbar).
Mangels Pflichtverletzung haftet A nicht aus § 823 Abs. 1 BGB (a.A. sehr gut vertretbar).

Ergebnis: C steht gegen A kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 50.000,-- € nach § 823 Abs. 1 BGB zu (a.A. sehr gut vertretbar).

II. Ansprüche des C gegen A aufgrund der verspäteten Insolvenzanmeldung

1. Anspruch des C gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB

[Hinweis: Sie sollten an dieser Stelle unbedingt zwischen dem Schadensposten des C als „Altgläubiger" und dem Schadensposten des C als „Neugläubiger" unterscheiden.]

C könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB zustehen.

Fraglich ist, ob hier zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB entstanden ist.

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 A-GmbH, einzustehen hat.
Von einem besonderen persönlichen Vertrauen i.S.v. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB lässt sich nur dann sprechen, wenn der Vertreter beim Verhandlungspartner ein zusätzliches, von ihm selbst ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen hervorgerufen hat (vgl. zum alten Recht BGH ZIP 1991, 1140 [1142 f.]). 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 (BGHZ 126, 181 [189]). Dass im vorliegenden Fall A mehr getan hat, ist nicht ersichtlich.

Allerdings bleibt die sorgfaltswidrige Verletzung der Offenbarungspflicht, die sich auf die finanzielle Unfähigkeit der Gesellschaft bezieht, ohne Sanktion, wenn nur die Gesellschaft selbst dafür einzustehen hat (*K. Schmidt* ZIP 1988, 1497 [1503]).
Deshalb wird vorgeschlagen, den Geschäftsführer einer GmbH als deren Repräsentanten immer als „Vertrauensträger" anzusehen, wenn er eine die Solvenz der Gesellschaft betreffende Informationspflicht schuldhaft verletzt (*K. Schmidt* ZIP 1988, 1497 [1503]; *Flume* ZIP 1994, 337 [338]; *Altmeppen* NJW 1999, 673 [680]). Hiernach wäre vorliegend von einem entsprechenden Schuldverhältnis zwischen C und A auszugehen.

Allerdings hätte eine solche „Repräsentantenhaftung“ mit der Haftung des Vertreters wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens nichts mehr zu tun (BGHZ 126, 181 [189]). Sie wäre, da sie im praktischen Ergebnis die Insolvenzreife zur Haftungsvoraussetzung macht und die vorvertragliche Warnpflicht des Geschäftsführers im Wesentlichen mit der Insolvenzantragspflicht gleich laufen lässt, ein im Wege der Rechtsfortbildung geschaffener Haftungstatbestand zum Zweck der Sanktion für Fortführung einer insolvenzreifen GmbH (*Lutter* DB 1994, 129 [135]). Dafür besteht jedoch weder ein Bedürfnis (vgl. unten) noch eine Legitimation (BGHZ 126, 181 [190]).
In diesem Zusammenhang sei des weiteren darauf hingewiesen, dass eine entsprechende Warnpflicht den Geschäftsführer einer GmbH in einen nahezu unauflöslichen Konflikt zu seiner der Gesellschaft gegenüber bestehenden Treupflicht bringt, die eben gerade auch die Verpflichtung zur Verschwiegenheit einschließt (*Rowedder* FS Semler, 311 [315 ff.]).

Daher ist vorliegend auch nicht anzunehmen, dass zwischen A und C ein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB entstanden ist.

Ergebnis: C steht gegen A kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB zu. *(a.A. gut vertretbar)*

2. Anspruch des C gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG

C könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zustehen.

a) Verletzung eines Schutzgesetzes

Die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB setzt die Verletzung eines Schutzgesetzes voraus.

aa) Vorliegen eines Schutzgesetzes

Dazu müsste zunächst ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB vorliegen.
Als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB kommt jede materielle Rechtsnorm in Betracht, die gerade dazu dienen soll, dem Einzelnen Schutz vor Verletzung seiner Rechte, Rechtsgüter oder rechtlich geschützten Interessen zu gewähren (BGHZ 12, 146 [148]; 116, 7 [13]; 122, 1 [3]).

(1) § 64 Abs. 1 GmbHG als Schutzgesetz

Fraglich ist, ob es sich bei § 64 Abs. 1 GmbHG um ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB handelt.

Dies ist streitig.

