
Datum: 26.11.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 66/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:1126.27U66.02.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 3 O 433/01

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 22. Februar 2002 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung in derselben Höhe Sicherheit leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger, der am 16.03.1999 auf zwei ihm von einem Vermittler der Beklagten vorgelegten Zeichnungsscheinen eine Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter am sog. Unternehmenssegment VII der Beklagten zeichnete und diese Beteiligung mit Anwaltsschreiben vom 20.04.2001 widerrief, begehrt mit der Klage die Rückzahlung der

1

2

3

bisher auf seine Beteiligungen an der Beklagten eingezahlten Beträge. Er hat diese Forderung in erster Instanz auf einen Rückgewähranspruch gemäß § 3 HTWG gestützt. Die Parteien haben insoweit darum gestritten, ob die Widerrufsfrist durch eine ordnungsgemäße Belehrung in Lauf gesetzt worden ist.

Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen im einzelnen Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen, weil es an einem rechtzeitigen Widerruf fehle. Die einwöchige Widerrufsfrist sei wirksam in Lauf gesetzt worden; die Belehrung sei weder mißverständlich noch widersprüchlich. Ein Rückabwicklungsanspruch aus anderen Rechtsgründen sei nicht dargetan. Zudem habe der Kläger in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage ausdrücklich klargestellt, daß er sein Begehren nur auf eine Rückabwicklung nach dem HTWG stütze. 4

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, der sein Rückzahlungsbegehren aus erster Instanz weiterverfolgt und hilfsweise beantragt, 5

die Beklagte zur Auszahlung des sich aus einer von ihr per 30.04.2001 zu erstellenden Auseinandersetzungsbilanz für die Verträge Nr. 00000000 und 00000000 zugunsten des Klägers ergebenden Guthabens nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz nach § 1 DÜG zu verurteilen. 6

Er stellt die Rechtsansicht des Landgerichts zum Widerruf nach dem HTWG unter Wiederholung seiner erstinstanzlich vorgetragenen Auffassung zur Überprüfung und macht im übrigen geltend, daß die Verträge aufgrund der ausgesprochenen Anfechtung bzw. Kündigung aufgrund des betrügerischen Verhaltens des Zeugen C von Anfang an nichtig seien. Denn dieser habe ihn durch wahrheitswidrige und beschönigende Angaben dazu verleitet, seriöse und sichere Kapitalanlagen aufzukündigen, minimale Rückkaufswerte zu realisieren und diese in eine völlig unsichere und nicht werthaltige Kapitalanlage zu investieren. Der Emissionsprospekt sei nicht ausgehändigt worden. Wegen der im übrigen vorgetragenen Einzelheiten, insbesondere zu den behaupteten Aussagen des Ermittlers C wird auf Seite 4 ff der Berufungsbegründung = Blatt 176 ff GA verwiesen. 7

Der Kläger meint, der ergänzende Tatsachenvortrag in der Berufungsinstanz sei zulässig, weil die angefochtene Entscheidung aufgrund im einzelnen ausgeführter schwerwiegender Verfahrensfehler ergangen sei. 8

Er meint weiter, daß die Beklagte die Einlagenrückgewähr auch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes schulde, da er bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einlagen nicht gezeichnet hätte, und daß die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht anwendbar seien. Außerdem würde selbst bei deren Anwendbarkeit die geleistete Einlage den Mindestbetrag des Auseinandersetzungsguthabens darstellen. 9

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und tritt der darin enthaltenen Auffassung zur Ordnungsgemäßheit der Widerrufsbelehrung bei. 10

