

Verkündet  
am 4. Juli 1961  
Heil, Justizassistent  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. August B. Verlag KG, D. , L. str. ,
2. Verlag C.S. Dö. u. Co., Inh. Claus S. Dö. , D. ,  
Li. str. ,
3. I. -Verlag, D. , Pi. str. ,
4. Me. -Verlag, Ro. /Obb., Am St. ,
5. Willi Mö. , Verlags- und Großbuchhandlung, D. ,  
Pi. str. ,
6. T. -Verlag, Ferdinand Sch. , S. -W, O. ,  
H. weg ,

Kläger, Berufungskläger und  
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

1. Verlag W. Ko. GmbH, Stu. , U. str. ,  
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer  
a) Verleger Dr. Oskar R. , S. -F. ,  
F. str. ,  
b) Verleger Ku. , S. , U. straße ,
2. den Verlagsangestellten Karl G. , K. , A. str. ,

Beklagte, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1): Rechtsanwalt Prof. Dr. -  
- Prozeßbevollmächtigter zu 2): Rechtsanwalt Dr. -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. K.E. Meyer, Hanebeck, Dr. Bode und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das am 9. März 1960 verkündete Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart wird zurückgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagenden Verlagsfirmen lieferten in den Jahren 1954 und 1955 Bücher an die Firma "B[redacted] und Bi[redacted] V[redacted] und Ve[redacted] m[redacted] b[redacted] H[redacted]" in S[redacted]. Die Wechsel für Lieferungen in der Zeit vom Februar bis zum September 1955 löste die Firma B[redacted] und Bi[redacted] nicht ein. Sie beantragte am 27. September 1955 das Vergleichsverfahren; am 21. Oktober 1955 wurde das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. Die Kläger haben als gewöhnliche Konkursgläubiger keine Aussicht, Befriedigung zu erhalten. Sie nehmen die Beklagten mit der Begründung in Anspruch, die B[redacted] und Bi[redacted] GmbH sei ein getarnter Zweigbetrieb des beklagten Verlages gewesen und der Beklagte G[redacted] habe als Geschäftsführer des Verlages den maßgebenden Einfluß auf die Firma B[redacted] und Bi[redacted] gehabt.

Der beklagte Verlag W. Ko[redacted] GmbH verlegt insbesondere Fachbücher, Fachzeitschriften und Formulare. Gesellschafter war außer der inzwischen geschiedenen Ehefrau des Beklagten G[redacted] das Druckereiunternehmen W. Ko[redacted] OHG in S[redacted]. Deren Gesellschafter waren die Witwe Theodora Ko[redacted] und der Beklagte G[redacted]; G[redacted] war auch alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer des Verlages. G[redacted] ist zum 31. Dezember 1955 als Gesellschafter und Geschäftsführer ausgeschieden.

Im Jahre 1952 eröffnete der Beklagte G[redacted] als Teil des Ko[redacted]-Verlages eine Reisebuchhandlung. Da eine solche Nebentätigkeit von Verlegern unter Buchhändlern als anstößig gilt, veranlaßte er die Verlagsangestellte P[redacted], die Reisebuchhandlung unter der Bezeichnung "B[redacted] und Bi[redacted]" auf ihren Namen gewerberechtlich anzumelden. Nach der Behauptung der Beklagten hatte sie die Aufgabe, Fachliteratur zu vertreiben.

- 3 -

Im Frühjahr 1954 trat der Buchhändler und Vertriebsleiter Erhard Kl. durch Vermittlung von Dr. Se., Geschäftsführer der Sche. und Go.-Verlag GmbH in Stu., mit G. in Verbindung. Kl. schlug vor, einen Buchvertrieb größeren Ausmaßes zu eröffnen, insbesondere zur Belieferung von Lehranstalten, weil sich die Erzeugnisse des Ko.-Verlages dafür besonders eigneten. Am 9. Juni 1954 vereinbarten Kl., Dr. Se. und G., die Reisebuchhandlung B. und Bi. in die eingangs erwähnte B. und Bi. Verlags- und Vertriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung umzuwandeln. Das Stammkapital sollte 21.000 DM betragen. Der Ko.-Verlag sollte die Gesellschaft auf Wechselbasis finanzieren. Gesellschafter sollten zu gleichen Anteilen G., Kl. und Dr. Se. sein, jedoch sollten nach außen eine Frau Schm. (die spätere Ehefrau Kl.) und Fräulein P. in Erscheinung treten. Frau Schm. sollte die Geschäftsanteile Kl. und Dr. Se., Fräulein P. G. Geschäftsanteil treuhänderisch in Händen haben und den Treugebern eine unentgeltliche bis Ende 1964 befristete Option auf die Geschäftsanteile einräumen. Geschäftsführerin sollte Frau Schm. sein. Die entsprechenden notariellen Erklärungen wurden am 16. Juni 1954 abgegeben; die Gesellschaft wurde am 16. Juli 1954 ins Handelsregister eingetragen. Die Mindesteinzahlung auf die Stammeinlagen stellte Gu. aus den Mitteln des Ko.-Verlages zur Verfügung. Am 29. November 1954 erhielt G. die Option, die Frau Schm. Dr. Se. eingeräumt hatte. Am 6. Dezember 1954 übertrug Fräulein P. ihren Geschäftsanteil von 7.000 DM auf Frau Schm.; Frau Schm. räumte G. eine Option auf ihren Geschäftsanteil von 14.000 DM ein, beschränkte die Option jedoch am 24. Januar 1955 auf einen Teilbetrag von 7.000 DM. Von den Optionen haben Kl. und G. keinen Gebrauch gemacht.



