

7

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 156/74

URTEIL

Verkündet am  
3. November 1976  
Zug,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma F [REDACTED] Verlag AG, Z [REDACTED], vertreten durch den Vorstand, Frau Dr. Emmie O [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], CH [REDACTED] Z [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

1. ....

2. den Verleger Klaus T [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] H [REDACTED],

3. den Verleger Heinpeter F [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],  
[REDACTED] H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1976  
durch die Richter Alff, Dr. Schönberg, Dr. Frhr. v. Gamm,  
Schwerdtfeger und Dr. Windisch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen  
Oberlandesgerichts zu Hamburg, 3. Zivilsenat,  
vom 2. Mai 1974 wird auf Kosten der Klägerin  
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Klägerin, ein Schweizer Verlagsunternehmen, hat  
sich - neben eigener Verlagstätigkeit - darauf speziali-  
siert, andere Verlage, insbesondere Zeitschriftenverlage,  
mit redaktionellen Beiträgen verschiedener Autoren, die  
sie unter Vertrag nimmt und durch die sie die jeweils be-  
nötigten Beiträge schreiben läßt, zu beliefern.

Die beklagte GmbH (Beklagte zu 1) wurde im August 1971  
mit einem Stammkapital von 50.000,-- DM gegründet und am  
30. September in das Handelsregister eingetragen. Ihre  
Gesellschafter und Geschäftsführer waren Rechtsanwalt  
A. und Kaufmann L. als Treuhänder der Beklag-  
ten zu 2 und 3. Gegenstand des Unternehmens sollte die  
Herausgabe einer neuen Illustrierten mit dem Titel "Herz  
Blatt" sein.

Im Herbst 1971 bemühten sich die Beklagten zu 2 und 3 teils selbst, teils durch ihren Treuhänder Rechtsanwalt A. um die Beschaffung von geeigneten redaktionellen Beiträgen für die geplante Zeitschrift. Dabei kamen sie mit der Klägerin in Verbindung. Nach einer Vorbesprechung zwischen Rechtsanwalt A. und einem Vertreter der Klägerin kam es am 20./22. Oktober 1971 zu Besprechungen in H., an denen die Beklagten zu 2 und 3, Rechtsanwalt A., ein Vertreter der Klägerin sowie mehrere Redakteure teilnahmen.

Aufgrund dieser Besprechung begann die Klägerin, ohne daß es zum Abschluß einer schriftlichen Vereinbarung kam, für die Beklagte zu 1 tätig zu werden und redaktionelle Beiträge an sie zu liefern. Zur näheren Abstimmung fanden wöchentliche Redaktionsbesprechungen in M. statt, an denen neben Redakteuren auch der Beklagte zu 2 teilnahm. Während einer dieser Besprechungen, am 11. November 1971, forderte die Klägerin von dem Beklagten zu 2 eine Vorauszahlung. Dieser übersandte der Klägerin daraufhin am 12. November 1971 einen Verrechnungsscheck über 30.000,-- DM zusammen mit einem Begleitschreiben, in dem er zum Ausdruck brachte, daß es sich um eine à conto-Zahlung der Beklagten zu 1 handele. Der Scheck trug die Unterschrift des Beklagten zu 2 unter einem Stempel der Beklagten zu 1.

Am 25. November 1971 kam die Herz Blatt-Illustrierte mit einer Startauflage von 800.000 Exemplaren in den Verkauf. Diese erste Auflage und die ihr folgenden erschienen mit Beiträgen, die von der Klägerin geliefert worden waren. Am 9. Dezember 1971 überwies die Beklagte zu 1, ebenfalls durch einen vom Beklagten zu 2 gezeichneten Scheck, weitere 10.550,-- DM an die Klägerin. Am 17. Dezember



1971 übertrugen die Teuhänder A[REDACTED] und I[REDACTED] die Geschäftsanteile auf einen Kaufmann S[REDACTED], der damit Alleingesellschafter der Beklagten zu 1 wurde. Am 20. Dezember 1971 trat die Beklagte zu 1 Forderungen aus Anzeigenaufträgen an die St. P[REDACTED] A[REDACTED]-V[REDACTED] GmbH ab, deren wirtschaftliche Eigentümer die Beklagten zu 2 und 3 waren.