§ 64 Abs. 1 GmbHG schreibt vor, dass die Geschäftsführer einer Gesellschaft die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen haben, sobald die GmbH zahlungsunfähig wird. Unterlassen sie die rechtzeitige Anmeldung, so können sie nach § 84 Abs. 1 GmbHG zu einer Gefängnis- oder Geldstrafe verurteilt werden.
Mit diesen Bestimmungen – so ließe sich argumentieren – sollen ersichtlich auch die Gläubiger der Gesellschaft geschützt werden, denn gerade sie erleiden durch das Unterlassen oder Verzögern der Anmeldepflicht regelmäßig Schaden (BGHZ 29, 100 [103]). Folglich handele es sich bei § 64 Abs. 1 GmbHG um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (BGHZ 29, 100 [103]; 75, 96 [106]; 100, 19 [21]; 126, 181 [190], 138, 211 [214]; Baumbach/Hueck – *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 82).

Dieser Ansicht könnte man jedoch entgegenhalten, dass bei konsequenter Anwendung dieser Grundsätze die Vorschrift des § 64 Abs. 2 GmbHG überflüssig würde, wenn schon ohnehin die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB einzugreifen hätte (so bereits RG 73, 30 [35]). Insofern sei auch zu beachten, dass die zivilrechtliche Folge der Pflichtverletzung des Geschäftsführers wie in § 43 GmbHG für den Fall des Verstoßes gegen §§ 41, 42 GmbHG in § 64 Abs. 2 GmbHG geregelt ist. Systematisch gehöre die Pflicht des Geschäftsführers zur rechtszeitigen Insolvenzanmeldung und die Haftungsfolge bei Pflichtverletzung somit zu der allgemeinen Pflichten- und Haftungsbestimmung des § 43 GmbHG (*Altmeppen* NJW 1999, 673 [679]).
Deshalb sei § 64 GmbHG ebenso wie § 43 GmbHG kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (so wohl nur noch: *Altmeppen* NJW 1999, 673 [679]).

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass § 64 Abs. 2 GmbHG lediglich bestimmt, welche Folgen sich bei einer verspäteten Insolvenzanmeldepflicht im Verhältnis der Geschäftsführer zur Gesellschaft ergeben. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass damit die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer für ihre Pflichtverletzung erschöpfend behandelt und den Gesellschaftsgläubigern ein eigener Schutz versagt sei. Ob der Ge-

schäftsführer ihnen gegenüber haftet, ist im GmbH-Gesetz nicht geregelt und daher nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen (BGHZ 29, 100 [102]). Auch führt die vorgenannte Auffassung zu nicht mehr hinnehmbaren Haftungslücken. Schließlich dürfte die Schutzgesetzeigenschaft heute wohl auch Gewohnheitsrecht sein.
Daher ist hier davon auszugehen, dass § 64 Abs. 1 GmbHG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellt.

[Hinweis: Dass § 64 Abs. 1 GmbHG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellt, ist absolut herrschende Meinung. Zwar ist die diesbezüglich angeführte Kritik in dogmatischer Hinsicht kaum zu verwerfen, dennoch sollten sie nicht zuletzt aus klausurtaktischen Gesichtspunkten der h.M. folgen.]

(2) Eröffnung des Schutzbereiches im Hinblick auf Gläubiger C

Fraglich ist jedoch, ob vorliegend auch C in den Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG einbezogen ist. Zweifel diesbezüglich könnten sich daraus ergeben, dass die Forderung aus dem Überbrückungsdarlehen des C nicht bereits zu dem Zeitpunkt bestanden hat, zu dem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hätte beantragt werden müssen. C ist mithin als ein sog. Neugläubiger zu klassifizieren.
Diese Tatsache ist hier jedoch irrelevant, da die Verpflichtung der Geschäftsführer, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, auch nach diesem Zeitpunkt solange weiter besteht, als die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Insofern ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, diese fortdauernde Antragspflicht der Geschäftsführer auf Altgläubiger zu beschränken (BGHZ 29, 100 [104]). Mithin ist vorliegend der Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG auch für C eröffnet gewesen.

bb) Verletzung

Weiterhin müsste A durch sein Verhalten die in § 64 Abs. 1 GmbHG normierte Pflicht verletzt haben. Gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG ist der Geschäftsführer verpflichtet, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft Insolvenz anzumelden.
Vorliegend hat A zwei Monate nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der A-GmbH Insolvenz angemeldet. Mithin hat er dadurch die Pflicht des § 64 Abs. 1 GmbHG verletzt.

