

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

HGB § 230; GmbHG § 43 Abs. 1

- a) Der Maßstab, an dem die Tätigkeit einer GmbH zu messen ist, welche die Geschäfte einer auf die Beteiligung einer unbestimmten Vielzahl stiller Gesellschafter ausgerichteten Publikumsgesellschaft führt, ist der eines ordentlichen Kaufmanns.
- b) Die GmbH darf deshalb für ihre Geschäftsführertätigkeit nur solche Kosten in Ansatz bringen, die sie für erforderlich halten kann.
- c) In einem solchen Fall kann sich der Schutzbereich des zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Dienstverhältnisses auch auf die stillen Gesellschafter erstrecken.

BGH, Urt. v. 14. November 1994 - II ZR 160/93 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 160/93

Verkündet am:
14. November 1994
Kappler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 1994 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Dr. Henze, Stodolkowitz und Prof. Dr. Greger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Juni 1993 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Kläger haben sich neben einer Reihe weiterer Mitgesellschafter in der Form einer atypischen stillen Gesellschaft am Unternehmen der Beklagten zu 1, einer GmbH, beteiligt. Gegenstand des Unternehmens der Beklagten zu 1 ist deren Beteiligung an der Partnership "S. Hotel Company", die in S. im US-Bundesstaat G. das im Jahre 1981 eröffnete S. H. Regency Hotel betreibt. In § 1 Abs. 2 des zwischen den einzelnen Anlegern und der Beklagten zu 1 geschlossenen vorformulierten Gesellschaftsvertrages heißt es:

"Die stillen Gesellschafter bilden untereinander eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Zweck der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die gemeinsame Wahrnehmung der Rechte aufgrund des stillen Gesellschaftsvertrages gegenüber der Participation."

§ 14 Abs. 1 bestimmt:

"Entnahmen können nach Erstellung der Bilanz auf der Grundlage der Ergebnisverteilung der Kommanditgesellschaft (Partnership) durch Beschluß der Gesellschafterversammlung getätigt werden."

Die Beklagte zu 1 ist 1978 von dem Beklagten zu 2, ihrem alleinigen Geschäftsführer, und der früheren Beklagten zu 3 als Abschreibungsgesellschaft gegründet worden. Der Beklagte zu 2 ist zudem alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer der in Form von Gesellschaften m.b.H. gegründeten früheren Beklagten zu 3, 4 und 5. Ziel der Gründung der Beklagten zu 1

war es, das für den Erwerb der Partnership-Beteiligung erforderliche Kapital durch die Einlagen der auf dem Kapitalmarkt zuwerbenden Anleger aufzubringen. In dem von der Beklagten zu 3 herausgegebenen Prospekt waren die Vorbereitungs- und Gründungsmaßnahmen, zu denen unter anderem eine Projektprüfung sowie die Durchführung einer Werbekampagne zählten, im einzelnen aufgeführt. Die hierfür aufzuwendenden sogenannten "Deutschland-Kosten" wurden mit insgesamt US-Dollar 1.376.190 veranschlagt. Ferner enthält der Prospekt den Hinweis, daß der Umrechnung Dollar/DM aus Sicherheitsgründen eine Relation von 2,10 DM für einen US-Dollar zugrunde gelegt worden sei, so daß wegen des derzeit erheblich niedriger notierenden Dollars mit der Entstehung einer weiteren Liquiditätsreserve gerechnet werden könne. Über die Ausschüttung derselben an die stillen Gesellschafter soll nach dem Prospekt die Gesellschafterversammlung beschließen können, sobald die Investitionsphase abgeschlossen ist. Zur Durchführung der vorgesehenen Vorbereitungs- und Gründungsmaßnahmen schloß der Beklagte zu 2 im Laufe des Jahres 1978 namens der Beklagten zu 1 mit sich selbst und den von ihm vertretenen früheren Beklagten zu 3, 4 und 5 Beratungs- und Geschäftsbesorgungsverträge ab. In Erfüllung dieser Verträge zahlte die Beklagte zu 1 an den Beklagten zu 2 und die früheren Beklagten zu 4 und 5 insgesamt 3.016.024,-- DM sowie an die frühere Beklagte zu 3 für die Zeit von Dezember 1978 bis November 1983 649.534,74 DM.

Die Kläger machen dem Beklagten zu 2 zum Vorwurf, seine Geschäftsführerpflichten vorsätzlich verletzt zu haben. Bei leistungsgerechten Vergütungen und unter Berücksichtigung des im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse erheblich niedriger

als vertraglich vorausgesetzt notierenden US-Dollars hätten an ihn sowie die von ihm beherrschten früheren Beklagten zu 3, 4 und 5 mindestens 750.000,-- DM weniger gezahlt werden müssen. Die das Geschäftsvermögen der Beklagten zu 1 und damit zugleich das Vermögen der stillen Gesellschafter schädigenden Verträge seien unter dem Gesichtspunkt des Selbstkontrahierungsverbotes sowie des Vollmachtsmißbrauches unwirksam. Zudem sei gegen den Grundsatz verstoßen worden, daß die den Gründern durch Verträge mit der Publikumsgesellschaft eingeräumten Vorteile, namentlich in der Gründungsphase, aus den für das Gesellschaftsverhältnis maßgebenden Urkunden ersichtlich sein müßten.

Die stillen Gesellschafter der Beklagten zu 1 haben in der Gesellschafterversammlung vom 2. Dezember 1987 mit der Mehrheit der anwesenden Stimmen beschlossen, "daß die in der Investitionsphase an Herrn W. und seine Firmengruppe zuviel gezahlten Beträge in Höhe von mindestens 750.000,-- DM gemäß § 14 des Gesellschaftsvertrages an die stillen Gesellschafter ausgeschüttet werden sollen". Außerdem haben sie in dieser Gesellschafterversammlung beschlossen, die Beklagte zu 1 zu verpflichten, die in der Investitionsphase an die W.-Gruppe zuviel gezahlten Beträge in Höhe von mindestens 750.000,-- DM von dem Beklagten zu 2 sowie den früheren Beklagten zu 3, 4 und 5 wieder zurückzufordern.

Die Beklagten bestreiten jede Pflichtverletzung, weil die gezahlten Honorare und Provisionen üblich und angemessen seien. Der Hinweis im Prospekt, wonach mit der Entstehung einer weiteren Liquiditätsreserve zu rechnen sei, beziehe sich nicht auf die für die Projektvorbereitung und Gründung

der Publikumsgesellschaft veranschlagten Kosten. Über diese seien die stillen Gesellschafter durch den Prospekt zutreffend informiert worden; mit der Zeichnung ihrer Beteiligungen hätten sie sich damit einverstanden erklärt. Außerdem erhebt der Beklagte zu 2 die Einrede der Verjährung.

Die Kläger, die ursprünglich auch von den früheren Beklagten zu 3, 4 und 5 die Rückzahlung der an diese geleisteten Beträge geltend gemacht haben, machen mit der Klage eine Teilforderung von 750.000,-- DM geltend. In der Reihenfolge der zuvor aufgeführten Verträge mit dem Beklagten zu 2 und den früheren Beklagten zu 3, 4 und 5 verlangen sie aus jedem beanstandeten Vertrag den vollen Betrag bis zur Erreichung der Klageforderung, wobei sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt haben, "daß - im Sinne einer innerprozessualen Bedingung - der Senat über nachrangig geltend gemachte Forderungen entscheiden soll, sofern es für die Entscheidung über vorrangige Ansprüche nach Auffassung des Senates einer Beweisaufnahme bedürfte".