2

Frau Schm[REDACTED] war nur nominell Geschäftsführerin, in Wirklichkeit hatte Kl[REDACTED] die Geschäftsführung in Händen. Frau Schm[REDACTED] erteilte ihm auch am 6. Dezember 1954 Generalvollmacht. Die Kläger behaupten, Kl[REDACTED] sei in der Geschäftsführung vollständig von G[REDACTED] abhängig gewesen.

Die Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH nahm alsbald nach der Gründung die Geschäfte in erheblichem Umfang auf, zunächst in Räumen des Ko[REDACTED]-Verlages, später in anderen Räumen. Im Dezember 1954 beschäftigte sie bereits 22 Personen im Innendienst und 37 Vertreter, denen 12 Volkswagen zur Verfügung standen. Der Ko[REDACTED]-Verlag und die Ko[REDACTED]-Druckerei übernahmen durch G[REDACTED] im September 1954, und im Januar und April 1955 Bürgschaften in Höhe von 220.000 DM, aus denen sie nach Vortrag der Beklagten in Höhe von 110.000 DM in Anspruch genommen worden sind. Ferner hat G[REDACTED] von Juni bis September 1955 aus einem Bankkonto der Ko[REDACTED]-Druckerei Darlehen in Höhe von 78.600 DM gegeben. Schließlich hat er zu Lasten der Ko[REDACTED]-Druckerei Wechselverbindlichkeiten der Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH in Höhe von etwa 109.000 DM übernommen und erfüllt.

Die Kläger haben sich auf die Rechtsprechung über den Durchgriff durch die juristische Person auf die hinter ihr Stehenden berufen und den Beklagten unerlaubte Handlungen vorgeworfen. Sie haben vorgetragen: Bevor sie der Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH Wechselkredit eingeräumt hätten, hätten sie bei maßgebenden Auskunftsteilen Auskünfte eingeholt; die Auskünfte, die wie üblich auf eigenen Angaben der Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH beruht hätten, hätten besonders hervorgehoben, daß hinter ihr die Beklagten ständen und sie finanzierten. Auch Frau Schm[REDACTED], Kl[REDACTED] und Angestellte der Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH

sowie des beklagten Verlages hätten sich verschiedentlich in dieser Weise geäußert; dabei sei auch auf die zu erwartenden großen Umsätze hingewiesen worden. Das sei auf Gutbrods Anweisung geschehen. Dadurch sei bewußt und planmäßig der Eindruck hervorgerufen worden, die Beklagten würden für die Verbindlichkeiten der Firma B. und Bi. GmbH eintreten. Das habe der beklagte Verlag auch nach Konkursöffnung einigen Verlegern gegenüber getan, auch sei das Abfindungsguthaben des Beklagten G. bei Verlag und Druckerei Ko. mit 350.000 DM belastet worden; der beklagte Verlag habe damit zum Ausdruck gebracht, daß er sich für verpflichtet halte, für die Schulden der Firma B. und Bi. GmbH einzutreten. Als sie, die Kläger, die nicht bezahlten Lieferungen erbracht hätten, sei die Firma B. und Bi. GmbH bereits konkursreif gewesen. Das habe der Beklagte G. gewußt. Die Verschuldung sei besonders dadurch eingetreten, daß Kl. mit Einwilligung G. einen Posten bereits verramschter und deshalb nur mit Verlust zu verkaufender Bücher für 230.000 DM auf Lager genommen habe. Die Konkursreife sei G. durch den Bericht eines Wirtschaftsprüfers bestätigt worden. G. habe alle Warnungen in den Wind geschlagen und Kl. veranlaßt, weiter auf Kredit einzukaufen, obwohl er gewußt habe, daß die B. und Bi. GmbH die Akzepte ohne Einspringen der Ko. Firmen nicht werde einlösen können. Dabei habe er eine Schädigung der Gläubiger in Kauf genommen.