Sie widerspricht im übrigen unter näherer Darlegung im einzelnen den tatsächlichen Behauptungen des Klägers zum Ablauf des Beratungsgesprächs und den angeblichen Erklärungen des Vermittlers C. Ferner meint sie, daß ein Zahlungsanspruch gemäß §§ 123, 812 BGB oder aus Verschulden bei Vertragsschluß ebenfalls ausscheide, da selbst bei einer insoweit unterstellten Fehlberatung nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft allenfalls ein Anspruch auf Auseinandersetzung bestünde. Dieses Rechtsinstitut setze sich auch gegenüber einem Schadensersatzanspruch durch. Die Klage sei dann nur begründet, 11

wenn das Auseinandersetzungsguthaben in jedem Falle höher sei als die Einlage, wovon hier nicht auszugehen sei. Außerdem - so meint die Beklagte weiter - würden die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen auch keine vorzeitige Vertragsbeendigung rechtfertigen. Der Kläger habe seinen Vortrag in erster Instanz wirksam darauf begrenzt, daß ein Haustürgeschäft vorliege; die in der Berufungsbegründung erstmalig substantiiert behauptete Fehlberatung sei als neues Angriffsmittel gemäß § 531 Abs. 2 ZPO insgesamt zurückzuweisen.	
In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist unstreitig geworden, daß der hier streitgegenständliche, als Teilgewinnabführungsvertrag i.S.v. § 292 AktG anzusehende Vertrag erst auf der Hauptversammlung der Beklagten vom 18.12.2001 genehmigt worden und am 05.03.2002 in das Handelsregister eingetragen worden ist.	12
Der Kläger stützt sein Rückzahlungsbegehren auch auf diesen Umstand, indem er geltend macht, sich wirksam vor Genehmigung und Eintragung vom Verträge gelöst zu haben.	13
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens in zweiter Instanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.	14
II.	15
Die zulässige Berufung bleibt erfolglos.	16
1.	17
Ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Einlagen, wie er mit dem Hauptantrag geltend gemacht wird, besteht unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt.	18
a)	19
Zunächst besteht kein Rückgewähranspruch gemäß § 3 HTWG in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung dieses Gesetzes. Diese Gesetzesfassung ist auf alle vor dem 01.10.2000 abgeschlossenen Verträge anwendbar (vgl. Palandt-Heinrichs, Rdn. 6 zu § 361 a BGB). Denn der Widerruf ist nicht innerhalb der Wochenfrist des § 1 Abs. 1 HTWG erfolgt. Diese Frist hat am 16.09.1999 zu laufen begonnen, da die Widerrufsbelehrung den Anforderungen des § 2 Abs. 1 S. 2 HTWG genüge.	20
Die Belehrung ist drucktechnisch deutlich genug hervorgehoben gehalten. Das ergibt sich zum einen aus der im Originalformular Blatt 114 GA zu erkennenden farblichen Gestaltung; zum anderen springt die Belehrung auch deshalb deutlich ins Auge, weil sie als einziger Abschnitt des Formulars ohne Unterbrechung über die gesamte Seitenbreite eingerahmt ist.	21
Des weiteren ist die Belehrung auch nicht inhaltlich mißverständlich. Sie macht deutlich, daß die Frist erst mit Aushändigung der Widerrufsbelehrung beginnt, wie es der Wortlaut des Gesetzes vorsieht, aber auch, daß das Widerrufsrecht jedenfalls bis eine Woche nach Abgabe der Beitrittserklärung besteht. Das ist nicht zu beanstanden. Im vorliegenden Fall wirkt sich die Differenzierung ohnehin nicht aus, weil die Aushändigung der Belehrung und der Vertragsschluß zeitlich zusammenfielen. Danach konnte es für den Kläger überhaupt nicht zweifelhaft sein, daß die Wochenfrist sofort, d.h. am 16.09.1999 zu laufen begann.	22
b)	23
Auch ein Rückzahlungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB besteht nicht.	24