Am 3. Januar 1972 fand zwischen einem Vertreter der Klägerin und dem Beklagten zu 2 eine Besprechung in München statt. Ihr Ergebnis war eine schriftlich niedergelegte Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1, die der Beklagte zu 2 unterzeichnete. In dieser Vereinbarung wurden weitere Zahlungen namens der Beklagten zu 1 versprochen. Mit Schreiben vom 5. Januar 1972 unterstrich der Vertreter der Klägerin die Bedeutung dieser Zahlungsvereinbarung. Hierauf erwiderte der Beklagte zu 2 mit Schreiben vom 7. Januar 1972, er habe die "Aktennotiz" vom 3. Januar 1972 an die Beklagte zu 1 weitergeleitet, und betonte, er habe, wie schon in der Besprechung vom 3. Januar 1972 erklärt, für die Beklagte zu 1 keine verbindliche Unterschrift leisten können, sondern sich lediglich für eine Zahlung der Beklagten zu 1 verwenden wollen.

Die Herz Blatt-Illustrierte hatte in der Öffentlichkeit nicht annähernd den erhofften Erfolg. Ihr Absatz blieb weit hinter den Erwartungen zurück. Am 11. Januar 1972 meldete die Beklagte zu 1 durch ihren Geschäftsführer S[REDACTED] den Konkurs an. Die Eröffnung des Konkurses wurde mangels Masse abgelehnt.

Die Klägerin hat vorgetragen, zwischen ihr und der Beklagten zu 1 sei ein Vertrag über die Lieferung von

redaktionellen Beiträgen zustande gekommen. Sie habe mit ihrem Autorenstab für zunächst 12 Ausgaben der Illustrierten Beiträge für jeweils 25 - 30 Druckseiten liefern sollen. Als Entgelt sei ein Seitenhonorar von 600,-- DM vereinbart worden. In den wöchentlichen Redaktionssitzungen habe sie sich mit dem Beklagten zu 2 auf die in einer Anlage aufgeführten Beiträge geeinigt. Diese Beiträge seien sämtlich an die Beklagte zu 1 geliefert und zum Teil veröffentlicht worden. Hieraus ergebe sich eine Honorarforderung gegen die Beklagte zu 1 in Höhe von 176.663,76 DM. Darüber hinaus habe der Beklagte zu 2 bei ihr weitere 54 Seiten gemäß den Aufzeichnungen in einem Bestellheft bestellt; diese Beiträge habe die Beklagte zu 1 übernehmen sollen. Ihre noch offen stehende Forderung betrage danach insgesamt 180.000,-- DM. Die Beklagten zu 2 und 3 hafteten dafür aus Garantievertrag, unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung und aus unerlaubter Handlung. Sie hätten ihr gegenüber in der ersten Dezemberhälfte 1971 erklärt: "Aber meine Herren, Sie wissen doch, daß wir die Geldgeber sind, da können Sie gewiß sein." Rechtsanwalt A. habe ihr in seiner Eigenschaft als Treuhänder der Beklagten zu 2 und 3 erklärt, für die ersten 12 Auflagen sei alles gesichert. Diese Zusicherung habe der Beklagte zu 2 auf Konferenzen vom 13. Dezember 1971 und 3. Januar 1972 in seinem eigenen Namen und im Namen des Beklagten zu 3 bekräftigt. Rechtsanwalt A. habe diese finanziellen Zusicherungen sogar noch ergänzt und präzisiert, indem er ihr gegenüber behauptet habe, 5 bis 7 Millionen DM seien zur Verfügung gestellt. Gleichlautende Zusicherungen habe Rechtsanwalt A. gegenüber einer anderen Firma und gegenüber dem von der Beklagten zu 1 angestellten Verlagsleiter abgegeben. Die Beklagten zu 2 und 3 hätten zwar auf der einen Seite über Strohmann eine GmbH mit einem Stammkapital von nur 50.000,-- DM errichtet. Gegenüber den wesentlichen Ver-