Die jetzt noch den Rechtsstreit betreibenden Kläger haben beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an  
den Kläger zu 1) 11.609,10 DM,  
den Kläger zu 2) 1.403,60 DM,  
den Kläger zu 3) 1.866,38 DM,

den Kläger zu 4) 7.548,71 DM,  
den Kläger zu 5) 4.491,70 DM,  
den Kläger zu 6) 7.592,08 DM  
jeweils nebst 8 % Zinsen seit dem 21. Januar 1956 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Der beklagte Verlag hat erwidert, er habe rechtlich nichts mit der Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH zu tun gehabt und keine wirtschaftliche Einheit mit ihm gebildet. Der Beklagte G[REDACTED] sei nicht berechtigt gewesen, der B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH Zuschüsse aus Ko[REDACTED]mitteln zu gewähren. Ebenso wenig sei er berechtigt gewesen, zuzusagen, daß die Ko[REDACTED]-Firmen für die Verbindlichkeiten der Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] einträten; das habe er auch nicht getan. Er habe die anderen maßgebenden Beteiligten der Ko[REDACTED]-Firmen keinen Einblick in das Unternehmen B[REDACTED] und Bi[REDACTED] gewinnen lassen.

Der Beklagte G[REDACTED] hat insbesondere darauf hingewiesen, daß er auf Grund der Prüfungen der Auffassung gewesen sei, der Umsatz der Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] könne mit Hilfe der von ihm vermittelten Kredite so gesteigert werden, daß die Schwierigkeiten binnen kurzem überwunden seien. Zu diesem Eindruck sei er gekommen, weil Klein völlig autoritativ über seinen Kopf hinweg gehandelt und ihn (und auch den Wirtschaftsprüfer) getäuscht habe. Das gelte insbesondere für den großen Einkauf, den Klein als Kommissionsgeschäft hingestellt habe. Sobald er sich davon überzeugt habe, daß die Firma B[REDACTED] und Bi[REDACTED] GmbH nicht zu halten sei, habe er Kl[REDACTED] veranlaßt, unverzüglich das Vergleichsverfahren zu beantragen.

Beide Beklagten haben ausgeführt, der beklagte Verlag habe nur solche Gläubiger der Firma B■■■■ und Bi■■■■ GmbH befriedigt, denen er aus besonderen Gründen verbindliche Zusagen gemacht habe. Das Auseinandersetzungsguthaben des Beklagten G■■■■ sei belastet worden, weil der beklagte Verlag selbst durch seine Geschäftsführung einen hohen Schaden erlitten habe.

Landgericht und Berufungsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Klageanträge weiter. Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht von dem Grundsatz aus, daß den Gläubigern einer juristischen Person nur deren eigenes Vermögen haftet, nicht das Vermögen derjenigen, die hinter der juristischen Person stehen. Es ist der Auffassung, daß ein Haftungsdurchgriff auf die Personen möglich ist, die hinter der juristischen Person stehen, wenn die juristische Person in einem organschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu ihnen steht und wenn entweder die herrschende Person bei Vertragsverhandlungen so maßgebend mitwirkt, daß der Vertragspartner darin mit Recht die Übernahme einer Garantie erblickt, oder wenn die herrschende Person bei Abschluß des Vertrags der Organgesellschaft mitwirkt, obwohl ihr bekannt ist, daß diese den Vertrag nicht erfüllen kann, oder wenn eine andere Kollusion zwischen Herrschafts- und Organgesellschaft zum Nachteil des Gläubigers vorliegt.

Ein Organschaftsverhältnis nimmt das Berufungsgericht - unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über die Kriegsgesellschaften des Reiches - an,

2

wenn die juristische Person das unselbständige Organ der herrschenden Person ist und von ihr so beherrscht wird, daß ihre Stellung in tatsächlicher Hinsicht der eines Angestellten oder einer unselbständigen Betriebsabteilung der Herrschaftsperson gleicht. Das Berufungsgericht würdigt den festgestellten Sachverhalt dahin, daß die B. und Bi. GmbH kein unselbständiges Organ des beklagten Verlages gewesen sei.