aa)	25
Für eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB sind bereits keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vorhanden. Für eine derartige Annahme ist der tatsächliche Vortrag des Klägers völlig unzureichend.	26
bb)	27
Auch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung vermag den Anspruch auf Rückerstattung der Einlage nicht zu begründen.	28
Insoweit kann es offen bleiben, ob das diesbezügliche Vorbringen des Klägers gemäß § 531 Abs. 2 ZPO noch berücksichtigt werden kann, weil der Kläger in der mündlichen Verhandlung in erster Instanz erklärt hat, das Klagebegehren nur auf einen Rückgewähranspruch nach dem HTWG stützen zu wollen, oder ob es insoweit an einer Nachlässigkeit fehlt, weil der Kläger durch einen unzutreffenden Hinweis des Gerichts bezüglich der Verspätung anderweitigen Vorbringens hierzu veranlaßt worden ist. All dies bedarf deshalb keiner Entscheidung, weil die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft dazu führen, daß die Anfechtungsvorschriften mit der Folge einer Nichtigkeit des Vertrages von Anfang an gar nicht anwendbar sind.	29
Vielmehr ist ein fehlerhaft vollzogener Beitritt zu einer Gesellschaft, der deshalb hier zugunsten des Klägers unterstellt werden kann, regelmäßig nicht von Anfang an unwirksam, sondern wegen des Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrunds nur mit Wirkung für die Zukunft vernichtbar; bis zur Geltendmachung des Fehlers sind die in Vollzug gesetzte Gesellschaft und der vollzogene Beitritt grundsätzlich voll wirksam. Nicht einmal ein durch arglistige Täuschung (§ 123 BGB) veranlaßter Beitritt eines Anlegers zu einer Publikumspersonengesellschaft führt zur Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsvorschriften mit der Folge, daß die gesellschaftsrechtliche Stellung ex tunc beendet wird und die gezahlten Einlagen zurückzugewähren sind; vielmehr kann bei einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft der getäuschte Anleger seine Mitgliedschaft allein durch ein ex nunc wirkendes Austrittsrecht beenden und erhält in diesem Fall - Zug um Zug gegen Übertragung seiner Beteiligung - sein Auseinandersetzungsguthaben ausgezahlt (BGH NJW 2000, 3558, 3559; NJW 2001, 2718, 2720, jeweils m.w.N.; st. Rechtspr.).	30
Diese Grundsätze gelten auch für die stille Gesellschaft; denn diese ist eine BGB-Innengesellschaft i.S.v. §§ 705 ff BGB zwischen dem Unternehmer und dem Stillen, also Personengesellschaft. Damit gelten auch für die Abwicklung nach einer wirksamen Kündigung bzw. einem wirksamen Austritt die Regelungen des fehlerhaften Gesellschaftsvertrages. Der Kläger hätte deshalb allenfalls einen Anspruch auf Abrechnung nach diesen Bestimmungen.	31
Daß das aus einer solchen Abrechnung sich ergebende Auseinandersetzungsguthaben des Klägers die Höhe der von ihm bereits geleisteten Einlagen übersteigt oder auch nur erreicht, kann indessen nicht festgestellt werden. Eine Auseinandersetzungsrechnung ist nicht erfolgt und wird vom Kläger nicht vorgetragen. Da nach dem Emissionsprospekt eine bis Ende 2000 andauernde Verlustphase erwartet worden ist, erscheint ein derartiges Auseinandersetzungsguthaben zudem eher unwahrscheinlich.	32
cc)	33
	34

Nichts anderes gilt im Ergebnis für etwaige Ansprüche des Klägers, die sich daraus ergeben, daß er den Widerruf der Verträge erklärt und die Rückzahlung der geleisteten Einlagen gefordert hat, noch bevor die streitgegenständlichen Verträge auf der Hauptversammlung der Beklagten vom 18.12.2001 genehmigt worden und am 05.03.2002 in das Handelsregister eingetragen worden sind.