Das Landgericht hat die Beklagten zu 1 und 2 gemäß dem Hauptantrag der Kläger als Gesamtschuldner verurteilt, an diese 750.000,-- DM nebst Zinsen an die Gesamthand der zwischen den stillen Gesellschaftern bestehenden BGB-Gesellschaft zu Händen des Beirates zu zahlen; die gegen die früheren Beklagten zu 3, 4 und 5 gerichtete Klage hat es abgewiesen. Die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgen sie ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das angefochtene Urteil beruht auf einem gemäß § 559 Abs. 2 ZPO von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensmangel.

Die Kläger haben im Berufungsverfahren die Reihenfolge der Prüfung ihrer Ansprüche aus den von der Beklagten zu 1 geschlossenen Beratungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen davon abhängig gemacht, ob vorrangige Ansprüche eine weitere Beweisaufnahme erfordern; sei dies zu bejahen, so solle das Berufungsgericht unter deren Übergehung über nachrangig geltend gemachte Ansprüche entscheiden. Dieser Vorbehalt, an den sich das Berufungsgericht bei der Schadensposition 2 gehalten hat, stellt eine unzulässige innerprozessuale Bedingung dar. Anträge oder Gesuche an das Gericht können zwar regelmäßig mit der Bedingung verknüpft werden, das Gericht möge nur bei Eintritt eines bestimmten innerprozessualen Vorgangs entscheiden (BGH, Urt. v. 10. November 1983 - VII ZR 72/83, NJW 1984, 1240, 1241; RGZ 157, 369, 378 f.; BayObLGZ 1987, 46, 49 f.; OLG Stuttgart NJW 1971, 1090, 1091; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 21. Aufl. vor § 128 Rdn. 210 ff.; Zöller/Greger, ZPO 18. Aufl. vor § 128 Rdn. 20). Voraussetzung hierfür ist aber, daß die Partei oder ihr Gegner gleichzeitig einen anderen Antrag stellt oder einen gleichgerichteten Sachverhalt vorträgt, der nicht an Bedingungen geknüpft ist und die sichere Grundlage für die Entscheidung bildet, falls die bedingte Handlung mangels

Eintritts der Bedingung nicht Entscheidungsgrundlage sein kann. Ohne diese Einschränkung führt die Abhängigkeit auch von einem innerprozessualen Ereignis zu jener in einem gerichtlichen Verfahren unerträglichen Ungewißheit, die derartige Prozeßhandlungen unzulässig macht (vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht 15. Aufl. § 65 IV 2 S. 356 f.).

Gegen diese Grundsätze verstößt die von den Klägern in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellte Bedingung, es solle stets über nachrangig geltend gemachte Forderungen nur entschieden werden, sofern es für die Entscheidung über vorrangige Ansprüche einer Beweisaufnahme bedürfe. Damit verknüpften die Kläger ihre Klage bezüglich aller Schadensforderungen nachträglich mit einer Bedingung, ohne daß gleichzeitig noch ein unbedingter Antrag aufrechterhalten wurde. Die Klage war damit unzulässig geworden. Dieser Verfahrensmangel ist von Amts wegen zu beachten, weil von ihm der Rechtsstreit in seiner Gültigkeit und Rechtswirksamkeit abhängt (vgl. BGHZ 11, 193, 194; Stein/Jonas/Grunsky aaO § 559 Rdn. 8 f.; Zöllner/Schneider aaO § 559 Rdn. 7 ff.). Die Kläger haben zwar vor dem Senat klargestellt, daß die "Schadensposition 2" nur noch hilfsweise geltend gemacht wird. Damit ist der bisherige Mangel des Verfahrens aber nicht in zulässiger Weise geheilt worden (vgl. zu den Voraussetzungen einer Heilung im Revisionsverfahren BGHZ 11, 193, 195; BGH, Urt. v. 8. Dezember 1989 - V ZR 174/88, NJW 1990, 2068, 2069). Die auf verschiedenen Sachverhalten beruhenden und als selbständige prozessuale

Ansprüche zu behandelnden Schadenspositionen 1, 3 und 4 bleiben bedingt anhängig. Eine sichere Grundlage für die Entscheidung besteht weiterhin nicht.

Dieser von Amts wegen zu beachtende Verfahrensfehler führt jedoch nicht zur Abweisung der Klage als unzulässig. Die Kläger haben in erster Instanz obsiegt und die Klage erst im Berufungsverfahren mit einer unzulässigen Bedingung verknüpft. In einem solchen Fall muß der Richter darauf hinweisen, daß ein Verfahrenshindernis besteht (§ 139 Abs. 2 ZPO). Amtsprüfung bedeutet zwar keine Amtsermittlung. Der Streitstoff ist hier aber auch ohne eine entsprechende Rüge zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 20. Januar 1989 - V ZR 173/87, WM 1989, 834, 836 m.w.N.). Der Umstand, daß das Berufungsgericht einen solchen Hinweis unterlassen und statt dessen rechtsirrig in der Sache entschieden hat, führt deshalb dazu, daß sein Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen ist.

II. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung der Sache ist auf folgendes hinzuweisen:

A. Ansprüche gegen die Beklagte zu 1:

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte zu 1 schuldhaft ihre Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung und damit ihre Treuepflicht als Gesellschafterin verletzt hat, wenn sie zugunsten des Beklagten zu 2 und der von ihnen beherrschten früheren Beklagten zu 3, 4 und 5 Vor-

kosten verursacht hat, denen eine entsprechende Gegenleistung nicht gegenübersteht. Diesen Ausgangspunkt des Berufungsurteils greift die Revision ohne Erfolg an.

a) Der Senat hat bereits in seiner eine andere von dem Beklagten zu 2 initiierte Abschreibungsgesellschaft, deren Struktur der der Beklagten zu 1 entspricht, betreffenden Entscheidung (Sen.Urt. v. 29. Juni 1987 - II ZR 173/86, WM 1987, 1193 = ZIP 1987, 1316; besprochen von Blaurock in EWIR 1987, 1219; Baums in WuB II H § 230 HGB 1.88; Windbichler in ZGR 1989, 434; Keim in JA 1988, 149) ausgesprochen, daß die Kläger als stille Gesellschafter aufgrund der gegenseitigen Treuepflichten, die ihnen aus den zwischen den Parteien geschlossenen Gesellschaftsverträgen erwachsen, nicht hinnehmen müssen, daß der Inhaber die Einlage des stillen Gesellschafters nicht bestimmungsgemäß verwendet oder dem Unternehmen bestimmungswidrig Vermögen entzieht. Verstößt der Inhaber bei Ausübung des ihm zur Förderung der Interessen der stillen Gesellschafter verliehenen Geschäftsführungsrechts gegen seine Pflichten, indem er Gelder der Anleger, die zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks, nämlich den Erwerb des Kommanditanteils und die Bestreitung der dafür notwendigen Kosten, nicht benötigt werden, nicht wieder an die stillen Gesellschafter ausschüttet, sondern anderweitig verwendet, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Die stillen Gesellschafter haben in diesem Fall einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als seien die schädigenden Handlungen nicht vorgenommen worden.

