
BGB §§ 138, 812 Abs. 1 Satz 1

OLG Schleswig: Sittenwidrigkeit des Beitritts als stiller Gesellschafter zu Kapitalanlagegesellschaft bei verschleierter Disparität von Chancen und Risiken im Verhältnis zu Gründungsgesellschaftern ("Südwestrentaplus")

Leitsätze:

1. Der Beitritt zu einer Kapitalanlagegesellschaft kann gegen § 138 BGB verstoßen, wenn im Verhältnis zu den Gründungsgesellschaftern eine schwer wiegende Disparität der Chancen und Risiken besteht, in diesem Zusammenhang insbesondere die beabsichtigte Anlagestrategie nicht eingegrenzt wird und die Risiken der Anlage durch den Emissionsprospekt verschleiert werden. (Leitsatz des Gerichts)

2. Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft stehen einer Anwendung des § 138 BGB auf den Beitritt als stiller Gesellschafter regelmäßig dann nicht entgegen, wenn die Disparität von Chancen und Risiken maßgeblich auf die gewählte gesellschaftsrechtliche Konstruktion selbst zurückzuführen ist und diese gegen grundlegende Strukturprinzipien des Gesellschaftsrechts verstößt. (Leitsatz des Gerichts)

3. Die Grundsätze zur Prospekthaftung finden auch Anwendung auf die Anwerbung eines breiten Publikums zum Beitritt als atypisch stille Gesellschafter zu einer Anlagegesellschaft mit nicht eingegrenzter Anlagestrategie. (Leitsatz der Redaktion)

OLG Schleswig, Urt. v. 13.6.2002 – 5 U 78/01 (LG Lübeck), ZIP 2002, 1244

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Rückzahlung von im Rahmen einer Kapitalanlage geleisteten Einzahlungen.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft, deren Unternehmensgegenstand u.a. in der Vermittlung, dem Erwerb, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien, Wertpapieren, Beteiligungen sowie Vermögensanlagen jeglicher Art besteht. Sie wirbt u.a. mit Hilfe eines Emissionsprospektes um eine Vielzahl von Anlegern, denen sie unter der Bezeichnung "Südwestrentaplus" durch "mitunternehmerische Beteiligung" – vorzugsweise im Wege einer Beteiligung als stiller Gesellschafter – einen Vermögensaufbau insbesondere zur Altersvorsorge ermöglichen will. Der Kläger und die Beklagte unterzeichneten am 4./7. Dezember 1998 nach einem Beratungsgespräch des Klägers mit dem für die Beklagte tätigen Anlageberater M. einen "Zeichnungsschein", laut dessen der Kläger sich als "atypischer stiller Gesellschafter" an der Beklagten im Wege eines "Ratensparprogramms" mit einer monatlichen Einzahlungsrate von 300 DM für 180 Monate zzgl. 5% Agio (2.700 DM), insgesamt also mit 56.700 DM unter Verzicht auf ein Entnahmerecht und Wahl der Wiederanlage der jährlichen Ausschüttung beteiligen sollte. Der "Zeichnungsschein" enthielt u.a. eine Widerrufsbelehrung.

Von den vereinbarten Raten in Höhe von monatlich insgesamt je 315 DM ab dem 1. Dezember 1998 zahlte der Kläger ab Dezember 1998 bis einschließlich Mai 2000 insgesamt 18 Raten je 315 DM zzgl. einer bei Vertragsabschluss im Dezember 1998 gezahlten Sonderleistung in Höhe von 6.000 DM, insgesamt also 11.670 DM. Mit Schreiben vom 13. November 2000 kündigten die Bevollmächtigten des Klägers gegenüber der Beklagten u.a. die hier streitgegenständliche Beteiligung Nr. ..., da nach Auffassung des Klägers der Anlageberater M. ihn nicht hinreichend über die wirklichen Risiken der Beteiligung aufgeklärt habe und eine entsprechende Aufklärung auch nicht den Prospekten zu entnehmen gewesen sei. Zuvor hatte der Kläger mit Schreiben vom 10. Mai 2000 der Beklagten mitgeteilt, dass er für die Renovierung seines Hauses finanzielle Mittel benötige und – da die vorliegenden Unterlagen "in diesem Punkt sehr vage und für uns Laien äußert unverständlich" seien – darum bitte, ihm "in einer auch einem Nichtjuristen verständlichen Form mitzuteilen, wie wir die bei Ihnen eingezahlten, erheblichen Beträge aktivieren können".