Folglich hat A ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB verletzt.

b) Rechtswidrigkeit der Schutzgesetzverletzung

Diese Schutzgesetzverletzung durch A war auch rechtswidrig.

c) Verschulden § 823 Abs. 2 S. 2 BGB

Weiterhin müsste A auch schuldhaft gehandelt haben.

[Hinweis: Bezugspunkt des Verschuldens ist allein der Verstoß gegen das Schutzgesetz (h.M. – etwa Hk-BGB – Staudinger, § 823 Rn. 153; a.A. MüKo – Mertens, BGB, § 823 Rn. 50, 187). Erfordert das Schutzgesetz selbst Verschulden, dann muss dies nach den Regeln des Schutzgesetzes vorliegen. In jedem Fall muss zivilrechtliches Verschulden vorliegen (h.M. MüKo – Mertens, BGB, § 823 Rn. 113). Verlangt das Schutzgesetz selbst kein Verschulden, so wird bei objektiver Verletzung des Schutzgesetzes das Verschulden vermutet (BGH NJW 1985, 1774 [1775]).

Umstritten ist im Hinblick auf die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG, ob der Beginn der Frist nach § 64 Abs. 1 GmbHG die positive Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung voraussetzt (so Baumbach/Hueck – *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 87).

Nach h.M. beginnt die Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG in dem Zeitpunkt, in dem ein ordentlicher Geschäftsführer unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung hätte erkennen müssen (BGHZ 126, 181; Roth/Altmeppen – *Altmeppen*, GmbHG, § 64 Rn. 5).

Angesicht der Zeitspanne von zwei Monaten seit Beginn der Zahlungsunfähigkeit wird man nicht davon ausgehen können, dass A die Tatsache der Zahlungsunfähigkeit nicht erkannt hat, so dass dieser Meinungsstreit vorliegend dahingestellt bleiben kann.

Folglich handelte A im Bezug auf den Verstoß gegen § 64 Abs. 1 GmbHG vorsätzlich und damit schuldhaft.

d) Rechtsfolge

Gemäß § 832 Abs. 2 BGB ist der Anspruchsgegner verpflichtet, den durch die Schutzgesetzverletzung zurechenbar verursachten Schaden zu ersetzten.

Streitig ist, worin dieser Schaden bei Neugläubigern besteht.

Man könnte der Auffassung sein, dass der Zweck des § 64 GmbHG in der Sicherung des Insolvenzverfahrens besteht (Baumbach/Hueck – *Schulze-Osterloh,* GmbHG, § 64 Rn. 84). Diese Sicherung, so wird argumentiert, geschehe mit § 64 Abs. 2 GmbHG, indem durch diese Vorschrift der Grundsatz der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger

durchgesetzt wird. Dem Schutzgesetz des § 64 Abs. 1 GmbHG komme dabei lediglich die Aufgabe zu, Schmälerungen der Insolvenzmasse während der Insolvenzreife auszugleichen. § 64 GmbHG begründe daher nicht Ansprüche zugunsten der Gläubiger, sondern zugunsten der Insolvenzmasse. Folglich könne auch hinsichtlich der Neugläubiger nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG nur der sog. *Quotenschaden* geltend gemacht werden (frühere Rspr. des BGH – vgl. BGHZ 29, 100 [104]; Baumbach/Hueck – *Schulze-Osterloh,* GmbHG, § 64 Rn. 84; *Canaris* JZ 1993, 649 [650 f.]; *Ulmer* ZIP 1993, 769 [771]). Der Quotenschaden könnte hier aufgrund der verschlechterten Insolvenzquote von 20 % statt 40 % von 20.000 € bei 4.000 € liegen – wobei hier unterstellt wird, dass die Begründung der Forderung aus dem Darlehen zu der Zeit erfolgt ist, als die Insolvenzquote noch 40 % betrug.