tragspartnern hätten sie jedoch ihre Inhaberschaft aufgedeckt und das ganze Projekt mit ihrer persönlichen, jedenfalls finanziellen Bonität verknüpft. Sie hätten von Anfang an zugesichert, daß sie persönlich einstünden, und sie hätten in ihrem Namen zusichern lassen, daß sie 5 bis 7 Millionen DM zur Verfügung gestellt hätten. Diese Zusicherungen seien für sie - die Klägerin - ausschlaggebend gewesen. Unabhängig hiervon habe ihr der Beklagte zu 2 persönlich die Zusendung eines à conto-Schecks in Höhe von 60.000,-- DM garantiert. Er habe sie damit zur Weiterarbeit bewogen und noch am 31. Dezember 1971 erklärt, wenn der Scheck noch nicht da sei, könne das nur an der Post liegen. Tatsächlich sei der Scheck aber nie bei ihr eingegangen. Der Kapitalbedarf für die Illustrierte habe 4 bis 6 Millionen DM betragen. Dieser Betrag habe offensichtlich nie zur Verfügung gestanden. Auf Erlöse aus dem Anzeigengeschäft habe die Beklagte vorerst nicht hoffen dürfen, weil dieses Geschäft erst habe anlaufen müssen. Auch die Abrechnung von Vertriebserlösen nehme Zeit in Anspruch. Unter diesen Umständen sei die Beklagte zu 1 von Anfang an zahlungsunfähig gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen,  
an sie einen Teilbetrag von 50.000,-- DM nebst  
5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1972 zu zahlen.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt.

Die Beklagten zu 2 und 3 haben außerdem Widerklage erhoben und mit dieser zuletzt begehrt,

festzustellen, daß der Klägerin auch über den  
Klagbetrag von 50.000,-- DM hinaus keine Ansprüche  
gegen die Beklagten zu 2 und 3 zustehen.

Die Beklagten haben geltend gemacht, der Klägerin stehe keine Honorarforderung mehr zu; sie habe bezahlt erhalten, was sie geliefert habe. Die Beklagten zu 2 und 3 haben außerdem bestritten, sich der Klägerin gegenüber in irgendeiner Weise persönlich verpflichtet oder auch nur den Eindruck erweckt zu haben, für die Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1 aufkommen zu wollen. Insbesondere treffe nicht zu, daß sie Erklärungen abgegeben hätten, die als Garantieverprechen hätten verstanden werden können. Es habe dazu auch kein Anlaß bestanden, weil die Klägerin aufs Äußerste daran interessiert gewesen sei, mit der Beklagten zu 1 ins Geschäft zu kommen. Der Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung scheide aus, weil die Klägerin schon zu Beginn der Vertragsverhandlung darauf hingewiesen worden sei, daß ihr Vertragspartner ausschließlich die Beklagte zu 1 sei. Ihr sei auch bekannt gewesen, daß es sich bei der Beklagten zu 1 um eine Treuhandgründung mit einem Stammkapital von 50.000,-- DM gehandelt habe. Von einer Unterkapitalisierung der Beklagten zu 1 könne nicht gesprochen werden, weil ihr außer dem Stammkapital von 50.000,-- DM weitere 700.000,-- DM aus Darlehen der St. P. A. - V. GmbH und Anzeigenerlöse in einer Größenordnung von 200.000,-- bis 300.000,-- DM aufgrund abgeschlossener Verträge zur Verfügung gestanden hätten. Darüber hinaus hätten weitere Anzeigenabschlüsse mit Markentikelfirmen über mehrere 100.000,-- DM unmittelbar vor dem Abschluß gestanden. Diese Kapitalausstattung habe im Hinblick auf die vorgegebene Kalkulation eine ausreichende Startbasis gewährleistet. Gescheitert sei das Vorhaben am Fehlen der Leser- und Käuferresonanz, mit dem man nicht gerechnet habe. Es handle sich dabei um ein Risiko, das beide Seiten bewußt übernommen hätten. Außerdem hätten die Beklagten zu 2 und 3 dem Ruf der Klägerin und ihrer Autoren vertraut. Die Verluste, die sie hierbei erlitten hätten, seien ungleich größer als diejenigen der Klägerin.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage gegen die Beklagten zu 2 und 3 abgewiesen und deren Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die in der Berufungsinstanz gegen die Beklagten zu 2 und 3 gestellten Anträge (Verurteilung zur Zahlung von 50.000,-- DM nebst Zinsen und Abweisung der Widerklage) weiter. Die Beklagten zu 2 und 3 beantragen die Zurückweisung der Revision.

### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht verneint zu Recht eine Haftung der Beklagten zu 2 und 3 aus Garantievertrag. Seinen Feststellungen und dem unter Beweis gestellten Sachvortrag der Klägerin, den es als richtig unterstellt, kann nicht entnommen werden, daß es die Beklagten zu 2 und 3 durch besondere Vereinbarung mit der Klägerin übernommen hätten, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1 gegenüber der Klägerin einzustehen (vgl. BGH NJW 1958, 1483; 1967, 1020).

1. Die behauptete Erklärung der Beklagten zu 2 und 3 in der ersten Dezemberhälfte 1971 "Aber meine Herren, Sie wissen doch, daß wir die Geldgeber sind und zahlen, da können Sie gewiß sein" enthielt nach den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht die Zusage, für alle Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1 künftig persönlich eintreten zu wollen, sondern brachte nur zum Ausdruck, was die Klägerin ohnehin wußte, daß nämlich die Beklagten zu 2 und 3 die Geldgeber der Beklagten zu 1 und bereit seien, dieser die erforderlichen Mittel zufließen zu lassen. Diese auf einer Würdigung der Umstände des Einzelfalles beruhende Auslegung

einer individuellen Willenserklärung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Sie ist mit dem behaupteten Wortlaut vereinbar, verstößt nicht gegen die Denkgesetze oder allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze und berücksichtigt, soweit ersichtlich, allen wesentlichen Auslegungstoff; daher ist sie für das Revisionsgericht bindend.

2. Das Berufungsgericht hat auch die von ihm als richtig unterstellte Behauptung der Klägerin, der Beklagte zu 2 habe am 13. Dezember 1971 und 3. Januar 1972 im eigenen Namen und im Namen des Beklagten zu 3 bestätigt, für die ersten 12 Auflagen der Illustrierten sei alles gesichert, rechtsfehlerfrei gewürdigt. Wie es zutreffend ausgeführt hat, brauchte eine solche Erklärung den Umständen nach nicht mehr zu bedeuten, als daß bei einem erwarteten Mindestverkauf von 30 % der Auflage die für die ersten 12 Auflagen erforderlichen Mittel der Beklagten zu 1 zur Verfügung stünden. Die Übernahme einer persönlichen Verpflichtung der Beklagten zu 2 und 3 gegenüber der Klägerin lag darin noch nicht. Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, daß die Klägerin bei dem ihr bekannten hohen Risiko auf klare Erklärungen der Beklagten zu 2 und 3 hätte dringen müssen, wenn sie hinsichtlich ihrer Ansprüche gegen die Beklagte zu 1 durch die Übernahme einer persönlichen Haftung der Beklagten zu 2 und 3 hätte gesichert sein wollen. Die Annahme eines Garantieversprechens erfordert - zur Abgrenzung von der Bürgschaft - eine zweifelsfreie Erklärung des Inhalts, daß eine von der ursprünglichen Schuld - hier der Schuld der Beklagten zu 1 - zu unterscheidende selbständige Verpflichtung übernommen werden solle (vgl. BGH WM 1962, 576, 577).

3. Das Vorbringen der Klägerin, die Beklagten zu 2 und 3 hätten von Anfang an zugesichert, für die Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1 persönlich eintreten zu wollen, hat das Berufungsgericht zu Recht nicht als eine hinreichend sub-

stantiierte Tatsachenbehauptung angesehen. Die Klägerin hätte näher darlegen müssen, bei welcher Gelegenheit derartige Erklärungen abgegeben worden sein sollen. Außerdem fehlt es insoweit an einem Beweisangebot. Was Rechtsanwalt A. erklärt haben soll (für die ersten 12 Auflagen sei alles gesichert; die Beklagten zu 2 und 3 hätten 5 bis 7 Millionen DM zur Verfügung gestellt), kann nicht den Beklagten zu 2 und 3 zugerechnet werden. Zwar war Rechtsanwalt A. nicht nur Geschäftsführer der Beklagten zu 1, sondern auch Treuhänder der Beklagten zu 2 und 3. Doch brauchte das Berufungsgericht daraus nicht zu entnehmen, daß er bei den Verhandlungen mit der Klägerin auch für die Beklagten zu 2 und 3 habe sprechen wollen. Die Klägerin hat auch nicht behauptet, daß Rechtsanwalt A. bevollmächtigt gewesen sei, die Beklagten zu 2 und 3 zu vertreten. Das Berufungsgericht sieht ferner zu Recht als nicht dargetan an, daß die Beklagten zu 2 und 3 übernommen oder bestätigt hätten, was Rechtsanwalt Arning damals erklärt haben soll.