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte ihre vorvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten verletzt habe und außerdem die Beitrittserklärung mangels – dies ist unstrittig – der Beklagten gem. § 32 Kreditwesengesetz erteilter aufsichtsbehördlicher Erlaubnis unwirksam sei.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 11.670 DM zu zahlen, sowie festzustellen, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, aus atypisch stillem Gesellschaftsvertrag vom 17. Dezember 1998 weitere Einlagen in Höhe von 42.600 DM zzgl. eines Agios von 2.430 DM an die Beklagte zu leisten.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil des Feststellungsantrages stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht dem Rückforderungs- und Feststellungsbegehren des Klägers im erkannten Umfang stattgegeben, denn auch nach der Beurteilung des Senats hat der Kläger seine durch die am 4./7. Dezember 1998 veranlasste Zeichnung seines Beitritts als "atypischer stiller Gesellschafter" an die Beklagte geleisteten Zahlungen i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Rechtsgrund erbracht, weil der erwähnte Beitritt als atypischer stiller Gesellschafter unwirksam ist (1). Ebenso steht dem Kläger aber ein Anspruch auf Rückerstattung erbrachter Zahlungen bzw. Freistellung von künftigen Zahlungen als Rechtsfolge von Schadensersatzansprüchen zu, und zwar jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Risikoaufklärungs- und Beratungspflichten (2).

1. Die Unwirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts des Klägers und damit als Rechtsfolge die Rechtsgrundlosigkeit und Rückforderbarkeit der erbrachten Leistungen i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB folgt bereits daraus, dass dieser Beitritt des Klägers als atypischer stiller Gesellschafter zwischen ihm und insbesondere der Beklagten zu einer hinsichtlich der Verteilung von Chancen und Risiken völlig unausgewogenen Vertragsbeziehung geführt hat (a), diese zumindest auch das Ergebnis der strukturellen Unterlegenheit des Klägers bei den Vertragsverhandlungen darstellt (b), die festzustellende Vertragsdisparität auch nicht mehr mit den bei Eingehung einer "stillen Gesellschaft" durch die Rechtsordnung eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten in Einklang zu bringen ist, sondern gerade auch im Widerstreit mit

gesellschaftsrechtlichen Strukturprinzipien steht (c) und vor diesem Hintergrund – trotz nomineller Beteiligung als stiller Gesellschafter – die Rechtsfolge nicht mehr lediglich in der Möglichkeit einer vorgezogenen gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung bestehen kann, sondern bereits in der Unwirksamkeit des Beitritts gem. § 138 BGB selbst bestehen muss (d).

a) Die durch den Beitritt des Klägers als stiller Gesellschafter für diesen und die Beklagte eröffneten Rechtsfolgen sind durch eine schwer wiegende Disparität in der Verteilung von Chancen und Risiken gekennzeichnet. Denn während die Beklagte als Gründungsgesellschafterin die Anlagestrategie bestimmen kann und vergleichsweise konkrete Gewinnerwartungen haben darf, bleiben diese auf Seiten des beitretenden stillen Gesellschafters im Vagen und sind zudem durch eine – zwar summenmäßig beschränkte, aber zeitlich und sachlich unbeschränkte – Risikomithaftung belastet, ohne dass der stille Gesellschafter Anlagestrategie und Geschäftsführung der Beklagten mittels eines bereits gesellschaftsvertraglich gesetzten Rahmens oder begleitende Mitwirkungsrechte nennenswert kontrollieren könnte.

Schon ungeachtet jeder Anlagestrategie muss es für die Beklagte im Verhältnis zur Gesamtheit der später beitretenden stillen Gesellschafter einen erheblichen Sondervorteil darstellen, wenn jener nicht nur von vornherein ein Agio in Höhe von 5% der jeweiligen Zeichnungssumme (§ 4 Nr. 1 Gesellschaftsvertrag) und hier darüber hinaus noch für "Gesellschafterbetreuung und Anlegerkontenverwaltung" jährlich bis zu 1% der verwalteten Zeichnungssumme (§ 10 Nr. 3 Gesellschaftsvertrag) zufließen, sondern vom ausgewiesenen Jahresüberschuss zum einen ein Vorabgewinn in Höhe von 30% verbleibt (§ 10 Nr. 2 Satz 1 Gesellschaftsvertrag), und zum anderen die verbleibenden 70% des Jahresüberschusses im Verhältnis des Eigenkapitals der Beklagten zur Summe der Kapitalkonten der stillen Gesellschafter aufgeteilt werden (§ 10 Nr. 2 Satz 2 Gesellschaftsvertrag), Letzteres ein Umstand, der zumindest in der Startphase des Projekts bei geringen Kapitalkonten beitretender stiller Gesellschafter für die Beklagte einen weiteren relativen Vorteil darstellen kann. Diese Vorteile bleiben der Beklagten langfristig erhalten, da gem. § 2 Nr. 1, § 15 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages für die jeweilige Zeichnungsdauer von 10 bis 40 Jahren (im Falle des Klägers für 15 Jahre) eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Demgegenüber bleiben die Gewinnaussichten des beitretenden stillen Gesellschafters ungewiss, wie folgende Überlegung verdeutlicht: Hätte ein Anleger im Dezember 1998 bei Anlage einer Mindestzeichnungssumme von 10.000 DM auf dem freien Kapitalmarkt für längerfristige Spareinlagen eine durchschnittliche Rendite von 4% und bei Anlage in festverzinslichen Wertpapieren Durchschnittsrenditen von 3,7 bis 4,7% erzielt (Monatsbericht Januar 1999 der Deutschen Bundesbank unter VI, S. 46 und VII 5, S.5 1), würde sich seine jährliche Rendite bei zehnjähriger Anlage des gleichen Betrages bei der Beklagten unter Erzielung einer günstigen Kapitalanlagerendite von 6% (600 DM) zunächst um rechnerisch 50 DM in Höhe des anteiligen gezahlten Agios von 5% (500 DM auf die Gesamtsumme, § 4 Nr. 1 Gesellschaftsvertrag), sodann um bis zu weitere 1% der Zeichnungssumme (100 DM gem. § 10 Nr. 3 Satz 2 Gesellschaftsvertrages), sodann um weitere 180 DM Vorabgewinn (30% von 600 DM, § 10 Nr. 2 Satz 1 Gesellschaftsvertrag) und schließlich um eine weitere Gewinnbeteiligung der Beklagten in Höhe von – für dieses Beispiel einmal gegriffenen – 10% des weiteren Gewinns (§ 10 Nr. 2 Satz 2 Gesellschaftsvertrag), also 42 DM, auf insgesamt 228 DM vermindern, was einer Rendite von 2,28% entspräche. Schon damit wird deutlich, dass die Beklagte im Verhältnis zu den Kapitalmarktkonditionen dauerhaft sehr günstige, wenn nicht überdurchschnittliche Renditen erzielen muss, um dem Anleger im Ergebnis wenigstens eine mit den durchschnittlichen Kapitalmarktkonditionen vergleichbare Rendite bieten zu können.