Allerdings handelt es sich bei dem atypisch stillen Gesellschaftsvertrag, mit dem der Kläger am Gewinn der Beklagten beteiligt wird, um einen Teilgewinnabführungsvertrag i.S.v. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG (vgl. dazu allgemein Hüffer, Rdn. 15 zu § 292 AktG), der erst mit Zustimmung der Hauptversammlung und anschließender Eintragung ins Handelsregister wirksam wird, §§ 293 Abs. 1, 294 Abs. 2 AktG. Solange der Zustimmungsbeschluß der Hauptversammlung und die Eintragung ins Handelsregister nicht vorliegen, ist der Vertrag schwebend unwirksam (vgl. Hüffer, Rdn. 12 zu § 293 AktG). 35

Es ist deshalb in Erwägung zu ziehen, daß jedenfalls bei einer längeren Dauer dieses Schwebezustandes, insbesondere wenn der abgeschlossene Vertrag nicht alsbald der Hauptversammlung zur Genehmigung vorgelegt wird, dem Anleger in analoger Anwendung des § 178 BGB ein Recht auf Widerruf der abgegebenen Willenserklärungen zugebilligt wird (so LG Göttingen, Urteil vom 20.08.2002 - 3 O 5/02). Ob jedoch § 178 BGB angesichts des Umstandes, daß derjenige, der einen Vertrag zur Beteiligung an einer Aktiengesellschaft abschließt, sich regelmäßig vorbehaltlich der Zustimmung der Hauptversammlung binden will, auf die vorliegende Fallgestaltung überhaupt anwendbar ist, oder ob zumindest nach Ablauf einer gemäß § 242 BGB zu bestimmenden Zeitdauer ein rücktrittsähnliches Gestaltungsrecht entsteht und ob es zur Ausübung dieses Rechts einer vorherigen fruchtlosen Fristsetzung entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 283, 326 BGB bedarf (so OLG Braunschweig, Urteil vom 09.01.2002 - 3 U 137/01 -) bedarf hier gleichfalls keiner Entscheidung. Denn auch wenn man davon ausgeht, daß der Kläger wegen der längere Zeit ausgebliebenen Zustimmung der Hauptversammlung und Eintragung der Verträge in das Handelsregister berechtigt war, sich vom Verträge zu lösen, so konnte das auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt wiederum allenfalls mit Wirkung ex nunc geschehen, so daß kein Anspruch auf Rückzahlung der Einlage, sondern nur ein solcher auf Abrechnung der Beteiligung entsprechend den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft entstehen konnte. 36

Dabei verkennt der Senat nicht, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft besagen, daß ein fehlerhaft geschlossener, an sich unwirksamer Vertrag dann für die Vergangenheit als wirksam zu behandeln ist, wenn er vollzogen worden ist (vgl. BGH NJW 1988, 1326, st. Rechtspr.), und daß die Frage, ob der Vollzug eines Unternehmensvertrages stets die Eintragung ins Handelsregister verlangt, umstritten ist. 37

So ist Hüffer der Ansicht, daß eine Übertragung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf einen Unternehmensvertrag nach § 291 AktG nur zu bejahen sei, wenn wenigstens die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist, und bezeichnet § 294 Abs. 2 AktG als "schlechthin unüberwindbar" (Hüffer, Rdn. 21 zu § 291 AktG). Auch Altmeppen (in Münchener Kommentar - Aktiengesetz, § 291 Rdn. 196) neigt offenbar dazu, daß bei Unternehmensverträgen ein Vollzug von der Eintragung abhängig zu machen sei, und meint, daß eine fehlerhafte Gesellschaft neben der Invollzugsetzung ein Willenselement im Sinne bewußter und gewollter Herbeiführung der neuen Organisation voraussetze und es ohne die Entscheidung der Hauptversammlung schon an der Entscheidung für den Vertrag und damit der erforderlichen Einigung der Vertragsparteien fehle (a.a.O. Rdn. 205). 38

Diese Erwägungen können unmittelbare Geltung aber nur für Unternehmensverträge nach § 291 AktG beanspruchen. Im Gegensatz dazu führt der Teilgewinnabführungsvertrag i.S.v. § 39

292 AktG eben zu keiner Strukturänderung bei den Vertragspartnern, und die hier vorliegende stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft, auf die nach Rechtsprechung und herrschender Meinung die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft regelmäßig Anwendung finden (vgl. auch die Nachweise bei Altmeppen a.a.O. § 292 Rdn. 41 Fußnote 79; ferner OLG Stuttgart NZG 2000, 93).

