



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

**II ZR 223/13**

Verkündet am:  
11. Februar 2014  
Stoll  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe, Dr. Reichart und den Richter Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 17. Mai 2013 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 12. Juni/23. Juli 2003 als atypisch stiller Gesellschafter an der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit einem Gesamtbetrag von 22.000 € und einem Agio von 6 %, und zwar in der Beteiligungsvariante „Classic“ mit einer „Einmaleinlage“ von 3.800 €, in der Variante „Classic Plus“, bei der die Ausschüttungen aus der Einmalanlage „Classic“ wieder angelegt werden, ebenfalls mit einem Betrag in Höhe von 3.800 € und in der Variante „Sprint“, bei der die Zahlung der Einlage in monatlichen Raten von 80 € vereinbart wurde, mit einem Betrag in Höhe von 14.400 €.

2 Mit der Behauptung, der Emissionsprospekt Stand 2003 weise zahlreiche, von ihm im Einzelnen dargelegte Fehler auf, außerdem habe der Vermittler die Risiken nicht richtig dargestellt, ihm den Prospekt nicht ausgehändigt und die Beklagte sei ihm daher zum Schadensersatz verpflichtet, hat der Kläger von der Beklagten Rückzahlung seiner bisher geleisteten Einlage nebst Agio in Höhe von 10.560 € Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte aus der stillen Beteiligung und entgangenen Gewinn in Höhe von 1.469,52 € verlangt. Ferner hat er die Feststellung begehrt, dass die Beklagte ihm gegenüber aus der Beteiligung keinerlei Rechte mehr geltend machen könne.

3 Die Beklagte hat widerklagend die offene Rate für August 2009 nebst Rücklastschriftkosten, insgesamt 85,56 € verlangt.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren sowie die Abweisung der Widerklage weiter.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg und führt unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7           Dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung seiner atypisch stillen Beteiligung unabhängig von der Frage eines Aufklärungsmangels schon grundsätzlich nicht zu. Bei der Beklagten handele es sich um eine mehrgliedrige atypische stille Gesellschaft, für die die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft wie bei einer Publikumsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG mit der Folge anzuwenden seien, dass der einzelne Gesellschafter gegen die Gesellschaft grundsätzlich nur einen etwaigen Abfindungsanspruch geltend machen könne.

8           Der mit der Widerklage geltend gemachten Ratenzahlungsverpflichtung könne der Kläger aus diesem Grunde nicht entgegenhalten, dass die Beklagte zur Rückabwicklung der Beteiligungen verpflichtet sei und ihr deshalb kein Anspruch auf die Rate für den Monat August 2009 zustehe. Die laufende Ratenzahlungsverpflichtung könnte allenfalls aufgrund einer wirksamen fristlosen Kündigung entfallen sein; eine solche habe der Kläger allerdings nicht geltend gemacht.

9           II. 1. Die Revision des Klägers ist begründet.

10           Das Berufungsgericht hat zwar rechtsfehlerfrei - und von der Revision auch nicht angegriffen - angenommen, dass zwischen den Parteien kein bloß zweigliedriges Gesellschaftsverhältnis zustande gekommen ist, sondern der Kläger einer mehrgliedrigen stillen Gesellschaft in Form einer Publikumsgesellschaft beigetreten ist, bei der nach Invollzugsetzung für den Fall etwaiger anfänglicher Mängel die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung finden (BGH, Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 320/12, juris, Rn. 14 ff.; Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 383/12, ZIP 2013, 2355 Rn. 17 ff., zu einer in den wesentlichen vertraglichen Bestimmungen identischen atypischen stillen Gesellschaft). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schließt

die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft aber einen Anspruch des Klägers auf Ersatz von Vermögensschäden, die ihm - nach seinem Vorbringen - durch pflichtwidriges Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen im Zusammenhang mit ihrem Beitritt zur Gesellschaft entstanden sind, nicht von vornherein aus. Auch bei Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft kann, wie der Senat weiter entschieden hat, der Anleger, der sich an einer mehrgliedrigen stillen Gesellschaft beteiligt hat, das stille Gesellschaftsverhältnis unter Berufung auf den (behaupteten) Vertragsmangel durch sofort wirksame Kündigung beenden und unter Anrechnung des ihm bei Beendigung seines (fehlerhaften) Gesellschaftsverhältnisses gegebenenfalls zustehenden Abfindungsanspruchs von dem Geschäftsinhaber Ersatz eines darüber hinausgehenden Schadens verlangen, wenn dadurch die gleichmäßige Befriedigung etwaiger Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der übrigen stillen Gesellschafter nicht gefährdet ist (BGH, Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 383/12, ZIP 2013, 2355 Rn. 28 ff.).