Aber auch für den Fall, daß ein Organschaftsverhältnis vorliege, verneint das Berufungsgericht den Haftungsdurchgriff, weil es an den weiteren Voraussetzungen dafür fehle. Weder der Beklagte G. noch ein anderer Vertreter des beklagten Verlages hätten bei den Verträgen mit den Klägern, die den Klageforderungen zu Grunde liegen, oder auch nur wiederholt bei anderen gleichartigen Verträgen mit den Klägern mitgewirkt und den Anschein der Garantie erweckt. Die von den Klägern eingeholten Auskünfte stellten keine solche Mitwirkung des beklagten Verlages dar, ebenfalls nicht etwaige Äußerungen von Angestellten der B. und Bi. GmbH. Die Äußerungen von Angestellten des beklagten Verlages auf der Frankfurter Buchmesse 1954 seien, wenn sie überhaupt von vertretungs- oder erklärungsberechtigten Personen abgegeben worden seien, zu vage, als daß daraus der Anschein einer Garantie herzuleiten<sup>sei</sup>/. Die schriftlichen Erklärungen des beklagten Verlages gegenüber einigen Klägern seien mit Bedacht so abgefaßt, daß daraus keine Garantie entnommen werden könne. Aus den Erklärungen des beklagten Verlages gegenüber anderen Gläubigern und aus den Zahlungen an sie könnten die Kläger keine Rechte herleiten.

Da der beklagte Verlag bei den Verträgen mit den Klägern nicht mitgewirkt habe, komme die weitere Möglichkeit für einen Haftungsdurchgriff, die Mitwirkung in Kenntnis, daß das Organ den Vertrag nicht erfüllen könne, nicht in Betracht.

Schließlich liege keine Kollusion zwischen dem beklagten Verlag und der B. und Bi. GmbH vor; insbesondere habe sich der Verlag keine Vorteile auf Kosten der Konkursgläubiger zuschieben lassen.

Das Berufungsgericht erwägt sodann die Haftung des einzigen Gesellschafters einer Ein-Mann-GmbH, des beherrschenden von mehreren Gesellschaftern sowie des beherrschenden Treugebers (Hintermannes); es will sie eintreten lassen, wenn dieser durch sein Verhalten den Anschein der persönlichen Haftung hervorgerufen hat oder wenn er sein Privatvermögen mit dem Gesellschaftsvermögen vermischt hat. Es sieht den Beklagten G. als beherrschenden Treugeber an, verneint aber wiederum, daß er den Anschein der persönlichen Haftung erweckt habe. Eine Vermischung seines Privatvermögens mit dem Gesellschaftsvermögen liege gleichfalls nicht vor.

Die Ansicht, der Alleingesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hafte dann persönlich, wenn die Gesellschaft mit einem unverhältnismäßig geringen Stammkapital ein kapitalintensives Unternehmen betreibe, habe sich nicht durchgesetzt. Sie verdiene nur insoweit Billigung, als es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn der Alleingesellschafter der Gesellschaft hohe Darlehen gebe und sie im Konkurs der Gesellschaft zurückfordere. Darüber hinaus könne ihr nicht gefolgt werden, weil die Geschäftspartner einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung deren Stammkapital aus dem Handelsregister ansehen und sich bei ihren Kreditgeschäften mit der Gesellschaft dementsprechend einrichten könnten.

## II.

Die Revision ist der Auffassung, für die Frage des Haftungsdurchgriffs komme es nicht darauf an, ob die B.

und Bi [REDACTED] GmbH in organschaftlichem Abhängigkeitsverhältnis zu den Beklagten stehe; sie rügt, das Berufungsgericht sei von seiner entgegengesetzten Auffassung aus zu einer fehlerhaften Gesamtwürdigung des Sachverhalts gelangt.

Richtig ist, daß die Frage nach dem organschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis von untergeordneter Bedeutung ist. Für die Zulassung des Haftungsdurchgriffs sind andere Gesichtspunkte maßgebend, die bei einer Organgesellschaft - oder auch einer Ein-Mann-Gesellschaft - eher vorliegen mögen als bei anderen Gesellschaften, die aber bei jeder Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Betracht kommen können. Allein deshalb, weil jemand eine juristische Person beherrscht, kann nicht auf seine Haftung durchgegriffen werden (BGHZ 22, 226, 233); die Beherrschung gefährdet noch nicht die Interessen der Gläubiger (Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, 1959, S. 46). Für Gesellschaften im Abhängigkeitsverhältnis gelten im A k t i e n r e c h t einzelne besondere Vorschriften (vgl. §§ 15, 51, 65, 80, 95, 128, 131, 134 Aktiengesetz); die r e c h t l i c h e Selbständigkeit bleibt jedoch im Grundsatz unberührt; eine generelle Haftung der beherrschenden Person ist nicht vorgeschrieben. Die o r g a n - s c h a f t l i c h e Abhängigkeit führt zwar zu Haftungsdurchgriffen im Steuerrecht (vgl. z.B. § 2 Abs. 2 Nr. 2 GewerbesteuerG; § 2 Abs. 2 Nr. 2 UmsatzsteuerG; § 114 Abgabenordnung). Darüber hinaus aber hat sie in der Rechtsprechung zum Durchgriff - soweit ersichtlich - nur in den Fällen der Aufrechnung gegenüber Kriegsgesellschaften eine wesentliche Rolle gespielt. Das Berufungsgericht hat sich denn auch bei seinem andersartigen Ausgangspunkt offenbar erheblich von den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur Aufrechnung gegenüber Kriegsgesellschaften des Reiches mit Forderungen gegen das Reich beeinflussen lassen, Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof die