Soweit schließlich weitere Vorteile des stillen Gesellschafters in der steuerlichen Behandlung seiner durch den Beitritt ermöglichten "Mitunternehmerschaft" liegen, können zwar derartige steuerliche Vorteile durchaus eintreten. Ob und wie lange sie eintreten, ist jedoch nicht nur von der Entwicklung der Werthaltigkeit der Beteiligung abhängig, sondern auch von den individuellen Einkommensverhältnissen der Anleger. Bei geringem Einkommen und entsprechend geringer Steuerlast dürften daher bei überschlägiger Betrachtung die steuerlichen Vorteile nicht geeignet sein, die im Übrigen aufgezeigten Nachteile aufzuwiegen.

Zu dieser vergleichsweise vagen Gewinnaussicht des atypischen stillen Gesellschafters hinzu gesellt sich zu seinen Lasten nicht nur eine – wenn auch auf die Höhe seiner Einlage begrenzte – Verlustbeteiligung (§ 10 Nr. 1 Satz 5 Gesellschaftsvertrag), sondern ein mehrfaches strukturell bedingtes Risiko, das in vergleichbarer Weise von der Beklagten nicht zu tragen ist: Denn zum einen fällt der Ausgleich des Jahresfehlbetrages gem. § 10 Nr. 1 Satz 4 des Gesellschaftsvertrages zuerst den atypischen stillen Gesellschaftern zur Last, der Beklagten nur bei Ausfall der stillen Gesellschafter. Zum anderen wandelt sich dieses Verlustrisiko der stillen Gesellschafter gem. § 6 Nr. 2 Gesellschaftsvertrag auch dann noch in eine zusätzliche Nachschusspflicht um, wenn der Gesellschafter in früheren Jahren – wenn auch auf den Betrag der Zeichnungssumme beschränkte – Entnahmen getätigt hat und diese seinerzeit durch eine positive Geschäftsentwicklung als gerechtfertigt erschienen waren. Diese Risiken müssen als umso gravierender erscheinen, wenn bedacht wird, dass die Informations- und Kontrollrechte der atypisch stillen Gesellschafter sich gem. § 12 Nr. 1 Gesellschaftsvertrag auf das Recht zur Einsicht in die Geschäftsunterlagen, auf Aushändigung des Geschäftsberichts sowie auf einen ergänzenden Informationsanspruch beschränken, sie aber im Übrigen gem. § 7 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages von jeglichen Anlageentscheidungen ausgeschlossen sind und deren Art auch nicht etwa durch den gesellschaftsvertraglich fixierten Gesellschaftszweck selbst eingegrenzt wird. Denn wird in § 1 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages als Gegenstand der Gesellschaft "die Vermittlung, der Erwerb, die Verwaltung und Verwertung von Immobilien, Wertpapieren, Beteiligungen sowie Vermögensanlagen jeglicher Art für eigene Rechnung, die Beteiligungen an Unternehmen jeder Art und jeder Rechtsform im In- und Ausland, die treuhänderische Verwaltung von fremdem Vermögen und jede sonstige Tätigkeit, die dem Unternehmenszweck förderlich ist", beschrieben, werden damit zwar Beispiele möglicher Anlagen genannt und Rückschlüsse auf wahrscheinliche Anlagestrategien ermöglicht, aber hierüber hinaus jede Selbstbindung zur Wahl oder Meldung bestimmter Anlagestrategien ausgeschlossen. Damit aber entsteht zu Lasten der Kapitalanleger eine Situation, in der konkreten Gewinnerwartungen der Beklagten lediglich vage Gewinnerwartungen der Anleger sowie von diesen zu tragende Risiken gegenüberstehen, die diese weder steuern noch abschätzen können. Die damit entstandene Unausgewogenheit der mit den Anlegern eingegangenen Vertragsbeziehung ist auch deutlich genug, als dass sie – im Sinne der subjektiven Voraussetzungen einer Anwendung des § 138 BGB – für die Beklagte als Gründungsgesellschafterin offenkundig gewesen sein muss.