11           2. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dem Kläger nach diesen Grundsätzen ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zusteht, hat das Berufungsgericht von seinem abweichenden Rechtsstandpunkt aus nicht geprüft. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann die Abweisung der Klage daher ebenso wie die Verurteilung auf die Widerklage keinen Bestand haben. Die angefochtene Entscheidung stellt sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

12           Da in der Erklärung eines Gesellschafters, seinen Beitritt mit rückwirkender Kraft beseitigen zu wollen, in der Regel sein Wille zum Ausdruck kommt, die Bindung an die Gesellschaft und die Mitgesellschafter jedenfalls mit sofortiger Wirkung zu beenden (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 1974 - II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 344 f.; Urteil vom 16. Dezember 2002 - II ZR 109/01, BGHZ

153, 214, 223), kann auch im vorliegenden Fall von einer Kündigung des (stillen) Gesellschaftsverhältnisses durch den Kläger ausgegangen werden. Dass der Kläger seinen Schadensersatzanspruch nicht unter Anrechnung eines etwaigen Abfindungsguthabens berechnet hat, rechtfertigt eine (vollständige) Abweisung der Klage nicht, weil der Geschädigte nicht ohne weiteres an eine von ihm ursprünglich gewählte Art der Schadensberechnung gebunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 - VI ZR 17/11, NJW 2012, 50 Rn. 4 mwN) und dem Kläger daher Gelegenheit gegeben werden muss, sein Klagevorbringen an die in den Vorinstanzen nicht erörterten, oben angesprochenen rechtlichen Vorgaben der Senatsentscheidungen vom 19. November 2013 anzupassen. Für die Berechnung seines etwaigen Abfindungsanspruchs, dem die nur den weitergehenden Schadensersatzanspruch betreffende, auf die Sicherung ungeschmälerter eventueller Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der anderen stillen Gesellschafter gerichtete Sperre nicht entgegensteht, ist der Kläger zudem auf die Mitwirkung der Beklagten angewiesen, die gemäß § 16 Nr. 1 Buchst. g des stillen Gesellschaftsvertrags mit der Ermittlung des Abfindungsguthabens einen Wirtschaftsprüfer zu beauftragen hat.

13            Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts und des Vorbringens der Parteien kann auch nicht angenommen werden, dass einem über einen Abfindungsanspruch hinausgehenden Schadensersatzbegehren des Klägers zur Sicherung etwaiger Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der Mitgesellschafter der Erfolg zu versagen wäre. Ob und in welcher Höhe solche (hypothetischen) Ansprüche der anderen stillen Gesellschafter bestehen und aus dem Vermögen der Beklagten befriedigt werden können, steht nicht fest und müsste gegebenenfalls die Beklagte darlegen und beweisen, wenn sie sich einem Schadensersatzanspruch des Klägers gegenüber darauf berufen wollte, dieser sei wegen einer Gefährdung der Abfindungs- und Auseinandersetzungsansprüche der übrigen stillen Gesellschafter zumin-

dest gegenwärtig nicht oder nicht in voller Höhe durchsetzbar. Im Übrigen wäre selbst für den Fall des Bestehens eines solchen Hindernisses das auf Zahlung eines bestimmten Schadensersatzbetrages gerichtete Leistungsbegehren des Klägers dahin auszulegen, dass jedenfalls die Feststellung des Bestehens eines Schadensersatzanspruchs in dieser Höhe begehrt wird. Sofern die sonstigen Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs gegeben sind, stünde der Umstand, dass das Vermögen der Beklagten im Zeitpunkt der Entscheidung zur Befriedigung etwaiger (hypothetischer) Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche und des Schadensersatzanspruchs nicht ausreichte, einer Feststellung seines Bestehens nicht entgegen.

- 14 Ist die Gesellschaft zwischen allen stillen Gesellschaftern tatsächlich aufgelöst und bestehen nach Beendigung der Auseinandersetzung zwischen dem Geschäftsherrn und allen stillen Gesellschaftern keine Auseinandersetzungsansprüche mehr, so stehen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft einem verbleibenden, ggf. dem Grunde und dem Betrag nach bereits festgestellten Schadensersatzanspruch eines geschädigten Anlegers gleichfalls nicht mehr entgegen. In dem zuletzt genannten Fall mag es zwar zu einem „Wettlauf“ zwischen geschädigten Anlegern mit ihren gegen den Geschäftsinhaber gerichteten Schadensersatzansprüchen kommen. Die Mitgesellschafter stehen sich dabei jedoch nicht als solche, sondern lediglich als wie auch sonst miteinander konkurrierende Gläubiger eines Schuldners gegenüber. Aus diesem Grunde genügt es für den Wegfall des sich aus den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft ergebenden Hindernisses auch, wenn das verbleibende Vermögen des Geschäftsinhabers im Zeitpunkt der Entscheidung über den gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch neben diesem die (bestehenden und hypothetischen) Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der übrigen stillen Gesellschafter deckt. Es ist dagegen nicht erforderlich, dass es auch ausreicht, um vergleichbare Schadensersatzansprüche anderer (getäuschter) stiller

Gesellschafter zu befriedigen (BGH, Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 383/12, ZIP 2013, 2355 Rn. 30).

15 III. Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es die bislang offen gebliebenen Feststellungen zu den tatsächlichen Voraussetzungen des von dem Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruchs treffen kann.

Bergmann

Strohn

Caliebe

Reichart

Sunder

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 26.08.2011 - 323 O 314/09 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 17.05.2013 - 11 U 161/11 -