Selbständigkeit der juristischen Person beiseite geschoben und in der Begründung das enge organschaftliche Abhängigkeitsverhältnis der Kriegsgesellschaften zum Reich herausgestellt hat, um den Durchgriff auf die G e s e l l s c h a f t - nicht auf das hinter ihr stehende Reich - , eben die Aufrechnung mit Forderungen gegen das Reich zu ermöglichen. Den Ausnahmecharakter dieser Fälle hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (BGHZ 26, 31, 36) hervorgehoben, und er ist zu dem Ergebnis gekommen, daß die Grundsätze, die die Rechtsprechung zur Aufrechnung gegenüber Forderungen von Kriegsgesellschaften entwickelt hat, nicht auf den Fall übertragen werden können, daß ein Unternehmer kraft freier, durch die Bedürfnisse des Erwerbslebens begründeter EntschlieÙung eine von ihm abhängige Gesellschaft mit beschränkter Haftung begründet hat. Er hat damit den Leitsatz (BGHZ 20, 4) bekräftigt, daß über die Rechtsform einer juristischen Person nicht leichtfertig oder schrankenlos hinweggegangen werden darf.

Serick (Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955, S. 13; vgl. auch Serick, Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen 1959 S. 21) bedauert, daß den Urteilen, die die Rechtsform der juristischen Person mißachtet haben, die festen dogmatischen Grundlagen fehlen. Es ist jedoch nicht daran vorbeizukommen, daß die Vielfalt der Lebensverhältnisse eine dogmatische Grundlegung erschwert, so daß immer wieder der einzelne Fall neu betrachtet werden muß, wobei frühere Entscheidungen zu scheinbar ähnlichen Fällen nur mit Vorsicht herangezogen werden können (Fischer LM GmbHG § 13 Nr. 4 Anm.; vgl. auch Müller-Freienfels AcP 156, 522, 537). Ein Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden Kräfte ist nur ausnahmsweise, und zwar nur dann zulässig, wenn schwerwiegende Gesichtspunkte aus Treu und Glauben das erfordern (BGHZ 22, 226, 230; 31, 258, 271; VIII ZR

301/56 v. 26. November 1957, WM 1958, 460; VII ZR 9/57 v. 8. Januar 1958, WM 463; VII ZR 109/59 v. 11. Juli 1960, WM 1119; vgl. auch Serick, Durchgriffsprobleme S. 30). Die Rechtsfigur der juristischen Person wird beiseite geschoben, falls eine sachgerechte Entscheidung nur dann möglich ist, wenn die realen Kräfte aufgesucht werden, die hinter der juristischen Person stehen (Kuhn WM 1956, 9). Nur im Einzelfall kann eine Einwirkung der Organtheorie auf das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Betracht kommen (Scholz, Kommentar zum GmbHG, 4. Aufl. § 12 Nr. 3). Das hat im übrigen auch das Berufungsgericht jedenfalls insofern beachtet, als es das (von ihm abgelehnte) Organschaftsverhältnis nicht als Grundlage des Haftungsdurchgriffs genügen läßt, sondern eine (ebenfalls abgelehnte) Kollusion zwischen der Organgesellschaft und der beherrschenden Person verlangt. Jedoch könnte der Durchgriff in solchen Fällen berechtigt sein, ohne daß eine so starke Abhängigkeit vorliegt, wie sie im Organschaftsverhältnis gegeben ist.

Die Auffassung der Revision, es komme auf das organschaftliche Verhältnis nicht an, ist daher zutreffend; und ihr Ausgangspunkt, es sei zu prüfen, ob die Tatsachen, die dem Berufungsgericht nicht ausreichten, das Organschaftsverhältnis festzustellen, jedenfalls - um die Formulierung der Revision zu verwenden - die "Realität" eines objektiven Mißbrauchs der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ergäben, ist im Ansatz richtig. Doch kann der rechtlichen Würdigung, die die Revision dem festgestellten Sachverhalt geben will, nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht hat auf die Feststellung Wert gelegt, daß es sich bei der B. und Bi. GmbH gegenüber

der Vertriebsabteilung B. und Bi. um den Neuanfang einer wirtschaftlich selbständigen Buchhandlung gehandelt habe. Die Revision bestreitet das. Sie verweist auf den Vortrag der Kläger, die Beklagten hätten schon vor dieser Gründung seit dem Jahre 1952 ihren Buchhandel getarnt, dieser sei nur in eine juristische Person übergeleitet worden, um ihre Haftung wegen früherer Erfahrungen zu begrenzen. Dabei hätten sie mit Hilfe der Optionen die nominellen Gesellschafter vorgeschoben, um während der unsicheren Anfangszeit die Gläubiger auf das Kapital der Gesellschaft oder auf Ansprüche gegen die vermögenslose Frau Schm. zu verweisen, nach der erhofften günstigeren Entwicklung aber selbst die Früchte zu ernten.