b) Mag bereits das dargestellte und offenkundige Missverhältnis zwischen Chancen und Risiken die Ausnutzung einer verhandlungsbezogenen Überlegenheit der Beklagten gegenüber dem als atypisch stillen Gesellschafter beitretenden Kläger indizieren, so kommt entscheidend hinzu, dass die aufgezeigten Zusammenhänge im von der Beklagten verwendeten Prospektmaterial weniger erläutert, als vielmehr verschleiert werden und hieran auch die Beratung des Klägers durch den Vermittler M. offensichtlich nichts geändert hatte.

Zwar lassen Prospekt- und Vordruckmaterial der Beklagten den Beitretenden nicht im Unklaren darüber, dass der Beitritt zur "Mitunternehmerschaft" führt. Gerade vor diesem

Hintergrund wird jedoch weniger auf deren Risiken als vielmehr auf deren Chancen und insbesondere "Sicherheit durch sicheren Wertzuwachs", "Risikostreuung bei Immobilieninvestitionen" hingewiesen und schon einleitend die Anlage als "langfristig sichere Form der Vermögensbildung" und im Verhältnis zum Sparbuch bessere Alternative dargestellt. Auf dieser Linie liegt es, dass der Kläger bei der Ausfüllung des "Zeichnungsscheins" für "südwestrentaplus" sich auch terminologisch an einem "Ratensparprogramm" beteiligen sollte. Gegen Ende des Emissionsprospekts der Beklagten wird zwar unter der Rubrik "allgemeine steuerliche und wirtschaftliche Risiken" eingeräumt, dass die Beteiligung eine Anlageform darstellt, "bei der derzeit noch nicht sämtliche einzelne Investitionsvorhaben der Gesellschaft bzw. deren Bedingungen zum Zeitpunkt des Beitritts des Anlegers endgültig feststehen" und insoweit die Beteiligung "auch eine Vertrauensinvestition" darstellt. Auch wird unter der Rubrik "spezielle Unternehmerrisiken" auf "branchenspezifische Risiken" bei der beabsichtigten Anlage "in Immobilien, Wertpapieren, Beteiligungen und sonstigen Vermögensanlagen" hingewiesen. Gleichwohl werden diese jedoch nur sehr allgemein mit "genereller Verfall der Immobilien- und Mietpreise, Verschlechterung der Verkehrsanbindung oder der Sozialstruktur des Standortes einer Immobilie, schlechteren Konditionen beim Abschluss von Zwischen- und Endfinanzierungen, zu gering kalkulierten Instandhaltungs- und Werterhaltungsaufwendungen, generelle Managementfehler" beschrieben und einleitend unter dem Aspekt "Allgemeine Risiken" sogar versichert: "Es ist ausdrücklich beabsichtigt, keine Risiken einzugehen bzw. die latenten Risiken soweit wie irgend möglich zu minimieren." Wird bedacht, dass die Rechtsprechung inzwischen für die direkte Vermittlung einzelner Anlagearten sehr spezifische Anforderungsprofile bezüglich des Umfangs, der Form und des Inhalts der Aufklärung aufgestellt hat, um im Ergebnis eine sowohl "anlegergerechte" als auch "objektgerechte" Beratung sicherzustellen (BGHZ 123, 126, 127 ff. = ZIP 1993, 1148, 1149 = ZBB 1994, 44, 45, dazu EWiR 1993, 857 (Köndgen)), wird deutlich, dass das Prospektmaterial der Beklagten – offensichtlich gezielt – die Anleger in objektiv nicht gerechtfertigter Weise in Sicherheit wiegt, anstatt sie über die wahren Risiken der Anlage aufzuklären.

Hinzu kommt, dass im Falle des Klägers das von diesem mit dem Anlageberater M. geführte Beratungsgespräch schon ausweislich des formularmäßigen "Besuchsberichts" diesem Defizit kaum abgeholfen haben dürfte, da auch aus diesem Besuchsbericht nicht ersichtlich ist, in welcher Weise der Anlageberater über allgemeine Anpreisungen hinaus eine prospektergänzende Risikoaufklärung vorgenommen haben könnte. In welchem Kenntnisstand der Kläger sich aber auch nach diesem Beratungsgespräch tatsächlich befand, lässt sich mittelbar aus seinem Schreiben vom 10. Mai 2000 entnehmen, in welchem er nämlich die Beklagte gerade "in einer auch einem Nichtjuristen verständlichen Form" um Mitteilung der Kündigungsmöglichkeiten bat und hinzufügte, dass "die uns vorliegenden Unterlagen ... nämlich in diesem Punkt sehr vage und für uns Laien äußerst unverständlich" seien. Ihrer grundsätzlichen Beratungsverpflichtung und der Einstandsverpflichtung für in ihrem Pflichtenkreis handelnde Berater kann die Beklagte zudem auch dann nicht entgehen, wenn – was offen geblieben ist – der Anlageberater M. ein sog. "selbstständiger" Vermittler gewesen sein sollte, weil und soweit sie dessen Tätigkeit in dem sie betreffenden Pflichtenkreis hingenommen hat (BGH ZIP 2000, 2291, 2293 = NJW 2001, 358, 359, dazu EWiR 2001, 151 (Frisch); BGH ZIP 1998, 1389, 1390 = WM 1998, 1673, 1674, dazu EWiR 1998, 775 (Schwark); OLG Frankfurt/M. WM 2002, 545, 548).