Der Quotenschaden eines Neugläubigers wird in der Verringerung der Insolvenzquote in der Zeit von der Begründung der Forderung des Neugläubigers an gesehen (*Altmeppen* NJW 1999, 673). Da jedoch der Quotenschaden jedes Neugläubigers unterschiedlich wäre, so dass er in dieser Gestalt nicht vom Insolvenzverwalter als zur Masse einzuziehender Gesamtschaden geltend gemacht werden könnte, sei ein einheitlicher Quotenschaden anzunehmen, für den, was die Neugläubiger betrifft, unterstellt werden müsste, dass sie ihre Forderung schon bei Eintritt der Insolvenzreife erworben hätten (*Altmeppen* NJW 1999, 673).
Dieser Ansicht könnte jedoch entgegengehalten werden, dass die Berechnung des Quotenschadens bereits „beängstigende Schwierigkeiten der Schadensschätzung bereitet, die sich, soweit es um die erst nach dem Zeitpunkt der Insolvenzreife hinzukommenden Gläubiger geht, noch verstärken“ (BGHZ 126, 181 [197]).
Überdies gibt § 64 Abs. 1 GmbHG nichts dafür her, ihn nur in einem eingeschränkten Sinne als Schutzgesetz zu verstehen (Lutter DB 1994, 129 [135]). Etwas anderes würde nur unter Bezugnahme auf § 64 Abs. 2 GmbHG gelten können. Aus dessen zu engen Haftungsgrenzen wollen Rechtsprechung und h.M. sich jedoch gerade befreien.
§ 64 Abs. 1 GmbHG will nicht nur die Altgläubiger vor einer weiteren Entwertung ihrer Forderungen schützen, sondern auch insolvenzreife Gesellschaften vom Geschäftsverkehr fernhalten (BGHZ 126, 181 [194]).
Mithin sind Neugläubiger danach so zu stellen, als hätte der Geschäftsleiter seine Pflicht zum rechtszeitigen Insolvenzantrag erfüllt (BGHZ 126, 181 [194]; OLG München GmbHR 1998, 281 [282]; *Lutter* DB 1994, 129 [135]; *Wellkamp* DB 1994, 869 [873]).

In diesem Fall hätte der Neugläubiger nicht mehr kontrahiert oder zumindest nicht vorgeleistet, so dass er nicht in die unglückliche Lage gekommen wäre, Gläubiger einer insolventen Kapitalgesellschaft zu werden.
Mithin ist dem Neugläubiger das sog. negative Interesse zu ersetzen, abzüglich einer Insolvenzquote, die er im etwaigen Insolvenzverfahren erhält (BGHZ 126, 181 [194]).
Vorliegend beträgt der nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m § 64 Abs. 1 GmbHG zu ersetzende Schaden des C 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen abzüglich der Insolvenzquote von 20 %.

Ergebnis: C steht gegen A damit ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen abzüglich einer Insolvenzquote von 20 % nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu. *Nach h. M. sind die Neugläubiger selbst klagebefugt.*

[Hinweis: Der volle Haftungsanspruch der Neugläubiger auf Ausfallhaftung muss im Gegensatz zum Quotenschaden (vgl. unten), in jedem Fall, also auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens, von den geschädigten Gläubigern selbst beigetrieben werden. Sie sind selbst klagebefugt (BGHZ 126, 181 [201]; a.A. Dauner-Lieb ZGR 1998, 617 [627 ff.]). Bei den Schäden der Neugläubiger handelt es sich nämlich nicht um Gesamtgläubigerschäden, die zweckmäßigerweise durch Zahlung in die Insolvenzmasse zu ersetzen sind, sondern um Einzelschäden. Der Insolvenzverwalter ist aber nur befugt solchen Schäden geltend zu machen, die entweder dem Gemeinschuldner entstanden sind oder der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger; ihm steht es dagegen nicht zu, Ansprüche zu verfolgen, die nur einzelnen Insolvenzgläubigern entstanden sind (Lutter DB 1994, 129 [135]; a.A. Wilhelm ZIP 1993, 1833 [1836]).
Auch aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ist die Geltendmachung dieser vollen Haftung durch den Insolvenzverwalter nicht erforderlich, da die Berechnung der Schadenshöhe hier, im Gegensatz zum Quotenschaden, nicht von der Feststellung der Insolvenzquote abhängt (Lutter DB 1994, 129 [135]).]