Diese Gesichtspunkte vermögen nicht den Haftungsdurchgriff auf die Beklagten zu rechtfertigen.

Ob man die B. und Bi. GmbH als einen Neuanfang ansieht oder als eine Fortsetzung der gleichnamigen Vertriebsabteilung, ist unerheblich, denn jedenfalls ist mit ihr erstmals eine juristische Person gegründet worden, bei der erst die Probleme des Durchgriffs auftauchten. Ihre Gründung hat dem Gesetz entsprechend die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter zur Folge. Das Gesetz verbietet Kaufleuten nicht, ein Unternehmen, für das sie bisher persönlich hafteten, in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umzuwandeln.

Unerheblich ist auch, daß nicht die wirtschaftlich Interessierten (Kl., Dr. Se. und G.) als Gesellschafter auftraten, sondern Frau Schm. und (anfangs) Fräulein P. als vorgeschobene Personen. Eine Strohmanngründung ist nicht verboten (BGHZ 21, 378, 382; 31, 258). Wer auch Gesellschafter war, von keinem konnte

grundsätzlich mehr als die Stammeinlage verlangt werden.

Die Revision möchte in der Gründung der B. und Bi. GmbH nicht nur eine Strohmanngründung sehen, sondern eine Scheingründung. Es kann jedoch dahinstehen, ob den vorgeschobenen Gründern der Wille gefehlt hat, auch nur treuhänderisch (BGHZ 21, 378, 381; 31, 258, 264) Gesellschafterpflichten zu übernehmen. Die sich allenfalls aus § 117 BGB ergebende Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages kann nicht mehr geltend gemacht werden, nachdem die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen ist (BGHZ 21, 378, 381).

Die Revision meint, die Gründung und Fortführung der Gesellschaft sei auf eigenes Risiko der Beklagten erfolgt. Das wird insofern richtig sein, als der Verlust des Stammkapitals nicht die vorgeschobenen Gesellschafterinnen trifft, sondern ihre Treugeber; das heißt aber noch nicht, daß die Treugeber auch für die Geschäftsschulden der Gesellschaft aufzukommen hätten. Die Revision hebt selbst hervor, daß derjenige, für dessen Rechnung das Gebilde einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung äußerlich geschaffen worden sei, vermögensrechtlich wie ein Gesellschafter behandelt werden müsse. Sie nimmt aber für die Kläger Rechte in Anspruch, die sich aus einer etwaigen Gesellschafterstellung der Beklagten nicht ableiten lassen.

Daß die Treugeber der Gesellschafterinnen die Früchte einer günstigen Entwicklung ernten wollten, gereicht ihnen entgegen der Auffassung der Revision nicht zum Vorwurf. Das will jeder Kaufmann. Es ist nicht ersichtlich, daß die Treugeber Anlaß hatten, den Gesellschafterinnen diese Früchte zu schenken. Die Rechtsstellung der Gläubiger

einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hängt nicht davon ab, welche Person die Früchte eines sich günstig entwickelnden Unternehmens genießen will.

Die Revision rügt weiter eine unzureichende Würdigung der Aussage Kl. [REDACTED] vor dem Untersuchungsrichter [nicht vor der Polizei, wie es im Berufungsurteil irrtümlich heißt; vgl. 7 KLS 8/59 Bl. 40, 48], die B. [REDACTED] und Bi. [REDACTED] GmbH sei ein getarnter Zweigbetrieb des beklagten Verlages, deshalb müsse der Beklagte G. [REDACTED] als Geschäftsführer des beklagten Verlages für die Schulden der B. [REDACTED] und Bi. [REDACTED] GmbH aufkommen. Mit dieser Äußerung hat Kl. [REDACTED] vorwiegend eine rechtliche Beurteilung abgegeben. Welche Tatsachen ihr zu entnehmen waren, unterlag der Beurteilung des Berufungsgerichts. Es ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht der Ansicht Kl. [REDACTED] keine größere Bedeutung beigemessen hat. Das Berufungsgericht mußte aufgrund der Aussage Kl. [REDACTED] nicht zu der Auffassung gelangen, daß etwaige Verpflichtungen G. [REDACTED] gegenüber den Gläubigern hätten getarnt werden sollen. Da G. [REDACTED] die B. [REDACTED] und Bi. [REDACTED] GmbH finanzierte, lag es nahe, daß er Kontrollen ausübte, die vielleicht über das übliche Maß hinausgingen. Deshalb kann die Revision auch nichts daraus herleiten, daß das Berufungsgericht neben den zahlreichen anderen Umständen die Kontrollen nicht besonders erörtert hat.