b) Dem vermag die Revision nicht mit Erfolg entgegenzuhalten, daß die fraglichen Vereinbarungen mit den Beklagten zu 2 bis 5 schon in der Anlaufphase des Beteiligungsprojekts und vor dem Beitritt des ersten stillen Gesellschafters geschlossen worden und deshalb zu erfüllen seien. Es war nämlich von vornherein klar, daß die Vergütungen und Provisionen nur aus den Einlagen der noch zuwerbenden stillen Gesellschafter gezahlt werden konnten. Die Beklagte zu 1 war deshalb schon vor dem Beitritt der stillen Gesellschafter verpflichtet, den bereits feststehenden Gesellschaftszweck nicht durch ungerechtfertigt hohe Vorbelastungen der Gesellschaft in Frage zu stellen, weil derartige Geldabflüsse den zum Erwerb der Beteiligung zur Verfügung stehenden Betrag und die Gewinnaussichten, mindestens aber die eventuell wieder auszuschüttenden Rücklagen minderten.

c) Der Auffassung der Revision, die Beklagte zu 1 habe die Höhe der Vorkosten im Beteiligungsangebot offengelegt, die später an die Beklagten zu 2 bis 5 ausgezahlten Beträge seien somit Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien geworden, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Zwar sind die Vorkosten, wie sie später gezahlt worden sind, im Prospekt ohne nähere Erläuterung und im Zusammenhang mit den für die Errichtung und Fertigstellung des Hotels veranschlagten Kosten aufgeführt. Weitere in diesem Zusammenhang wichtige Tatsachen verschleierte der im November 1978 herausgegebene Prospekt jedoch. Er erwähnt nicht, daß die Vorkosten aufgrund der Verträge vom 25. Oktober 1978 schon feststanden. Hinweise auf die wirtschaftlichen und persönlichen Verflechtungen der Beklagten zu 1 mit den Beklagten zu 2 bis 5 fehlen. Den für den Erwerb der Beteiligung vorgesehe-

nen Betrag von US-Dollar 4,1 Mio. nennt er nicht. Der Dollarkurs war "aus Sicherheitsgründen" bewußt zu hoch angesetzt; den Kapitalanlegern wurde deshalb in Aussicht gestellt, daß wegen des erheblich niedriger notierenden US-Dollars eine an sie auszuschüttende Liquiditätsreserve entstehen werde. Unter diesen Umständen ist die Würdigung des Berufungsgerichtes, die Kläger hätten die im Prospekt genannten Beträge als Schätzung oder Voranschlag ansehen dürfen, sie hätten sich jedenfalls nicht mit dem Abfließen dieser Beträge ohne entsprechende Gegenleistung der Empfänger einverstanden erklärt, nicht zu beanstanden.

d) Ebensowenig kann sich die Revision darauf berufen, die Beklagte zu 1 habe im Prospekt ihren "Preis" dargelegt, die stillen Gesellschafter hätten sich mit der Zeichnung des Angebots damit einverstanden erklärt und könnten deshalb nachträglich diesen Preis nicht als unangemessen hoch beanstanden. Die zu Lasten der noch zuwerbenden Kapitalanleger in der Anlaufphase des Beteiligungsprojekts eingegangenen Verbindlichkeiten sind Aufwendungen, die die Beklagte zu 1 für die stillen Gesellschafter getätigt hat. Den unzureichenden Angaben im Prospekt und dem Beitritt der stillen Gesellschafter kann man nicht die rechtsgeschäftliche Vereinbarung entnehmen, daß die Beklagte zu 1 ermächtigt werden sollte, mit den Beklagten zu 2 bis 5 entsprechende Verträge abzuschließen, bzw., daß die schon geschlossenen Verträge genehmigt wurden. Der Beitritt beinhaltet nicht mehr als das Einverständnis, daß die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Mittel den Einlagen entnommen werden durften. Weiter kann nicht angenommen werden, daß im Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine Einigung über den

"Preis" liegt. Preise sind nur im Verhältnis der Beklagten zu 1 zu den Beklagten zu 2 bis 5 als ihren Vertragspartnern vereinbart worden. Die stillen Gesellschafter haben mit den ihnen bis dahin teilweise unbekannten und im Beteiligungsangebot nicht genannten Beklagten zu 2 bis 5 keinerlei rechtsgeschäftliche Vereinbarungen getroffen.

e) Schließlich beruft sich die Revision zur Rechtfertigung von Umfang und Höhe der Vorkosten erfolglos auf steuerrechtliche Erwägungen. Die von den Kapitalanlegern angestrebten Steuervorteile in Form von Verlustzuweisungen erforderten selbstverständlich das Entstehen von Verlusten in der Anlaufphase des Beteiligungsprojekts. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, daß die stillen Gesellschafter zur Erlangung höchstmöglicher Steuervorteile Kosten akzeptieren wollten, denen in dieser Höhe keinerlei Gegenleistung entsprach. Zum einen ist nicht ersichtlich, daß zweckwidrig verwendeten Teilen der Einlagen diese übersteigende Steuervorteile gegenüberstanden; zum anderen minderten unberechtigt hohe Geldabflüsse den Wert der Beteiligung und die zwecks Erhaltung der nur vorläufig gewährten Steuervorteile erforderlichen späteren Gewinne. Die zweckwidrige Verwendung von Einlagen kann deshalb nicht durch den Gesellschaftszweck, der sicherlich auch die Erlangung von Steuervorteilen durch Verlustzuweisungen umfaßt, gerechtfertigt werden.

2. Die Revision greift weiterhin die Ausführungen des Berufungsgerichtes an, mit denen begründet wird, daß die Einlagen der stillen Gesellschafter mindestens in Höhe von 750.000,-- DM zweckwidrig verwendet worden sind. Die Feststellungen des Berufungsgerichtes dazu sind, wie unter I.

ausgeführt, von einem Verfahrensmangel beeinflusst; im übrigen halten sie rechtlicher Nachprüfung im wesentlichen stand.

a) Der Senat hat - wie bereits dargelegt - entschieden, daß die stillen Gesellschafter einer Gesellschaft der hier vorliegenden Art es nicht hinnehmen müssen, daß der Inhaber die Einlagen der stillen Gesellschafter nicht bestimmungsgemäß verwendet oder dem Unternehmen bestimmungswidrig Vermögen entzieht (Urt. v. 29. Juni 1987 - II ZR 173/86, aaO). Es geht deshalb um die Frage, ob das Vorgehen der Beklagten zu 1 gegen den Gesellschaftsvertrag verstieß und dadurch gleichzeitig auch die in § 12 festgelegte Gewinnbeteiligung der stillen Gesellschafter geschmälert wurde. Sie ist dem Grunde nach zu bejahen.

b) Gemäß § 8 des zwischen der Beklagten zu 1 und den stillen Gesellschaftern geschlossenen Gesellschaftsvertrages führt die Beklagte zu 1 die Geschäfte der stillen Gesellschaft allein und in eigener Verantwortung. Für die Tätigkeit erhält sie eine angemessene Vergütung; außerdem hat sie Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen (§ 11 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages). Hierdurch wird das Vorgehen der Beklagten zu 1 nicht gedeckt.

Dabei kann es dahinstehen, ob die Zahlungen, welche die Beklagte zu 1 an den Beklagten zu 2 und die früheren Beklagten zu 3 bis 5 erbracht hat, als Aufwendungen im Sinne des § 11 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages zu qualifizieren sind. Die Revision meint, bei diesen Zahlungen handele es sich nicht um Aufwendungen, sondern um eigenständigen rechtlichen

Regeln unterliegende Kosten. Auch wenn dies richtig wäre, würde das Verhalten der Beklagten zu 1 gegen den Gesellschaftsvertrag verstoßen.