c) Indizieren danach sowohl die objektive und offenkundige Unausgewogenheit als auch deren bewusste Verschleierung durch die Beklagte eine Unwirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts gem. § 138 BGB, so kann im Rahmen der bei Anlegung dieses

Maßstabes vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch nicht mit Erfolg eingewandt werden, dass die für den Beitretenden bestehenden Risiken sich notwendigerweise aus der Rechtsstellung als atypischer stiller Gesellschafter ergäben und hierdurch gerechtfertigt würden. Denn nach Auffassung des Senats verstößt die konkrete Ausgestaltung der Stellung des beitretenden atypisch stillen Gesellschafters auch gegen grundlegende Strukturprinzipien des Gesellschaftsrechts.

Dies gilt zunächst hinsichtlich des auch bei jeder Form einer "stillen" Gesellschaft erforderlichen gemeinsamen Zwecks der Gesellschaft. Denn von der Vergemeinschaftung eines Zwecks darf nicht schon dann ausgegangen werden, wenn Gesellschafter sich auf ein gemeinsames Ziel einigen können, sondern erst dann, wenn der Zweck dadurch ein "gemeinsamer" Zweck wird, dass die Gesellschafter sich verpflichten, ihr Handeln an diesem Zweck auszurichten und seine Verwirklichung durch koordiniertes jeweiliges Handeln oder jeweilige Beiträge zu fördern (Mot. II, 594, 596; RGZ 73, 286, 287; RGZ 95, 147, 149; BGH LM Nr. 1 zu §§ 335 ff. HGB; BGH WM 1965, 1052, 1053). Neben dem – im vorliegenden Fall mit der Zeichnungssumme unproblematisch gegebenen finanziellen – "Beitrag" setzt dies jedoch eine hinreichende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des zu fördernden Zwecks auch aus Sicht des stillen Gesellschafters voraus. Denn die gesellschaftsrechtliche Förderung eines gemeinsamen Zwecks – und geschehe sie auch wie bei der stillen Gesellschaft allein durch eine finanzielle Beteiligung – stellt ein Mehr als die bloße Teilhabe am erwirtschafteten Gewinn anderer dar. Diesen Anforderungen genügt § 1 Nr. 1 des vorgelegten Gesellschaftsvertrages ersichtlich nicht. Zwar mag – wie bereits erörtert – eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass die Beklagte die Einlagen ihrer atypisch stillen Gesellschafter vorrangig in Immobilienprojekte investieren wird; in irgendeiner Mindestform garantiert ist dies jedoch ebenso wenig, wie andere – gattungsmäßig überhaupt nicht eingrenzbar – Vermögensanlagen gerade nicht ausgeschlossen sind. Nun soll nicht verkannt werden, dass eine Anlagegesellschaft ein respektierenswertes Interesse an der Flexibilität von Anlageformen haben kann. Auch ein derartiges Interesse schließt jedoch keinesfalls Gestaltungsformen aus, die entweder wenigstens den Rahmen einer Anlagestrategie verbindlich abstecken oder – soll es bei einer weitgehenden Offenheit der Anlagestrategie verbleiben – im Sinne eines funktionalen Äquivalents eine erforderliche Nachjustierung durch korporative Einflussnahme auch der stillen Gesellschafter ermöglichen. Dies kann etwa über einen von den stillen Gesellschaftern mitzubeschickenden "Beirat" geschehen (vgl. etwa Kühn, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, § 13 StG Rz.13, § 14 StG Rz.27f.). Ersichtlich sieht der streitgegenständliche Gesellschaftsvertrag keine der aufgezeigten Möglichkeiten der verbindlichen Präzisierung des Gesellschaftszwecks vor. Hierdurch verstößt die gewählte Konstruktion zugleich gegen den Grundsatz der grundsätzlichen Gleichbehandlung aller Gesellschafter (vgl. Mot. II, 596; RGZ 38, 14, 15f.; RGZ 49, 195, 198; RGZ 52, 782, 793f.; BGHZ 20, 363, 369; BGH LM Nr. 2 zu § 29 GmbHG). Zwar darf dieser Grundsatz nicht dahin verkürzt werden, dass innerhalb einer Gesellschaft unterschiedlich ausgestaltete Rechte und Pflichten unzulässig seien; gerade die – vom Gesetzgeber in § 230 HGB grundsätzlich anerkannte – stille Gesellschaft selbst beinhaltet notwendigerweise eine Ungleichbehandlung des stillen Gesellschafters, soweit es die Mitgliedschaftsrechte im Verhältnis zu den "aktiven" Gesellschaftern betrifft. Maßgeblich muss vielmehr sein, ob durch eine entsprechende institutionelle Ausgestaltung der Gesellschaft es einem oder einigen Gesellschaftern ermöglicht wird, andere Gesellschafter zugunsten der Erlangung eigener Sondervorteile letztlich vom Kernbereich ihrer Dispositionsrechte auszuschließen (vgl. MünchKomm-Ulmer, BGB, 3.Aufl., § 705 Rz.202; K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2.Aufl., § 16 II). So liegt es aber gerade auch im Falle des Beitritts atypisch stiller Gesellschafter zur Beklagten, da die Beitretenden – darunter auch der Kläger – von vornherein keine Möglichkeit haben, die Anlagestrategie und die sich hieraus