Die beanstandete Tarnung diene offenbar der Täuschung der Sortimentsbuchhändler, die daran hätten Anstoß nehmen können, daß die Verlage oder ihre Inhaber und leitenden Angestellten unmittelbar an die Letztabnehmer verkauften. Die Gläubiger können daraus keine Rechte herleiten. Nicht auszuschließen ist allerdings, daß die Treugeber mit Rücksicht auf ihren eigenen guten Namen oder den ihrer Verlage

mit weiteren auch persönlichen Mitteln eingesprungen wären, wenn sie selbst als Gesellschafter aufgetreten wären. Das stand aber in ihrer Entschliebung, und sie waren hierzu den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nicht verpflichtet. Die Annahme, daß ein Kaufmann seinen Namen nicht aufs Spiel setzen wird, und das Vertrauen auf seine moralische und wirtschaftliche Verpflichtung (Drobnig S. 89) sind eine Grundlage seines persönlichen Kredits, dagegen keine Haftungsgrundlage.

Einen Durchgriff wegen Unterkapitalisierung will das Berufungsgericht nur dergestalt zulassen, daß der Alleingesellschafter oder die ihm gleichzubehandelnde beherrschende Person mit dem zum Ausgleich der Unterkapitalisierung gegebenen Darlehen im Konkurs hinter den anderen Gläubigern zurücktreten muß. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 31, 258, 272) hält darüber hinaus den Gesellschafter für verpflichtet, derartige Darlehen, die er sich hat zurückzahlen lassen, zur Konkursmasse zurückzuerstatten. Auf beide Gesichtspunkte kommt es hier nicht an. Denn der Beklagte G. hat der B. und Bi. GmbH durch den beklagten Verlag erhebliche Mittel über die Stammeinlage hinaus zur Verfügung gestellt. Die Revision selbst nimmt an, daß insoweit keine Rückzahlungspflicht begründet sei. Der beklagte Verlag allerdings hat anscheinend seine Zahlungen als Konkursforderungen angemeldet, aber da nach dem unstreitigen Sachverhalt eine Konkursquote nicht zu erwarten ist, taucht die Frage nicht auf, ob der beklagte Verlag im Konkurs mit seinen Forderungen zurücktreten müßte.

Die weitere Frage, ob der Gesellschafter von vornherein verpflichtet ist, eine Unterkapitalisierung auszugleichen, hat der II. Zivilsenat (aaO) offengelassen. Sie würde sich im vorliegenden Falle dahin stellen, ob

die Beklagten oder einer von ihnen verpflichtet sind, der Gesellschaft (auch den Gläubigern unmittelbar?) noch weitere Mittel zur Verfügung zu stellen, als es tatsächlich geschehen ist. Diese Frage braucht auch hier nicht beantwortet zu werden. Die fragliche Verpflichtung könnte nur dann in Betracht kommen, wenn sich feststellen ließe, daß auch der weitere Kapitalbedarf auf Unterkapitalisierung zurückzuführen ist. Das ist nicht der Fall, wenn der weitere Bedarf auf eine nicht vorausgesehene Geschäftsentwicklung zurückzuführen ist. Dem klägerischen Vortrag ist kein Anhalt dafür zu entnehmen, daß die B. und Bi. GmbH von vornherein mit einem Kapital hätte ausgestattet sein müssen, das die erheblichen Zuwendungen des beklagten Verlages noch überstieg.

### III.

Die Haftung aus Vertrag (Schuldübernahme, Garantie, Bürgschaft) hat das Berufungsgericht eingangs seiner Entscheidungsgründe abgelehnt. Es kommt im Zusammenhang mit der Haftung für die Organgesellschaft und der Haftung des Alleingesellschafters darauf zurück und legt im einzelnen dar, daß die Beklagten den Klägern gegenüber keine vertraglichen Bindungen eingegangen seien und ihnen gegenüber auch nicht den Anschein der Haftungsübernahme erweckt hätten. Die Äußerungen, der beklagte Verlag und G. ständen hinter der B. und Bi. GmbH, Geschäfte mit ihr seien unbedenklich, könnten - wenn sie überhaupt von G. zu verantworten seien - nach Inhalt und Umständen nicht seine persönliche Haftung herbeiführen; sie könnten ebensowohl bedeuten, daß der Verlag und G. die Gesellschaft finanzierten. Die Meinung der Revision, das Berufungsgericht habe aus diesen Umständen unter Verletzung von § 286 ZPO keine Folgerungen gezogen, ist also unzutreffend. Die Überprüfung des Berufungsurteils

läßt hierzu ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Kläger erkennen. Im übrigen sieht auch die Revision den Schwerpunkt des Rechtsstreits nicht in vertraglicher oder Anscheinshaftung.