4. Eine persönliche Zusicherung des Beklagten zu 2 vom 11. November 1971, für eine Scheckzahlung der Beklagten zu 1 in Höhe von 60.000,-- DM eintreten zu wollen, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als nicht hinreichend dargetan angesehen. Der Sachvortrag der Klägerin ist insoweit unklar und nicht frei von Widersprüchen. Wie die Klageschrift ergibt, hat sie zunächst behauptet, am 11. November 1971 habe sie vom Beklagten zu 2 DM 30.000,-- gefordert und auch alsbald erhalten. Die von der Klägerin zu den Akten eingereichten Unterlagen bestätigen diese Darstellung. Der Beklagte zu 2 hat ihr mit Schreiben vom 12. November 1971 einen Scheck der Beklagten zu 1 über 30.000,-- DM übersandt. Von einer weiteren Vorauszahlung war nach der früheren Darstellung der Klägerin erst Ende Dezember 1971/Anfang Januar 1972 die Rede. Die Klägerin hat dazu eine von ihr und dem

Beklagten zu 2 unterzeichnete Vereinbarung vom 3. Januar 1972 vorgelegt, die eine Vorauszahlung von 60.000,-- DM zum Gegenstand hat. Die Klägerin hätte unter diesen Umständen näher darlegen müssen, daß und aus welchen Gründen am 11. November eine weitere Zahlungsvereinbarung über 60.000,-- DM getroffen worden sei und daß sich der Beklagte zu 2 dabei persönlich verpflichtet habe. Das Berufungsgericht weist auch zu Recht darauf hin, daß angesichts der weitgehenden Einschaltung des Beklagten zu 2 in die Geschäftsführung der Beklagten zu 1 und seines Handelns für diese in Zahlungsangelegenheiten die Klägerin nicht ohne weiteres davon ausgehen konnte, er wolle sich ihr gegenüber auch persönlich verpflichten.

II. Das Berufungsgericht hat auch eine "Durchgriffshaftung" der Beklagten zu 2 und 3 für Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1 (GmbH) gegenüber der Klägerin rechtsfehlerfrei verneint. Diese Haftung findet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, auf die sich das Berufungsgericht bezieht, nur statt, wenn die Anwendung des Grundsatzes, daß den Gläubigern einer GmbH oder sonstigen juristischen Person nur diese haftet, zu Ergebnissen führen würde, die mit Treu und Glauben nicht in Einklang stehen, und wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen oder juristischen Personen einen Rechtsmißbrauch bedeutet (BGHZ 20, 4, 12 ff; 22, 226, 229 ff; BGH WM 1958, 460, 461; BGHZ 31, 258, 271; BGH WM 1961, 1103, 1104 f; BGHZ 54, 222, 224; BGH NJW 1974, 1371, 1372). Ob diese Umstände gegeben sind, kann regelmäßig nur aufgrund einer Würdigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden.

Der Umstand, daß die Beklagte zu 1 durch Treuhänder der Beklagten zu 2 und 3 gegründet worden ist und diese

wirtschaftlich hinter ihr stehen, kann, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, den Haftungsdurchgriff auf die Beklagten zu 2 und 3 nicht rechtfertigen. In einem solchen Falle müssen sich die Treugeber nur gefallen lassen, im Verhältnis zu Gesellschaftsgläubigern vermögensrechtlich wie Gesellschafter der GmbH behandelt zu werden; eine eigene persönliche Haftung der Treugeber für Verbindlichkeiten der Gesellschaft wird dadurch noch nicht begründet (BGHZ 31, 258, 267; BGH WM 1961, 1103, 1105).

Das Berufungsgericht hat auch der Tatsache, daß die Beklagten zu 2 und 3 einen beherrschenden Einfluß auf die Geschäftsführung der Beklagten zu 1 ausgeübt haben, zu Recht nicht entnommen, daß deswegen bereits die Durchgriffshaftung Platz greifen müsse. Denn durch die beherrschende Stellung des oder der Gesellschafter einer GmbH brauchen vermögensrechtliche Belange der Gesellschaftsgläubiger nicht beeinträchtigt zu werden (BGH WM 1961, 1103, 1104). Im Streitfall kommt hinzu, daß die Klägerin, wie das Berufungsgericht feststellt, über die Zusammenhänge voll unterrichtet war und als juristische Person auch wissen mußte, daß ihr aus den Verträgen, die sie mit der Beklagten zu 1 abschloß, ohne das Hinzutreten besonderer Umstände oder Vereinbarungen