[Hinweis: Beachten Sie bitte, dass der Vertragsschluss mit Neugläubigern im Zeitpunkt der Insolvenz regelmäßig einen Betrug auf Seiten des Geschäftsführers darstellen dürfte und zur deliktischen Betrugshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG führt (BGH NJW 1994, 179 [180]; Baumbach/Hueck – Schulze-Osterloh, GmbHG, § 64 Rn. 84; Canaris JZ 1993, 649 [650 ff.]. Denn in dem Abschluss des Vertrages, der zur Vorleistung des Geschäftspartners führt, liegt die konkludente Erklärung des Geschäftsführers, die gegenwärtigen Verhältnisse der Gesellschaft stünden der Erbringung ihrer Gegenleistung im Fälligkeitszeitpunkt nicht entgegen (BGH NJW 1954, 1414 [1415]).]

3. Anspruch des C gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach § 826 BGB

C könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach § 826 BGB zustehen.

a) Schaden nach § 826 BGB

Dazu müsste C ein Schaden i.S.d. § 826 BGB entstanden sein.
Vorliegend ist C ein Vermögensschaden i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen entstanden.

b) Zurechenbarkeit

Dieser Schaden müsste durch A adäquat kausal und zurechenbar verursacht worden sein. Hätte A den Geschäftspartner C über die Zahlungsunfähigkeit der A-GmbH aufgeklärt, wäre der Vertragsschluss zwischen C und der A-GmbH bezüglich des Überbrückungsdarlehens nicht zustande gekommen. Mithin ist A dieser Schaden auch zurechenbar.

c) Verstoß gegen die guten Sitten

Fraglich ist jedoch, ob A durch sein beschriebenes Verhalten gegen die guten Sitten i.S.v. § 826 BGB verstoßen hat.

Die schädigende Handlung ist als sittenwidrig einzustufen, wenn sie im Widerspruch zum „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ steht (st.Rspr.; BGHZ 10, 228 [233]; 69, 296 [297]; BGH NJW 1991, 913 [914]). Nach Ansicht des BGH ist erforderlich, dass das Vorgehen mit den Grundbedürfnissen loyaler Rechtsgesinnung unvereinbar ist. Der Begriff der guten Sitte erfasst danach ein rechtsethisches Minimum, dessen Respektierung von jedermann zu erwarten ist (*Larenz/Canaris*, SchR II, 2 § 78 II 1 b).

Nach dem BGH (BGH NJW-RR 1991, 1312 [1315]) begeht der Geschäftsführer einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn er dem Vertragspartner bei den Verhandlungen den ihm bekannten Umstand der Zahlungsunfähigkeit nicht offenbart.
Vorliegend war A bewusst, dass die A-GmbH sich im Zustand der Zahlungsunfähigkeit befand. Dennoch hat er C hierüber nicht informiert.

Bei der hier vorliegenden Fallkonstellation der „Insolvenzverschleppung“ ist jedoch zu unterscheiden zwischen dem (verwerflichen) bloßen Hinauszögern des „Todeskampfes“ und dem (wirtschaftlich erwünschten) „Kampf“ um die Erhaltung des Unternehmens (*Gross* ZGR 1998, 550 [562]).
Ergeben die Umstände des Einzelfalls, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft den Insolvenzantrag deshalb unterlassen hat, weil er die Krise für überwindbar und darum

Bemühungen um ihre Behebung durch einen Sanierungsversuch als lohnend und berechtigt ansehen durfte, scheidet ein Verstoß gegen die guten Sitten i.S.v. § 826 BGB aus (BGHZ 108, 134 [144]; BGH WM 1991, 1548 [1551]).
Als die A-GmbH zahlungsunfähig wurde, wollte A die Gesellschaft um jeden Preis retten. Erst zwei Monate später sah er die Aussichtslosigkeit jeglicher Sanierungsmaßnahmen ein und stellte Insolvenzantrag.
Aufgrund dieser Umstände wird man nicht davon ausgehen können, dass hier ein als „unabwendbar erkannter Todeskampf eines Unternehmens so lange wie möglich hinausgezögert wurde, wobei die Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf genommen wurde“ (BGHZ 108, 134 [142]).

Folglich stellt das Verhalten des A auch keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar (a. A. vertretbar).

Ergebnis: C steht daher gegen A auch kein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen nach § 826 BGB zu.