für sie allein ergebenden Gewinn- und Verlustrisiken in irgendeiner Weise zu beeinflussen. Damit kann die gewählte Konstruktion durchaus auf eine Stufe mit denjenigen Fallkonstellationen gestellt werden, die – in der Rechtsgeschichte als so genannte "societas leonina" bekannt – letztlich einen Missbrauch der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten darstellen (vgl. K.Schmidt, aaO, § 4 I; Staudinger/Keßler, BGB, 12. Aufl., § 705 Rz. 179).

d) Die aufgezeigten Ungleichgewichtigkeiten der Verteilung von Chancen und Risiken, die Verschleierung dieser Ungleichgewichtigkeiten und der damit einhergehende Verstoß der gewählten Konstruktion gegen Strukturprinzipien des Gesellschaftsrechts führen zur Frage nach den möglichen Rechtsfolgen. Würde die durch den Beitritt u.a. des Klägers nominell entstandene stille Gesellschaft angesichts ihrer Invollzugsetzung unter Heranziehung der Grundsätze über die "fehlerhafte Gesellschaft" lediglich für auseinandersetzungsfähig gehalten, so käme dem Kläger im Hinblick auf die ihm gegenüber erfolgte Verschleierung der eingegangenen Risiken allein ein Kündigungsrecht mit der Folge einer noch vorzunehmenden vermögensmäßigen Auseinandersetzung zu.

Der Senat sieht jedoch keine Veranlassung, die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch im vorstehenden Fall anzuwenden. Denn zum einen können die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bei Abwicklung einer stillen Gesellschaft schon nicht mit gleicher Stringenz Geltung beanspruchen wie etwa im Falle der Abwicklung von Außengesellschaften oder von Innengesellschaften, die zumindest zur Entstehung eines gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens geführt haben. Vergleichbar liegt es aber bei der stillen Gesellschaft allenfalls bei der Bildung von Bruchteilsvermögen und insbesondere auch vorliegend nicht, da selbst der Anspruch des Klägers auf Beteiligung an den stillen Reserven der Gesellschaft sich gem. § 18 Nr. 2 Gesellschaftsvertrag allein auf einen schuldrechtlichen Anspruch beschränkt. Ist somit schon die generelle Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die stille Gesellschaft jedenfalls nicht zweifelsfrei (vgl. zur Kritik K.Schmidt, aaO, § 6 II 3; Belz, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd.2, § 31 StG Rz.21ff. und neuestens Österr. OGH NZG 2001, 465), so hat zum anderen selbst die eine Abwicklung über die fehlerhafte Gesellschaft befürwortende bisherige Rechtsprechung dann Ausnahmen zugelassen, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter, besonders schutzwürdiger Personen einer derartigen Abwicklung entgegenstehen (BGHZ 26, 330, 335; BGHZ 55, 5, 9; BGHZ 62, 234, 240 f.; BGHZ 75, 214, 217 f.; OLG Hamm OLGR 2001, 49, 50 f.). Die erwähnten Entscheidungen betrafen Fälle, in denen der angestrebte Gesellschaftszweck gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB verstieß, die Entstehung der Gesellschaft an ein sittenwidriges oder arglistig täuschendes Verhalten anknüpfte oder die Wahl der Gesellschaftsform letztlich einen Formenmissbrauch darstellte. Auch im vorliegend am Maßstab des § 138 BGB zu beurteilenden Fall überwiegt nach Auffassung des Senats das Rückforderungsinteresse des Klägers eindeutig die aus dem Vollzug der Gesellschaft abgeleiteten Interessen der Beklagten und anderer Beteiligter, weil es zur Entstehung gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens nicht gekommen ist, der Beitritt des Klägers als atypisch stiller Gesellschafter für diesen zu seinen Lasten zu einer evidenten Disparität von Chancen und Risiken geführt hat, diese Situation nicht zuletzt auf eine Verschleierung der wirklichen Risiken seitens der Beklagten und damit auf eine von der Privatrechtsordnung zu korrigierende strukturell ungleiche Verhandlungsstärke zurückzuführen ist (BVerfGE 81, 242, 256 = ZIP 1990, 573, 575, dazu EWiR 1990, 385 (Haumann); BVerfGE 89, 214, 229 f. = ZIP 1993, 1775, 1780 (m. Kolumne Löwe, S. 1759) = ZBB 1994, 155, dazu EWiR 1994, 23 (Köndgen)) und schließlich – dies wiegt besonders schwer – die Disparität von Chancen und Risiken von Beginn an in der gewählten gesellschaftsvertraglichen Konstruktion selbst begründet war. Nicht zuletzt darin unterscheidet sich der Sachverhalt auch maßgeblich von denjenigen Fällen, in denen bei einem durch Täuschung über die Rentabilität der Anlage bewirkten Beitritt zu in der Form