nur diese haftete. Der Fall läge anders, wenn Zweifel über die rechtliche Selbständigkeit der Beklagten zu 1 hätten bestehen können oder die Beklagten zu 2 und 3 die GmbH arglistig oder in einer dem Zweck der Rechtsordnung zuwiderlaufenden Weise dazu benutzt hätten, sich wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen (vgl. BGHZ 22, 226, 230, 232; BGH NJW 1974, 1371, 1372). Das ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall.

Die Revision beanstandet mit ihren Angriffen gegen diesen Teil der Ausführungen des Berufungsgerichts vor allem, daß es der behaupteten schwerwiegenden Unterkapitalisierung der Beklagten zu 1 nicht die ihr zukommende Bedeutung beigemessen habe. Damit kann sie nicht durchdringen. Im Streitfall hat das Berufungsgericht schon verneint, daß eine Unterkapitalisierung vorgelegen habe. Es hat dazu ausgeführt, der Beklagten zu 1 hätten außer dem Stammkapital von 50.000,-- DM Darlehen in Höhe von rund 700.000,-- DM, die ihr die Beklagten zu 2 und 3 über die St. P. A. - V. GmbH gewährt hätten, zur Verfügung gestanden. Außerdem habe sie mit laufenden Einnahmen aus dem Vertrieb der Zeitschrift und dem Anzeigengeschäft rechnen können, und die Forderungen der an der Herstellung der Illustrierten beteiligten Unternehmen seien nicht sofort fällig geworden. Unter diesen Umständen habe die Kapitaldecke dafür ausgereicht, einen vorhersehbaren Ausfall während der Anlaufzeit zu decken. Hiergegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Den Beklagten zu 2 und 3 stand es grundsätzlich frei, den Kapitalbedarf der Beklagten zu 1 durch die Gewährung von Darlehen zu decken (vgl. BGHZ 31, 258, 268). Über die Höhe des Kapitalbedarfs brauchte das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision keinen Beweis zu erheben. Die unter Sachverständigenbeweis gestellte Behauptung der Klägerin, der Kapitalbedarf für ein solches Projekt habe 4 Millionen bis 6 Millionen DM betragen, war im Hinblick auf

die Darlegungen der Beklagten zu wenig substantiiert, als daß ihm das Berufungsgericht hätte nachgehen müssen. Der Beweisantrag konnte nähere Darlegungen der Klägerin zur Höhe des Kapitalbedarfs nicht ersetzen. Dies gilt auch dann, wenn berücksichtigt wird, daß die Klägerin behauptet und unter Beweis gestellt hat, Rechtsanwalt Arning - nicht die Beklagten zu 2 und 3 - habe erklärt, 5 bis 7 Millionen DM seien zur Verfügung gestellt worden.

Die Behauptung, die Beklagten zu 2 und 3 hätten die der Beklagten zu 1 gewährten Darlehen wieder zurückgezogen und dadurch die Gläubiger der GmbH geschädigt, hat die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aufgestellt. Die gegen diese Feststellung erhobene Revisionsrüge ist unbegründet. Der zweitinstanzliche Vortrag der Klägerin, von dem das Berufungsgericht ausgehen konnte, ergibt dafür nichts. Der von der Klägerin vorgelegte Zessionsvertrag vom 20. Dezember 1971, auf den sich die Revision beruft, enthält nur die Abtretung von Ansprüchen der Beklagten zu 1 aus dem Anzeigengeschäft zur Sicherung der Darlehen. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht nicht in Betracht zu ziehen, daß die Darlehen ganz oder teilweise zurückgewährt worden seien.