Wie der Senat für die Publikums-KG bereits entschieden hat, ist der Maßstab für die geschäftsführende GmbH, an dem ihre Tätigkeit zu messen ist, gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG der eines ordentlichen Kaufmanns (vgl. BGHZ 75, 321, 327). Bei einer Publikumsgesellschaft, welche auf die Beteiligung einer unbestimmten Vielzahl stiller Gesellschafter ausgerichtet ist, kann der Maßstab kein anderer sein. Gesellschaftszweck der GmbH ist hier die Geschäftsführung für die stillen Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag wird von ihnen in der Erwartung einer pflichtgemäßen, ordentlichen Tätigkeit der geschäftsführenden GmbH abgeschlossen. Hierauf sind sie wegen ihrer geringen Mitwirkungsrechte in besonderem Maße angewiesen. Deshalb muß die GmbH auch hier die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns führen (vgl. auch Reusch, Die stille Gesellschaft als Publikumspersonengesellschaft, 1989, S. 118 f.).

c) Hiermit ist das Vorgehen der Beklagten zu 1 nicht vereinbar.

Im Verhältnis der Kläger zu der Beklagten zu 1 stehen dienstvertragliche Rechte und Pflichten im Vordergrund, weil sie aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen lediglich die mit den Mitteln der Kapitalanleger erworbene Kommanditbeteiligung verwaltet und hierfür eine Vergütung (sowie Aufwendersatz) erhält, hiergegen am Gewinn und Verlust der stillen Gesellschaften nicht beteiligt ist (vgl. Sen.Urt. v.

7. Februar 1994 - II ZR 191/92, WM 1994, 593, 596 = ZIP 1994, 455, 458, zur Veröffentlichung in BGHZ 125, 74 (vorgesehen). Die Beklagte zu 1 durfte als ordentlicher Kaufmann deshalb für ihre Geschäftsführertätigkeit nur solche Kosten in Ansatz bringen, die sie für erforderlich halten konnte. Es kommt, wie vom Berufungsgericht geprüft, darauf an, ob die Beklagte zu 1 in den Verträgen mit dem Beklagten zu 2 und den früheren Beklagten zu 3 bis 5 eine angemessene und leistungsgerechte Vergütung vereinbart hat oder ob sie diesen - im Interesse ihres Gesellschafter-Geschäftsführers - überhöhte Vergütungen, denen eine entsprechende Gegenleistung nicht gegenüberstand, gezahlt hat.

Mit den Rechten und Pflichten der Beklagten zu 1 als Geschäftsführer der stillen Gesellschaft war es unvereinbar, daß sie mit Dritten Beraterverträge schloß, welche darauf gerichtet waren, sie in Angelegenheiten der Geschäftsführung gegen Entgelt zu beraten. Ein solcher Vertrag verstößt gegen das Unternehmensinteresse. Die in den Beraterverträgen vereinbarten Dienste schuldete die Beklagte zu 1 den stillen Gesellschaftern bereits in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin. Ohne Kenntnis und Einwilligung der stillen Gesellschafter konnte sie deshalb hierüber nicht noch gesonderte Beraterverträge mit Dritten abschließen, die hohe Kosten verursachten und dadurch die Gewinnansprüche der stillen Gesellschafter schmälerten. Hinzu kommt, daß der Beklagte zu 2 der Beklagten zu 1 die Leistungen, die in dem mit ihm geschlossenen Beratervertrag vom 25. Oktober 1978 vorgesehen waren, bereits in seiner Eigenschaft als deren Geschäftsführer schuldete.

d) Es ist nicht entscheidend, daß sich die Höhe der Vergütungen an den Sätzen orientiert, welche die Finanzämter für die Abzugsfähigkeit von Werbungskosten gerade noch akzeptieren; unerheblich sind weiter die bei anderen Kapitalanlageprojekten entstandenen Vorkosten.

e) Der Hinweis der Revision, mit dem Beraterhonorar habe, wie schon durch den Betrag der Vergütung belegt werde, die im Prospekt genannte Konzeptgebühr abgegolten werden sollen, geht fehl. Das widerspricht zum einen dem Gegenstand des Beratervertrages; zum anderen war "die spezielle Konzeption und die Gesamtvorbereitung der beabsichtigten Beteiligung" Inhalt des mit der früheren Beklagten zu 4 geschlossenen Vertrages. An dieser von ihr gewählten vertraglichen Gestaltung muß sich die Beklagte zu 1 festhalten lassen.

f) Aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen wäre die Beklagte zu 1 berechtigt gewesen, für ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin eine angemessene Vergütung zu berechnen. Das hat sie nicht getan. Nach ihrem - allerdings nicht sehr klaren - Vorbringen dürfte dies darin begründet sein, daß sie die Geschäftsführungstätigkeit auf die Beklagte zu 3 übertragen hat und daß die Vergütung für die geschäftsleitende Tätigkeit in dem monatlich an die Beklagte zu 3 gezahlten Pauschalbetrag enthalten ist. Jedoch wird dies kaum von dem Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages gedeckt, der der Beklagten zu 3 lediglich die Erledigung sämtlicher Verwaltungsaufgaben der Beklagten zu 1 überträgt, hingegen geschäftsleitende Tätigkeiten nicht nennt.

Die ohnehin erforderliche Aufhebung und Zurückverweisung gibt den Parteien Gelegenheit, ihr Vorbringen zu diesen Punkten klarzustellen und gegebenenfalls zu ergänzen.

3. Das Berufungsgericht hat die Kläger für befugt gehalten, den gesamten Schadensersatzanspruch auch für die am Rechtsstreit nicht beteiligten weiteren stillen Gesellschafter gerichtlich geltend zu machen. Das greift die Revision im Ergebnis ohne Erfolg an.

a) Die Grundsätze der ursprünglich im Personengesellschaftsrecht herausgebildeten actio pro socio (vgl. dazu näher Gehrlein, ZIP 1993, 1525) kommen hier allerdings nicht zum Zuge. Dies folgt aus der besonderen Struktur der zwischen der Beklagten zu 1 und den stillen Gesellschaftern bestehenden atypischen stillen Gesellschaften. Es handelt sich dabei um eine mehrgliedrige stille Gesellschaft, bei welcher die Beklagte zu 1 als Inhaberin des Geschäfts nach außen auftritt und die Beteiligung an der amerikanischen Partnership hält, während die Kläger sich als stille Gesellschafter an dem Unternehmen der Beklagten zu 1 beteiligen und sich ihrerseits zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbunden haben, um die ihnen nach dem Vertrag mit der Beklagten zu 1 eingeräumten Mitwirkungs- und Kontrollrechte wahrzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 7. Februar 1994 aaO, 456). Aufgrund dieser Struktur besteht kein Raum für die Anwendung der Grundsätze der actio pro socio. Die stille Gesellschaft erschöpft sich in einer schuldrechtlichen Beziehung zwischen dem tätigen und dem stillen Gesellschafter. An die aus den stillen Gesellschaftern gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann schon deshalb nicht angeknüpft werden, weil die Beklag-