C. Ansprüche des I gegen A

I. Anspruch des I gegen A auf Ersatzzahlung nach § 64 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

Insolvenzverwalter I könnte gegen A ein Anspruch auf Ersatzzahlung nach § 64 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO zustehen.

Dies setzt voraus, dass der Geschäftsführer A nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der A-GmbH Zahlungen geleistet hat.
Der Begriff der Zahlungen i.S.d. § 64 Abs. 2 GmbHG ist im weitesten Sinne zu verstehen und erfasst – wie bei § 30 GmbHG – jeden das Gesellschaftsvermögen belastenden Transfer (Roth/Altmeppen – *Altmeppen,* GmbHG, § 64 Rn. 42).
Dass A vorliegend einen solchen belastenden Transfer vollzogen und somit Zahlungen i.S.d. § 64 Abs. 2 GmbHG getätigt hat, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Ergebnis: Folglich steht dem Insolvenzverwalter I gegen A auch kein Anspruch auf Ersatzzahlung nach § 64 Abs. 2 GmbHG zu.

II. Anspruch des I gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 60.000,-- € (Quotenschaden der Sparkasse S) nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG

Insolvenzverwalter I könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 60.000,-- € (Quotenschaden der Sparkasse S) nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zustehen.

[Hinweis: Für sog. Altgläubiger ist unstreitig, dass nicht diese, sonder der Insolvenzverwalter klagebe-rechtigt ist und den Erlös an die Altgläubiger abführen muss.]

Wie bereits dargestellt hat A seine Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG verletzt. Diese Schutzgesetzverletzung erfolgte auch vorsätzlich.

Fraglich ist jedoch, welcher Schaden hier geltend gemacht werden kann.
Die Sparkasse S ist ein sog. „Altgläubiger“ (zum Begriff – s.o.).
Der Altgläubiger kann den sogenannten Quotenschaden geltend machen (BGHZ 29, 100). Zur Berechnung dieses Schadens ist zunächst zu ermitteln, welchen Betrag der Gläubiger erhalten hätte, wenn rechtzeitig Insolvenz angemeldet worden wäre; hiervon ist der Betrag abzuziehen, den der Gläubiger jetzt im Insolvenzverfahren erhält (*Wimmer* NJW 1996, 2546 [2548]. Wäre der Insolvenzantrag zum Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit gestellt worden, hätte die Insolvenzquote der Sparkasse S 40 % betragen. Die aktuelle Insolvenzquote der S beträgt nun nur noch 20 %. Mithin besteht hier ein Quotenschaden i.H.v. 60.000,-- €.

Ergebnis: Insolvenzverwalter I steht gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 60.000,-- € (Quotenschaden der Sparkasse S) nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu.

[Hinweis: Obwohl es sich hier bei dem Schadensersatzanspruch in Gestalt des Quotenschaden materiell-rechtlich um einen Anspruch der Sparkasse S handelt, ist dieser nach § 92 InsO im Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter geltend zu machen.]

III. Anspruch des I gegen A auf Schadensersatz i.H.v. 10.000,-- € (Quotenschaden des C) nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG

Insolvenzverwalter I könnte gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 10.000,-- € (Quotenschaden des C) nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zustehen.
A hat seine Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG vorsätzlich verletzt.
Im Hinblick auf die Forderung aus dem Verkauf der Maschine an die A-GmbH ist C als Altgläubiger anzusehen (s.o.). Ursprünglich hatte C gegen die A-GmbH einen Kaufpreisanspruch i.H.v. 60.000,-- €. Davon wurden 10.000,-- € angezahlt, so dass eine offene Forderung von 50.000,-- € besteht. Die Insolvenzquote des C beträgt anstatt 40 % nur noch 20 %. Mithin liegt hier ein Quotenschaden i.H.v. 10.000,-- € vor.

Ergebnis: Insolvenzverwalter I steht gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 10.000,-- € (Quotenschaden des C) nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu.

Gesamtergebnis:

1. C steht gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000,-- € zzgl. 5 % Zinsen abzüglich einer Insolvenzquote von 20 % nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu.
2. Insolvenzverwalter I steht gegen A ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20 % der Insolvenzquote der Sparkasse S - also 60.000,-- € - nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu. Den Erlös muss er an die Sparkasse S abführen.
3. Schließlich hat I gegen A auch einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 10.000,-- € (Quotenschaden des C) nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu. Den Erlös muss er an C abführen.