Gegen eine Durchgriffshaftung der Beklagten zu 2 und 3 spricht auch bereits, daß nicht festgestellt ist, welche Mittel den Beklagten zu 2 und 3 tatsächlich zur Verfügung standen und sie bereit waren, zur Finanzierung der neuen Illustrierten zu verwenden. Wie den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen ist, scheiterte die Beklagte zu 1 letztlich daran, daß die erwarteten Mindestverkaufszahlen von 30 % der Druckauflage nicht erreicht wurden und die Zeitschrift in der Öffentlichkeit nicht annähernd die erhoffte Resonanz fand, was dann dazu führte, daß die Beklagten zu 2 und 3 wegen der vorauszusehenden Verluste nicht mehr bereit waren, Mittel zur Verfügung zu stellen. Damit

trat ein Mißerfolg ein, mit dem die Beklagten zu 2 und 3 nicht zu rechnen brauchten. Der Klägerin kann zugemutet werden, die Folgen dieses Fehlschlages mitzutragen, weil sie alle redaktionellen Beiträge lieferte und Erfolg oder Mißerfolg gerade auch von ihrer Arbeit abhingen. Es ist deshalb nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts nicht rechtsmißbräuchlich, daß sich die Beklagten zu 2 und 3 gegenüber der selbst in der Rechtsform einer juristischen Person geschäftlich tätigen Klägerin auf die rechtliche Selbständigkeit der Beklagten zu 1 berufen.

III. Der Klägerin steht kein Schadensersatzanspruch aus § 823 Absatz 2 BGB i. V. m. § 263 StGB oder aus § 826 BGB gegen die Beklagten zu 2 und 3 zu. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts fehlt es an einer Täuschungshandlung der Beklagten zu 2 und 3 im Sinne von § 263 StGB. Sie waren unwiderlegt bereit, die für die ersten 12 Auflagen erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, und wußten nicht, daß sie ein Unternehmen gründeten, das zum Scheitern verurteilt war; der Mißerfolg war, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht vorhersehbar. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, daß die Beklagten zu 2 und 3 zu irgendeinem Zeitpunkt ihrer Verhandlungen mit der Klägerin die Absicht verfolgt hätten, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Das Berufungsgericht hat auch das Vorliegen einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung im Sinne von § 826 BGB ohne Rechtsirrtum verneint. Damit entfällt ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. Die Klägerin hat im übrigen, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, nicht dargetan, welcher Teil der Klageforderung, die inhaltlich auf die Zahlung der vereinbarten Vergütung gerichtet ist, als Folge einer von den Beklagten zu 2 und 3 begangenen unerlaubten Handlung angesehen werden könnte.

IV. Das Berufungsgericht hat nicht erörtert, ob die Beklagten zu 2 und 3 der Klägerin, wie die Revision geltend macht, nach den Grundsätzen über die Haftung des Vertreters für Verschulden beim Vertragsabschluß (1), wegen positiver Vertragsverletzung als Vertreter oder Erfüllungsgehilfen der Beklagten zu 1 (2) oder wegen Verletzung eigener vertraglicher Auskunftspflichten (3) zum Schadensersatz verpflichtet sind. Seinen Feststellungen ist aber zu entnehmen, daß Ersatzansprüche der genannten Art nicht begründet sind.

1. Die Revision geht zutreffend davon aus, daß im Falle eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen nicht nur der Vertretene für ein Verschulden des Vertreters nach § 278 BGB, sondern ausnahmsweise auch der Vertreter, der die Verhandlungen geführt und hierbei die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragsgegners schuldhaft verletzt hat, diesem zum Schadensersatz verpflichtet sein kann. Letzteres kann in Betracht kommen, wenn der Vertreter am Zustandekommen des Vertrages selbst stark interessiert war oder ihm vom Vertragsgegner ein besonderes persönliches Vertrauen entgegengebracht wurde (BGHZ 14, 313, 318; LM Nr. 4 zu § 276 (Fa) BGB = VersR 59, 64, 66; Nr. 14 = WM 1963, 160, 161; Nr. 21 = MDR 1967, 667; Nr. 49 zu § 278 BGB = MDR 1968, 231; LM Nr. 42 zu § 276 (Fa) BGB = BGHZ 63, 382, 384 ff). Diese Grundsätze können im vorliegenden Fall keine unmittelbare Anwendung finden, weil die Beklagten zu 2 und 3 nicht Vertreter der Beklagten zu 1 waren. Die Klägerin selbst hat das wiederholt hervorgehoben. Allerdings sind die genannten Grundsätze auch auf andere Fälle der Einschaltung Dritter bei den Vertragsverhandlungen anzuwenden. Auch wenn diese nicht Vertreter im Rechtssinne sind, können sie Erfüllungsgehilfen einer Partei bei den Vertragsverhandlungen und damit selbst verpflichtet sein, auf die Belange des Verhandlungspartners angemessene Rücksicht zu nehmen. Haben sie bei ihrer Mit-