te zu 1 ihr nicht angehört. Im übrigen ist sie reine Innengesellschaft und kann deshalb nicht Rechtsträger des Schadensersatzanspruchs gegen die Beklagte zu 1 sein. Ihr satzungsgemäßer Zweck ist die gemeinsame Wahrnehmung der Rechte aus den stillen Gesellschaftsverträgen gegenüber der Beklagten zu 1 als Geschäftsinhaberin. Am Rechtsverkehr nimmt sie nicht teil, Vertretungsregelungen fehlen. Der von den stillen Gesellschaftern eingesetzte Beirat hat lediglich die Aufgabe, die Beklagte zu 1 zu beraten und im Interesse der stillen Gesellschafter zu unterstützen. Die Bildung von gesamthänderisch gebundenem Vermögen gehört nicht zu den satzungsmäßigen Zwecken; die stillen Gesellschaftsanteile selbst, aus denen letztlich die Mitwirkungsrechte stammen, wurden nicht in ein Gesamthandsvermögen übertragen. Sie ähnelt deshalb einer Schutzgemeinschaft, die üblicherweise als Innengesellschaft ohne Bildung von Gesamthandsvermögen eingegangen wird (vgl. dazu Sen.Urt. v. 13. Juni 1994 - II ZR 38/93, ZIP 1994, 1173, 1176; K. Schmidt, GesR 2. Aufl. S. 1434 f.)

b) Andererseits folgt aus der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages und insbesondere der Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den stillen Gesellschaftern zwecks Wahrnehmung ihrer Rechte gegenüber der Beklagten zu 1 eine Einschränkung der Ansprüche des einzelnen stillen Gesellschafters gegenüber der Beklagten zu 1 (vgl. Sen.Urt. v. 29. Juni 1987 aaO, 1194). In einer Publikums-Gesellschaft ist ein gemeinsames Vorgehen und eine Klage aller Gesellschafter kaum zu erreichen. Dem trägt der Gesellschaftsvertrag der Parteien Rechnung und läßt Mehrheitsentscheidungen zu. Die stillen Gesellschafter haben mit Mehrheit beschlos-

sen, Schadensersatzansprüche gegenüber den Beklagten zu erheben und die Ersatzleistung an die stillen Gesellschafter auszuschütten. Diese Mehrheit ist deshalb im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft befugt, die Beklagte zu 1 auf den Gesamtschaden in Anspruch zu nehmen und auch die Rechte der am Rechtsstreit nicht beteiligten weiteren stillen Gesellschafter zu vertreten.

Die Beklagte zu 1 wird dadurch prozeßrechtlich nicht unbillig benachteiligt. Im Falle des Obsiegens der Kläger kann derjenige stille Gesellschafter, der ermächtigt hat und dessen Recht der Prozeßstandschafter geltend gemacht hat, nicht noch einmal klagen; obsiegt hingegen die Beklagte zu 1, so ist eine erneute Klage der an diesem Rechtsstreit nicht beteiligten stillen Gesellschafter ebenfalls ausgeschlossen (vgl. Sen.Urt. v. 12. Oktober 1987 - II ZR 21/87, ZIP 1988, 571, 572 f.).

4. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 2. Dezember 1987 über die Ausschüttung der zweckwidrig verwendeten Einlagen und die Aufforderung an die Beklagte zu 1, 750.000,-- DM von dem Beklagten zu 2 und den früheren Beklagten zu 3 bis 5 zurückzufordern, formell wirksam zustande gekommen seien. Das greift die Revision ohne Erfolg an.

a) Verstöße gegen Form, Frist und Inhalt der Einberufung einer Gesellschafterversammlung können im Recht der Personengesellschaft dann zur Unwirksamkeit des Beschlusses führen, wenn der mit den gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen Ladungsbestimmungen verfolgte Zweck, dem einzel-

nen Gesellschafter die Vorbereitung auf die Tagesordnungspunkte und die Teilnahme an der Versammlung zu ermöglichen, vereitelt wird. Wird dieser "Dispositionsschutz" (vgl. BGHZ 100, 264, 266) verletzt, liegt ein zur Unwirksamkeit der in der Versammlung gefaßten Beschlüsse führender schwerwiegender Mangel vor. An derart erheblichen Verstößen fehlt es jedoch.

Das gilt zunächst, soweit bestritten wird, das Schreiben des Beirats über die Ergänzung der Tagesordnung sei den stillen Gesellschaftern zugeleitet worden. Nachdem die Gesellschafterversammlung die beanstandeten Beschlüsse gefaßt hat, wäre es Sache der Beklagten zu 1, die sich auf deren Nichtigkeit beruft, die Gründe dafür im einzelnen darzulegen. Dieser Darlegungslast kann die Beklagte zu 1 nicht schon dadurch genügen, daß sie mehr oder weniger ins Blaue hinein das Vorliegen denkbarer Nichtigkeitsgründe behauptet; vielmehr hat sie im einzelnen die Umstände darzulegen, aus denen sich die Nichtigkeit oder zumindest ein begründeter Zweifel an der Wirksamkeit der Beschlüsse ergibt. Insbesondere reicht es nicht aus, lediglich zu behaupten, es seien nicht alle Gesellschafter zur Versammlung eingeladen worden; es sind wenigstens Tatsachen vorzutragen, die Zweifel an einer ordnungsgemäßen Einladung rechtfertigen (Sen.Urt. v. 19. Januar 1987 - II ZR 158/86, ZIP 1987, 444, 445).

Auf die weitere Rüge der Beklagten, die vom Beirat vorgeschlagene Beschlußfassung sei den stillen Gesellschaftern nicht mit der Tagesordnung übermittelt worden, kommt es rechtlich nicht an. Im Personengesellschaftsrecht gibt es keine Regeln über die Einberufung einer Gesellschafterver-

sammlung; zu beachten sind grundsätzlich nur die gesellschaftsvertraglich vereinbarten Formerfordernisse. Die von der Revision gewünschte analoge Anwendung des § 50 Abs. 3 GmbHG kommt deshalb nicht in Betracht. Der Gesellschaftsvertrag der P. sieht die Mitteilung einer detaillierten Tagesordnung nicht vor. In § 10 Nr. 2 ist lediglich geregelt, daß "der Einladung zur Gesellschafterversammlung ein Bericht über Entscheidungen, welche in der Kommanditgesellschaft anstehen, sowie eine eventuelle Tagesordnung der Pa. Company" oder "mindestens die Tagesordnung einer eventuell bevorstehenden Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft" beigefügt sein muß. Eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zur Ankündigung einer Tagesordnung besteht also nicht. Davon könnte nach dem Grundsatz von Treu und Glauben allenfalls dann eine Ausnahme zu machen sein, wenn es um überraschende Beschlüsse oder schwerwiegende Dinge geht. So liegt der Fall aber nicht. Der Streit über die den beanstandeten Vorgängen zugrundeliegenden Vorgänge dauerte schon mehrere Jahre, der Rechtsstreit war bereits in zweiter Instanz anhängig. Jedem Gesellschafter war mithin bekannt, worum es ging.

b) Die Revision wendet ansonsten gegen die Beschlußfassung und die darauf gegründete Rechtsverfolgung der Kläger ein, sie verstießen damit gegen ihre gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, weil ein Erfolg der Klage das Scheitern des gesamten steuerlichen Konzepts des Beteiligungsprojekts zur Folge hätte. Diese Rüge hat das Berufungsgericht zu Recht als unsubstantiiert nicht durchgreifen lassen.