einer KG oder GbR geführten Immobilienfonds die Rechtsprechung zu Recht nur eine Abwicklung mittels der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zugelassen hat (BGH ZIP 2001, 1364, 1366 = WM 2001, 1464, 1465 f., dazu EWiR 2001, 919 (Allmendinger); BGH ZIP 2000, 1430, 1431 f. = ZfIR 2000, 700, 701 (m. Anm. Sauer, S. 702) = WM 2000, 1685, 1686f., dazu EWiR 2001, 87 (Schwintowski); BGH ZIP 2000, 1483, 1485 = WM 2000, 1687, 1688 f., dazu EWiR 2001, 155 (Nielsen); OLG München ZIP 2000, 2295, 2301 f., dazu EWiR 2001, 43 (Frisch); Senatsurt. v. 21.2.2002 – 5 U 196/00).

Ist damit der Kläger zur Rückforderung der geleisteten Zahlungen gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB berechtigt und – was antragsgemäß vom Landgericht festzustellen war – auch nicht mehr zur Erbringung weiterer Leistungen verpflichtet, so ermäßigt sich der von der Beklagten herauszugebende Bereicherungssaldo zwar grundsätzlich um denkbare Erträge und Steuervorteile, die dem Kläger bereits zugeflossen sind. Als rechtsvernichtender Umstand wäre es jedoch Sache der Beklagten gewesen, entsprechende Leistungen oder Vorteile darzulegen. Die lediglich pauschale Behauptung von Steuervorteilen mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 27. Mai 2002 ersetzt einen derartigen Sachvortrag nicht und bot daher auch keine Veranlassung, wieder in die mündliche Verhandlung einzutreten.

2. Daneben rechtfertigen sich Rückforderungs- und Feststellungsbegehren des Klägers aber auch aus dem Gesichtspunkt einer Schadensersatzhaftung nach den Grundsätzen über die Prospekthaftung sowie des Verschuldens bei Vertragsschluss.

a) Was die Anwendung der Grundsätze über die Prospekthaftung im engeren Sinne, nämlich im Sinne einer Haftung für Inanspruchnahme typisierten Vertrauens in den Emissionsprospekt anbelangt, so besteht inzwischen Einigkeit darüber, dass eine derartige Haftung nicht nur hinsichtlich der Beteiligung an Publikumskommanditgesellschaften (BGHZ 71, 284), sondern auch hinsichtlich des Beitritts zu geschlossenen Immobilienfonds (BGH ZIP 2001, 369 = ZfIR 2001, 187 = WM 2001, 464, dazu EWiR 2001, 797 (Medicus); BGH WM 2002, 813, 814 = ZfIR 2002, 451) oder zu mit Devisen und Warenterminkontrakten handelnden "Spekulationsfonds" (BGH NJW 1995, 1025) in Betracht kommt.

Der Senat hat daher keine Bedenken, die Grundsätze über die Prospekthaftung auch auf den Fall der Anwerbung eines breiten Publikums zum Beitritt als "atypisch stiller Gesellschafter" zu einer Gesellschaft anzuwenden, die – wie vorstehend der Fall – Anlagen in "Immobilien, Wertpapieren, Beteiligungen und sonstigen Vermögensanlagen jeglicher Art" beabsichtigt. Denn gerade auch bei einer derart gegenständlich umfassend beabsichtigten Anlagestrategie besteht ein Bedürfnis der Anleger, im ausgegebenen Prospekt über das Anlagerisiko und bezüglich aller weiteren Umstände, die für den Anleger von Interesse sind, vollständig und sachgerecht aufgeklärt zu werden. Dies muss umso mehr gelten, als die Rechtsprechung für den Fall der direkten Vermittlung einzelner Anlagearten besondere Anforderungsprofile hinsichtlich einer anleger- und anlagegerechten Beratung aufgestellt hat (vgl. BGHZ 105, 108, 110f. = ZIP 1988, 1098, 1099, dazu EWiR 1988, 1197 (Schwark); BGH ZIP 1991, 1207, 1208 = WM 1991, 1410, 1411, dazu EWiR 1991, 873 (Schäfer) – zu Warentermingeschäften; BGH ZIP 1991, 87 = WM 1991, 127, 128, dazu EWiR 1991, 259 (Schwintowski); BGH ZIP 1994, 116, 117 = WM 1994, 149, 150, dazu EWiR 1994, 251 (Koller) zu Börsentermingeschäften). In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch über den Gründungsgesellschaftern, also der Beklagten, gewährte "Sondervorteile" aufzuklären (BGH ZIP 1994, 1851, 1852 = NJW 1995, 130, 130f., dazu EWiR 1995, 27 (Thode)).