wirkung bei den Vertragsverhandlungen wie ein Vertreter maßgeblichen Einfluß auf das Verhalten des anderen Vertragspartners genommen, kann es gerechtfertigt sein, sie wie einen Vertreter für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen haften zu lassen, sofern sie in besonderem Maße persönliches Vertrauen des anderen Vertragspartners in Anspruch genommen oder eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt haben (LM Nr. 35 zu § 276 (Fa) BGB = BGHZ 56, 81, 85/86; LM Nr. 42 zu § 276 (Fa) BGB = BGHZ 63, 382, 386). Im Streitfall ist aber nicht ersichtlich, daß die Beklagten zu 2 und 3 die Verpflichtung der Beklagten zu 1 zu angemessener Rücksichtnahme auf die Interessen der Klägerin schuldhaft verletzt hätten. Die Revision geht von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen aus, wenn sie annimmt, die Beklagten zu 2 und 3 hätten der Klägerin unrichtige Angaben über die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel und ihre Bereitschaft zur Finanzierung der Beklagten zu 1 gemacht. Das Berufungsgericht hat in dieser Hinsicht nichts festgestellt. Eine Erklärung des Inhalts, 5 Millionen bis 7 Millionen DM seien bereits zur Verfügung gestellt, haben die Beklagten zu 2 und 3 nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weder bestätigt noch abgegeben. Wenn, wie behauptet worden ist, Rechtsanwalt A. eine solche Erklärung abgegeben hat, so geht das nicht zu ihren Lasten. Denn Rechtsanwalt A. handelte als Geschäftsführer der Beklagten zu 1 und nicht zugleich in Erfüllung persönlicher Verpflichtungen der Beklagten zu 2 und 3 aus deren Teilnahme an den Vertragsverhandlungen. Die Beklagten zu 2 und 3 brauchen deshalb nicht nach § 278 BGB für ihn einzustehen (vgl. LM Nr. 37 zu § 278 BGB = NJW 1963, 2166, 2167; BGHZ 56, 81, 85). Des weiteren kann es nicht als ein Verschulden der Beklagten zu 2 und 3 gegenüber der Klägerin und schon gar nicht als ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen angesehen werden, daß diese beiden

Beklagten später nicht mehr bereit waren, Mittel für die Beklagte zu 1 zur Verfügung zu stellen, als sich der Mißerfolg des geschäftlichen Vorhabens klar abzeichnete. Dieser beruhte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auf einer unzureichenden Finanzierung der Beklagten zu 1 durch die Beklagten zu 2 und 3, sondern darauf, daß die neue Illustrierte nicht annähernd die erwartete Resonanz fand.

2. Eine eigene Haftung des Vertreters oder Sachwalters des Vertragsgegners für positive Vertragsverletzungen hat der Bundesgerichtshof bisher verneint, da diese Haftung nicht auf einer Inanspruchnahme von Vertrauen oder der Wahrnehmung eigener Interessen des Erfüllungsgehilfen, sondern ausschließlich auf der Verletzung vertraglicher Pflichten des Vertretenen oder Geschäftsherrn beruht (LM Nr. 40 zu § 278 BGB = NJW 1964, 2009; Nr. 4 zu § 276 (Ha) BGB = MDR 1967, 577). Ob dies nur für die Fallgruppe eigentlicher Leistungsstörungen oder allgemein zu gelten hat, kann dahinstehen, weil schon nicht ersichtlich ist, daß die Beklagten zu 2 und 3 vertragliche Pflichten der Beklagten zu 1 irgendwelcher Art verletzt hätten und der Klägerin hieraus ein Schaden entstanden sei.

3. Unrichtige Auskünfte haben die Beklagten zu 2 und 3 der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erteilt. Sollte dies durch Rechtsanwalt A. ge-schehen sein, brauchten sie dafür nicht einzustehen, da dieser insoweit nicht als ihr Erfüllungsgehilfe angesehen werden kann. Damit entfällt auch eine Haftung der Beklagten zu 2 und 3 aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt.

Die Klage kann gegen die Beklagten zu 2 und 3 auch aus keinem anderen Rechtsgrund Erfolg haben. Die Revision war daher mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Alff

Schönberg

v. Gamm

Schwerdtfeger

Windisch