Die von der Revision zitierten Stellen der Berufungsbe-
gründung enthalten nur pauschale Andeutungen, daß die Aner-
kennung durch das Finanzamt gefährdet sei und die Investi-
tion nachversteuert werden müsse; des weiteren findet sich
dort das Beweisangebot "Auskunft der Oberfinanzdirektion D".
Substantiiertes Sachvortrag, der von der Beklagten zu 1 zu
erwarten gewesen wäre, weil sie ausweislich des Beteili-
gungsangebotes das rechtliche, steuerliche und wirtschaftli-
che Konzept des Beteiligungsprojekts entwickelt hat, fehlt
hingegen. Sie hätte in nachvollziehbarer Art und Weise auf-
zeigen müssen, welche Probleme mit der Rückzahlung von
750.000,-- DM entstehen würden; erst danach wäre dem Beru-
fungsgericht eine rechtliche Würdigung möglich gewesen. Das
angebotene Beweismittel ist deshalb sowohl untauglich als
auch unzulässig. Das Berufungsgericht ist zudem zugunsten
der Beklagten davon ausgegangen, daß sich bei Obsiegen der
Kläger die Werbungskosten und dadurch die Abschreibungsmög-
lichkeiten und Verlustzuweisungen reduzieren, so daß Steuern
nachzuentrichten sind. Diese Nachteile werden aber durch die
Erhöhung des Wertes des Gesellschaftsvermögens und damit der
Einlagen sowie die Möglichkeit der Ausschüttung der Liquidi-
tätsreserve mindestens ausgeglichen. Schließlich ist es der
Beklagten verwehrt, gegenüber den Klägern den Einwand der
Treuwidrigkeit zu erheben, wenn sie die Einlagen teilweise
zweckwidrig verwandt und selbst treuwidrig gehandelt hat.

5. Das Berufungsgericht hat den Klägern unter Bezugnahme
auf das Senatsurteil vom 29. Juni 1987 einen direkten Zah-
lungsanspruch gegenüber der Beklagten zu 1 zugesprochen. Die

Revision stellt dies zur Überprüfung und beruft sich darauf, daß die Beklagte zu 1 nicht über ausschüttbare Liquiditätsreserven verfüge. Damit hat sie keinen Erfolg.

Anders als in den bisher entschiedenen Fällen des sogenannten Doppelschadens, bei denen eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens mittelbar zu einem Schaden des Gesellschafters geführt hat, weil sich der Wert seiner Beteiligung am Unternehmen entsprechend verringert hat (BGHZ 65, 15; Sen.Urt. v. 10. November 1986 - II ZR 140/85, WM 1987, 13, 16; v. 11. Juli 1988 - II ZR 243/87, ZIP 1988, 1112, 1115, jeweils m.w.N.), kann der Inhalt des Schadensersatzanspruchs der stillen Gesellschafter gegen die Beklagte zu 1 als Geschäftsinhaberin nicht darin bestehen, daß diese Zahlung an die benachteiligte Gesellschaft leistet, denn sie ist zugleich alleinige Vermögensträgerin und Schadensersatzverpflichtete. Eine solche Verurteilung liefe auf eine Zahlung an sich selbst hinaus. Zudem besitzt sie als juristische Person kein Privatvermögen, aus dem sie Zuführungen in das Gesellschaftsvermögen vornehmen könnte. Sie kann allenfalls Schadensersatzansprüche gegen Dritte geltend machen, die im Ergebnis den durch ihr vertragswidriges Verhalten entstandenen Schaden ausgleichen. Darauf, daß sie Ersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2 und die früheren Beklagten zu 3 bis 5 geltend macht, haben die Kläger jedoch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes keinen Anspruch. Gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages führt nämlich die Beklagte zu 1 die Geschäfte der stillen Gesellschaft allein und in eigener Verantwortung, die stillen Gesellschafter sind über den von ihnen zu bildenden Beirat auf Mitwirkungs- und Kontrollrechte beschränkt. Haben die stillen Gesellschafter aber in

rechtlich zulässiger Weise, hier entsprechend den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen, die eine Ausschüttung der für den Erwerb und die Kosten des Erwerbs des Kommanditanteils nicht erforderlichen Anlegergelder vorsehen, die Vermögensbindung hinsichtlich der Ersatzleistung aufgehoben, so dürfen sie den Ersatz des Anteilschadens an sich persönlich fordern (vgl. Brandes in FS Fleck, 1988, S. 13, 17 ff.; Kowalski, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafter-schaden, 1990, 132 ff.).

Die anderen, in aller Regel eine Leistung in das Gesellschaftsvermögen fordernden Grundsätze, hindern im vorliegenden Fall eine Zahlung an die Kläger persönlich ebenfalls nicht. Die gläubigerschützenden Kapitalerhaltungsregeln würden nur dann eingreifen, wenn durch die Beseitigung der Zweckbindung aufgrund des Beschlusses über die Ausschüttung der Schadensersatzleistung das Garantiekapital der Beklagten zu 1 angegriffen würde (vgl. Kowalski aaO, 135 ff.). Das ist hier ersichtlich nicht der Fall. Entscheidungen über die Zweckbindung des darüber hinausgehenden Gesellschaftsvermögens stehen die Kapitalerhaltungsregeln nicht entgegen. Das Gebot der Gleichbehandlung aller Gesellschafter ist nicht berührt, weil alle stillen Gesellschafter gleichermaßen anspruchsberechtigt sind und ihnen die Schadensersatzleistung auch ohne vorherige Zahlung an die Beklagte zu 1 gleichermaßen zugute kommt.

6. Das Berufungsgericht hat eine die Erhebung von Schadensersatzansprüchen ausschließende Entlastung der Geschäftsführung zu Recht verneint. Die dagegen von der Revision erhobenen Rügen gehen fehl.

Der Gesellschaftsvertrag sieht in § 10 Nr. 8 b eine Entlastung von Geschäftsführung und Beirat durch Beschluß der Gesellschafterversammlung vor. Dieser Bestimmung hat das Berufungsgericht zutreffend die Bedeutung beigemessen, daß die Gesellschafter, wenn sie die Geschäftsführung entlasten, deren Amtsführung für die Dauer der zurückliegenden Entlastungsperiode billigen und ihr gleichzeitig ihr Vertrauen für die künftige Geschäftsführung aussprechen; daneben hat die Entlastung zur Folge, daß die stillen Gesellschafter mit Ersatzansprüchen und Kündigungsgründen ausgeschlossen sind, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und Berichte erkennbar waren oder von denen alle Gesellschafter privat Kenntnis hatten (vgl. BGHZ 94, 324, 326; Sen.Urt. v. 19. Januar 1976 - II ZR 119/74, WM 1976, 736, 737; v. 14. Dezember 1987 - II ZR 53/87, ZIP 1988, 706, 710; v. 12. Juni 1989 - II ZR 334/87, ZIP 1989, 1390, 1396; Henze, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Recht der GmbH, 1994, 319). Die Verzichtswirkung der Entlastung tritt hingegen dann nicht ein, wenn die Ansprüche aus der Rechenschaftslegung der Geschäftsführung und den der Gesellschafterversammlung unterbreiteten Unterlagen nicht oder nur so unvollständig zu erkennen sind, daß die stillen Gesellschafter die Tragweite der ihnen abverlangten Entlastungsentscheidung nicht zu überblicken vermögen. So liegt der Fall hier. Den Einladungen zu den Gesellschafterversammlungen vom 22. Januar 1981 und 14. Juni 1982 lagen lediglich die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung für das Rumpfgeschäftsjahr 1978 und 1979 an. Diesen Unterlagen läßt sich aber, wie auch die Revision einräumt, für die hier geltend gemachten Schadensersatzansprüche nichts entnehmen. Teilweisen Aufschluß lieferten erst die dazugehörigen Be-