#### IV.

Das Berufungsgericht hat schließlich eine Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung verneint.

Die Haftung des Beklagten G. nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG wegen Verzögerung des Vergleichs- oder Konkursantrages hat das Berufungsgericht abgelehnt, da G. nicht Geschäftsführer der B. und Bi. GmbH gewesen sei. Die Revision dagegen will G. wie einen Geschäftsführer behandelt wissen. Ob dies gerechtfertigt wäre, kann jedoch offen bleiben. Denn zur Begründung seiner Haftung müßten die Kläger darlegen, daß sie eine höhere Konkursquote erhalten hätten, wenn das Konkursverfahren in dem Augenblick beantragt worden wäre, in dem die Überschuldung festgestellt wurde (BGHZ 29, 100). Das haben sie nicht getan.

Dagegen, daß sie überhaupt durch Kreditgeschäfte mit einer wirtschaftlich gefährdeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung Schaden erlitten, schützt § 64 GmbHG nicht (BGHZ 29, 100). Insoweit kann eine Haftung des für die Geschicke der Gesellschaft Verantwortlichen nur in Betracht kommen, wenn ihm ein Betrug (§ 263 StGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB) oder eine sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) zur Last fällt. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Schaden wäre zwar nicht entstanden, wenn der Beklagte schon im Januar 1955 weitere Kredite an die B. und Bi. GmbH abgelehnt und damit das Konkursverfahren herbeigeführt hätte. Er habe aber weiteren

Kredit in der Meinung gewährt, daß hierdurch die Schwierigkeiten der B. und Bi. GmbH überwunden werden könnten. Nicht sei er darauf ausgegangen, den Ko. firmen in der Zwischenzeit Vorteile vor den Gläubigern zu verschaffen oder den Gläubigern vorsätzlich Schaden zuzufügen. Auch nur bedingter Vorsatz liege nicht vor. Die Revision hält diese Annahme für bedenklich und verweist auf den Vortrag, das Unternehmen sei seit Januar 1955 für den Beklagten G. erkennbar konkursreif gewesen. Das hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Diese Tatsache schließt nicht die Feststellung aus, daß G. der optimistischen Ansicht gewesen ist, die Schwierigkeiten könnten überwunden, die bei Fortsetzung des Unternehmens entstehenden Verbindlichkeiten könnten beglichen werden. Für die Zeit, während deren der Beklagte seinem Optimismus zum Opfer gefallen ist, kommt ein Schädigungsvorsatz nicht in Betracht (BGHZ 31, 258, 279; vgl. auch VI ZR 96/60 v. 25. April 1961). Die Revision meint, der Optimismus sei längstens bis Ende Juni 1955 haltbar gewesen; dann aber habe G. erkannt, daß die Kläger zu Schaden kommen würden, soweit sie weiterhin auf Kredit lieferten. Das angefochtene Urteil läßt erkennen, daß das Berufungsgericht auch für die folgende Zeit noch von G. Optimismus überzeugt gewesen ist. Es ist kein Sachverhalt erkennbar, der diese Annahme als unmöglich erscheinen ließe. Vielmehr spricht es für G. Optimismus, daß er außer einer Bürgschaft vom 20. April 1955 über 100.000 DM in der Zeit vom 6. Juni bis zum 30. September 1955 noch Darlehen von 78.600 DM beigebracht hat.

Schließlich verweist die Revision noch auf die Rechtsprechung, wonach die Kredithingabe an ein konkursreifes Unternehmen die Haftung des Kreditgebers aus § 826 BGB zur Folge haben könne. Sie übersieht, daß diese Rechtsprechung nur eingreift, wenn der Kreditgeber sich gleichzeitig Vorteile vor denjenigen verschafft, die infolge der

Kredithingabe auf die Wirtschaftskraft des Unternehmens vertrauen. Die Kläger haben nicht vorgetragen, daß die Beklagten sich solche Vorteile verschafft hätten. Allein damit, daß sie weiteren Kredit gegeben haben (der auch verlorengegangen ist), haben sie den Klägern gegenüber keine unerlaubte Handlung begangen (vgl. auch Drobnig S. 35).

Die Revision war also mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Kleinewefers    Dr. Karl E. Meyer    Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Hauß