Diesen Anforderungen genügt der von der Beklagten ausgegebene Prospekt ersichtlich nicht. Wie bereits oben zu 1 a und b näher ausgeführt worden ist, birgt das durch den Prospekt erläuterte Angebot einer Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter für den Beitretenden erhebliche Risiken, da einer vergleichsweise konkreten Gewinnerwartung auf Seiten der

Beklagten eine ausgesprochen vage Gewinnerwartung auf Seiten des Anlegers und von diesem zu tragende Verlustrisiken gegenüberstehen, die er nach dem gewählten gesellschaftsrechtlichen Konzept weder beeinflussen noch abschätzen kann. Diese insbesondere durch die fehlende Fixierung der Anlagestrategie und die lange Bindung des Anlegers geprägte Risikokumulation zu Lasten des Anlegers wird in dem Prospekt gerade nicht erläutert, sondern dadurch verschleiert, dass eine mit einer Spareinlage konventioneller Art nicht nur vergleichbare, sondern den dort erreichbaren Standard übersteigende "Sicherheit" der Anlageform suggeriert wird. Nur hinzu kommt, dass auf diese Weise die für spezifische Anlageformen entwickelten Anforderungsprofile für eine Risikoaufklärung unzulässigerweise umgangen zu werden drohen (ebenso bereits OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.1995 – 6 U 275/93; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1996, 871).

Da nach dem bisherigen Sachvortrag davon auszugehen ist, dass die Anlageentscheidung des Klägers zumindest auch durch die in dem Prospekt enthaltenen Informationen verursacht worden ist, hat die Beklagte als Prospektverantwortliche dem Kläger die gezahlten Leistungen zu erstatten bzw. ihn von weiteren Zahlungen freizustellen. Soweit der Kläger im Wege der Vorteilsausgleichung sich aus der Beteiligung gezogene Vorteile einschließlich steuerlicher Vorteile anzurechnen lassen hätte, wäre es Sache der Beklagten als Ersatzverpflichteter gewesen, hierzu unter Beweisantritt näher vorzutragen (BGHZ 94, 195, 217 = ZIP 1985, 615, 623, dazu EWiR 1985, 221 (Graf v. Westphalen)). Die lediglich pauschale Behauptung von Steuervorteilen mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 27. Mai 2002 ersetzt einen derartigen Sachvortrag nicht und bot daher auch keine Veranlassung, wieder in die mündliche Verhandlung einzutreten.

b) Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich auch aus einer Haftung der Beklagten unmittelbar aus Verschulden bei Vertragsschluss, soweit der Anlageentschluss des Klägers nicht nur durch den erwähnten Prospekt, sondern gerade auch durch das Beratungsgespräch zwischen ihm und dem Vermittler M. ausgelöst worden ist. Wie bereits dargelegt, bestehen nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Anlageberater M. dem Kläger eine intensivere Risikoaufklärung erteilt hätte, als sie aus dem vorliegenden Prospekt ersichtlich ist. Für das Verhalten des Anlageberaters M. hat die Beklagte jedoch trotz dessen etwaiger organisatorischer Selbstständigkeit gem. § 278 BGB einzustehen (BGH ZIP 2000, 2291, 2293 = NJW 2001, 358, 359, dazu EWiR 2001, 151 (Frisch); BGH ZIP 1998, 1389, 1390 = WM 1998, 1673, 1674; OLG Frankfurt/M. WM 2002, 545, 548).

3. Da sich eine Haftung der Beklagten sowohl aus ungerechtfertigter Bereicherung(1) als auch unter den Aspekten der Prospekthaftung bzw. des Verschuldens bei Vertragsschluss(2) begründen lässt, kann offen bleiben, ob nicht zusätzlich eine Haftung der Beklagten auch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1, §§ 32 ff. KWG deshalb herzuleiten ist, weil die bei der Beklagten gezeichneten atypischen Beteiligungen nur scheinbar zur Entstehung einer rechtskonformen stillen Gesellschaft führen und deshalb – wofür vieles spricht – die Einzahlungen in Wirklichkeit Einlagengeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG darstellen, zu deren Durchführung der Beklagten es ersichtlich an der notwendigen aufsichtsbehördlichen Erlaubnis mangelt.

Anmerkung der Redaktion:

Im Rahmen eines Vergleichs (Klagesumme 46.030 DM) hat der Kläger die Klage zurückgenommen. Der BGH hat das Revisionsverfahren dann gemäß §269 Abs. 3 Satz 1 ZPO mit Beschluss vom 25.4.2003 - II ZR 228/02 beendet.