richte der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die die einzelnen Verbindlichkeiten gegenüber dem Beklagten zu 2 und den früheren Beklagten zu 3 bis 5 auflisten und erkennen lassen, welche Mittel aus welchem Rechtsgrund an welchen Empfänger gezahlt worden waren. Diese Bilanzberichte lagen jedenfalls der Gesellschafterversammlung vom 14. Juni 1982 vor. Das reicht jedoch nicht aus. Der Rechenschaftsbericht des Beklagten zu 2 enthält ausweislich des Protokolls keinerlei Angaben zu den Vorkosten. Erläuterungen der Wirtschaftsprüfer und deren Angebot an einen Gesellschafter, Einsicht in den Bilanzbericht zu nehmen, worauf sich die Revision beruft, genügen nicht. Ohnehin hätte die Prüfung von Schadensersatzansprüchen die Vorlage weiterer Unterlagen, insbesondere der mit dem Beklagten zu 2 und den früheren Beklagten zu 3 bis 5 geschlossenen Verträge, erforderlich gemacht; denn erst daraus ergab sich der Umfang der für die Beklagte zu 1 erbrachten Leistungen. Angesichts dieser unvollständigen Entscheidungsgrundlage kommt eine Entlastung nicht in Betracht; die Beklagten zu 1 und 2 hätten nur durch hinreichende Offenheit bei der Unterrichtung der stillen Gesellschafter die Tragweite der Entlastung auch auf die schon damals umstrittene Höhe der Vorkosten erstrecken können.

Im übrigen konnte die Beklagte zu 1 ohnehin nicht davon ausgehen, daß die Entlastung der Geschäftsführung den Verzicht auf die hier erhobenen Schadensersatzansprüche umfaßte. Das Versammlungsprotokoll weist aus, daß bereits der Verdacht von "Unrechtmäßigkeiten" bestand. Die Bilanz 1979 wurde nur "mit der Einschränkung der Überprüfung einzelner

Kostenpositionen des Jahres 1979 auf die Rechtmäßigkeit und Angemessenheit" genehmigt. Der nachfolgend gefaßte Beschluß über die Entlastung kann deshalb nicht weiterreichen.

B. Ansprüche gegen den Beklagten zu 2:

1. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Kläger gegen den Beklagten zu 2 auf Zahlung an die aus den stillen Gesellschaftern gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts bejaht. Das hält nicht in allen Punkten rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Das Geschäftsvermögen der Beklagten zu 1 unterliegt den Bindungen, die sich aus den vertraglichen Abreden mit den stillen Gesellschaftern, insbesondere dem Gesellschaftsvertrag, ergeben. Danach hatte die Beklagte zu 1 die ihr übergebenen Mittel zum Erwerb des amerikanischen Kommanditanteils und zur Bezahlung der dafür erforderlichen Kosten einzusetzen. Verwendet sie diese Gelder zweckwidrig, so macht sie sich ersatzpflichtig. Darin liegt zugleich eine Pflichtverletzung ihres Geschäftsführers, für den sie gemäß § 31 BGB einzustehen hat. Denn dieser hat seine Geschäftsführung so einzurichten, daß die Beklagte zu 1 nicht mit Schadensersatzansprüchen Dritter belastet wird. Tut er dies dennoch, so ist er der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet.

Überdies war die Beklagte zu 1 von vornherein auf die Aufnahme einer Vielzahl atypischer stiller Gesellschafter ausgerichtet; ihr Unternehmensgegenstand ist die Beteiligung an der amerikanischen Kommanditgesellschaft im Interesse der

Kapitalanleger (§ 1 Gesellschaftsvertrag). Dieser Gesellschaftszweck bestimmt auch die Pflichten des Beklagten zu 2 als Geschäftsführer. Er gibt die Richtung an, in der sich die vom Geschäftsführer geschuldete Tätigkeit zu bewegen hat; soweit dessen Pflichten in einem Anstellungsvertrag damit kollidieren sollten, haben die auf der Satzung beruhenden Pflichten grundsätzlich den Vorrang (Fleck, ZHR 149 (1985), 387, 398 f.). Daraus folgt, daß der Beklagte zu 2 der Beklagten zu 1 gegenüber gehalten ist, die Interessen der stillen Gesellschafter zu wahren.

Das Berufungsgericht hat die Kläger für befugt gehalten, den Schadensersatzanspruch der Beklagten zu 1 im Wege der "actio pro societate" geltend zu machen. Das scheitert aber bereits daran, daß die Kläger und der Beklagte zu 2 keine Mitgesellschafter der Beklagten zu 1 sind, die untereinander Treuepflichten zu wahren haben. Beide stehen vielmehr nur in vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zur Beklagten zu 1; zwischen ihnen selbst besteht unmittelbar kein Vertrags- oder Gesellschaftsverhältnis. Ebensowenig ist es zulässig, die Kläger als nur schuldrechtlich an dem Vermögen der Beklagten zu 1 beteiligte stille Gesellschafter den Gesellschaftern der GmbH gleichzustellen und ihnen ein Klagerecht zuzugestehen.

b) Trotz fehlender unmittelbarer vertraglicher Beziehungen zum Beklagten zu 2, der seine Tätigkeit als Geschäftsführer aufgrund einer Bestellung durch die Beklagte zu 1 ausübt, können die Kläger diesen unmittelbar auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Die vom Senat für die Publikums-gesellschaft in der Form einer GmbH & Co. KG entwickelten

Grundsätze zur Einbeziehung der KG in den Schutzbereich des zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Schuldverhältnisses, wenn dieser seine Pflicht gegenüber der GmbH, die Angelegenheiten der Kommanditgesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes wahrzunehmen (§ 43 GmbHG), schuldhaft verletzt (BGHZ 75, 321, 322 ff.; 76, 326, 327 f.; 100, 190, 193; vgl. auch OLG Düsseldorf WM 1984, 1080, 1087; Henze aaO, 448 f.), gelten auch für die vorliegende Fallkonstellation.

Diese Rechtsprechung des Senats setzt voraus, daß es alleinige oder wesentliche Aufgabe der Komplementär-GmbH ist, die Geschäfte der KG mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen, daß die Kommanditgesellschaft das geschäftliche Risiko mitträgt, daß der Vertrag nach seinem Sinn und Zweck und mit Rücksicht auf Treu und Glauben den Einschluß der KG in seinen Schutzbereich erfordert und daß die Komplementär-GmbH als Gläubigerin die ihr geschuldete Sorge erkennbar auch auf die Kommanditgesellschaft bezieht, für die sie ihrerseits Verantwortung trägt. Ein solcher Sachverhalt wird häufig bei Publikumsgesellschaften gegeben sein. Die Aufgabe der Komplementär-GmbH besteht hier typischerweise darin, die Geschäfte der Kommanditgesellschaft entsprechend dem Gesellschaftszweck mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen, was regelmäßig auch den Inhalt des Schuldverhältnisses mit dem Geschäftsführer bestimmt. Fehlleistungen in der Geschäftsführung wirken sich zwangsläufig zum Nachteil der Kommanditgesellschaft aus, die das Kapital aufgebracht hat. Gesellschaftsvertraglich stehen ihr zumeist nur geringe Kontroll- und Einflußmöglichkeiten, insbesondere keine Weisungsrechte, zu. Daneben hat die Kom-

plementär-GmbH in gewissen Grenzen die Möglichkeit, Ansprüche gegen ihren Geschäftsführer zu verhindern oder diese nicht geltend zu machen, ohne daß die KG dies verhindern könnte. Schließlich ist häufig der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch deren Gesellschafter und Hauptinitiator des Beteiligungsprojekts, so daß sich auf diesen das Vertrauen der Kapitalanleger und Kommanditisten vereinigt.

Der hier zu beurteilende Sachverhalt ist den bisher entschiedenen ohne weiteres vergleichbar. Es wird oft nur Zufall sein, ob bei der Gründung einer Publikumsgesellschaft die Form der mehrgliedrigen atypischen stillen Gesellschaft oder die der Kommanditgesellschaft - mit oder ohne zwischengeschalteten Treuhandkommanditisten - gewählt wird. Rechte, Pflichten und Risikoverteilung ähneln sich bei allen Formen sehr stark. Wesentliche Aufgabe der Beklagten zu 1, die den Kommanditanteil an der amerikanischen Hotelgesellschaft im Interesse der stillen Gesellschafter hält, ist es, deren Geschäfte zu führen. Sie selbst trägt die Risiken der Kapitalanlage nur in geringem Umfang und ist deshalb von Fehlleistungen der Geschäftsführung kaum betroffen. Diese wirken sich vielmehr bei den stillen Gesellschaftern aus, die das erforderliche Kapital allein aufgebracht haben. An der Geschäftsführung sind sie gemäß §§ 9, 10 Gesellschaftsvertrag nicht beteiligt; diese obliegt allein und in eigener Verantwortung der Beklagten zu 1. Der von ihnen gewählte Beirat hat die Auskunfts- und Kontrollrechte eines Kommanditisten, im übrigen übt er beratende Funktionen aus. Der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen nur wenige, allerdings wichtige Geschäftsführungsmaßnahmen. Die stillen Gesellschafter sind, obwohl sie auf die gewissenhafte Amtsfüh-

rung des Beklagten zu 2 angewiesen sind, vertraglich nicht in der Lage, auf ihn einzuwirken oder ihn gar anzuweisen. Auch sind sie nicht in der Lage, die Beklagte zu 1 anzuhalten, gegen ihren Geschäftsführer vorzugehen. Schließlich ist der Beklagte zu 2 der alleinige Initiator des Anlageprojekts; seine Erfahrungen und Kenntnisse im Anlagegeschäft werden im Prospekt besonders hervorgehoben. Auf ihn richtete sich deshalb das Vertrauen der Kapitalanleger. Diese Umstände insgesamt rechtfertigen es, die Verantwortlichkeit des Beklagten zu 2 als Geschäftsführer aufgrund seines Schuldverhältnisses zur GmbH auch auf die stillen Gesellschafter zu erstrecken.

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten nicht gemäß § 43 Abs. 4 GmbHG in fünf Jahren, sondern gemäß § 195 BGB in dreißig Jahren verjährt. In einer Hilfsbegründung ist es davon ausgegangen, die Verjährung beginne erst in dem Zeitpunkt, in welchem die stillen Gesellschafter von dem Schaden Kenntnis erlangt hätten, so daß die fünfjährige Verjährungsfrist bei Klageerhebung noch nicht abgelaufen gewesen sei. Schließlich beruhe der Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 auch auf der Verletzung von Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag, was wiederum eine 30-jährige Verjährungsfrist auslöse. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

a) Der Anspruch der stillen Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt der Einbeziehung in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses zwischen der Beklagten zu 1 und dem Beklagten zu 2 folgt aus § 43 Abs. 2 GmbHG und verjährt des-

halb binnen fünf Jahren seit Entstehung des Anspruchs (BGHZ 100, 190, 199). Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem mindestens eine Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten ist und jedenfalls eine Feststellungsklage erhoben werden kann (BGHZ 100, 228, 231; Scholz/Schneider aaO § 43 Rdn. 204). Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

b) Die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, die Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG beginne erst mit der Kenntnis der Kläger von dem Schaden zu laufen, diese Kenntnis sei frühestens Anfang 1981 eingetreten, ist nicht haltbar. Schadensersatzansprüche gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG aus der Verletzung von Geschäftsführungspflichten verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Tatsachen in fünf Jahren ab Entstehung des Anspruchs (BGHZ 100, 190, 199; 228, 231 f.; Scholz/Schneider aaO § 43 Rdn. 205 m.w.N.). Eine Korrektur durch Erwägungen aus dem Bereich des § 852 BGB ist auch unter den besonderen Bedingungen der Publikumspersonengesellschaft angesichts des klaren Gesetzeswortlauts nicht möglich. Eventuelle Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Auskunft- und Kontrollrechte können kein Grund dafür sein, von der Entscheidung des Gesetzgebers abzuweichen und zu flexiblen Verjährungsfristen überzugehen.

c) Das Eingreifen der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB kann auch nicht auf das Senatsurteil vom 28. Juni 1982 (II ZR 121/81, WM 1982, 1025, 1026 m. Anm. Westermann, NJW 1982, 2870) gestützt werden. Der Senat hat dort entschieden, daß der Geschäftsführer der persönlich haftenden

Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft, der gleichzeitig Kommanditist ist, im Fall unberechtigter Entnahmen aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft nicht nur gegen Geschäftsführungspflichten, sondern auch gegen seine Treuepflicht als Kommanditist verstößt; der daraus resultierende Schadensersatzanspruch löse eine 30-jährige Verjährungsfrist aus. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall setzt die Feststellung voraus, daß der Beklagte zu 2 bei der zweckwidrigen Verwendung der Einlagen gegen ihm im Verhältnis zu den stillen Gesellschaftern obliegende Gesellschafterpflichten verstoßen hat. Diese Frage ist schon deshalb zu verneinen, weil der Beklagte zu 2 den stillen Gesellschaftern gesellschaftsrechtlich nicht verbunden ist und ihn unmittelbare Treuepflichten diesen gegenüber nicht treffen.

d) Sollte die fünfjährige Verjährungsfrist zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits abgelaufen gewesen sein, so wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob dem Beklagten zu 2 die Berufung darauf unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs zu versagen ist. Das setzt voraus, daß das Verhalten des Beklagten zu 2 als Verpflichteten in einem derartigen Maß gegen Treu und Glauben verstößt, daß der von ihm erhobene Verjährungseinrede unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung die Wirksamkeit abzusprechen ist. Die Berufung auf die Verjährung kann insbesondere dann unzulässig sein, wenn der Geschäftsführer sein pflichtwidriges Verhalten in unlauterer Weise verheimlicht hat (RGZ 133, 33, 39; Scholz/Schneider aaO § 43 Rdn. 205; Hachenburg/Mertens,

GmbHG 7. Aufl. § 43 Rdn. 98; KK/Mertens, AktG 2. Aufl. § 93 Rdn. 162; Geßler/Hefermehl, AktG § 93 Rdn. 86; GroßKomm/Schilling, AktG 3. Aufl. § 93 Rdn. 60).

III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuweisen, damit die nach den vorstehenden Ausführungen noch erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

Boujong

Dr. Hesselberger

Dr. Henze

Stodolkowitz

Dr. Greger