Die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage erscheint dem Senat nicht eindeutig. In der u.a. von Altmeppen a.a.O. angeführten Entscheidung in NJW 1996, 659 hat der BGH ausgeführt, daß im Kapitalgesellschaftsrecht stets die konstitutiv wirkende Eintragung ins Handelsregister erforderlich sei, um einen Vollzug anzunehmen (a.a.O. S. 660). Andererseits hat er sich hierbei nicht mit seiner früheren Entscheidung in NJW 1992, 505 auseinandergesetzt, in der er die Notwendigkeit der Eintragung ins Handelsregister zum Vollzug für einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag noch ausdrücklich verneint hat. Das spricht nach Auffassung des erkennenden Senats dafür, daß der BGH in der Entscheidung NJW 1996, 659, die den anders gelagerten Fall einer Verschmelzung betraf, von dieser früheren Auffassung nicht abweichen wollte. Zudem hat der BGH auch in der Entscheidung NJW 2002, 822 die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf einen mangels Eintragung in das Handelsregister nichtigen Organ- und Ergebnisvertrag angewendet.

Der Bundesfinanzhof hat die Frage, ob ein wegen fehlender oder fehlerhaft erteilter Zustimmung der Hauptversammlung unwirksamer Teilgewinnabführungsvertrag durch die Aufnahme eines stillen Gesellschafters durch eine AG Bestandsschutz nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft genießt, offen gelassen, aber ausgeführt, daß gewichtige Gründe dafür sprächen, den schutzwürdigen Interessen der stillen Gesellschafter Vorrang vor dem Schutzzweck der §§ 293, 294 AktG einzuräumen, so daß der besondere Schutzzweck der §§ 293 ff AktG jedenfalls bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Beurteilung der Anwendung der Rechtsgrundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht entgegenstehe (BFH NZG 1998, 653).

Der erkennende Senat ist ebenfalls der Ansicht, daß die Interessen der Gesamtheit der stillen Gesellschafter es erfordern, daß ein auch nur durch die Erbringung von Einlageleistungen in Vollzug gesetzter Beitritt es erfordert, die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft unabhängig von der Beschlußfassung der Hauptversammlung und der (noch) fehlenden Eintragung zur Anwendung zu bringen, ohne daß dem der besondere Schutzzweck der §§ 293 ff AktG entgegensteht.

c)

Auch ein Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Verschulden (sog. culpa in contrahendo) scheitert entsprechend den vorstehenden Ausführungen zumindest an der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft, so daß es auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt weder der Entscheidung der Frage, ob das entsprechende Vorbringen des Klägers nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, noch bejahendenfalls einer Beweisaufnahme über den Hergang des Beratungsgesprächs bedarf. Diese Grundsätze verbieten eine rückwirkende Auflösung des Vertragsverhältnisses auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes und gestatten nur ggf. die sofortige Abwicklung aufgrund außerordentlicher Kündigung (vgl. BGH NJW 1993, 2107). Daß dem Kläger aufgrund seiner Kündigungserklärung ein Guthaben zumindest in Höhe der erbrachten Einlageleistungen zustand, steht aber wie oben bereits in anderem Zusammenhang dargelegt nicht fest.

40

41

42

43

44

45

Der Hilfsantrag ist in der vorliegenden Fassung unzulässig. Es handelt sich nach der gewählten Formulierung eindeutig nicht um einen Feststellungs-, sondern um einen Leistungsantrag. Dieser ist jedoch mangels Bezifferung entgegen § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unbestimmt und auch nicht in der Form der Stufenklage gemäß § 254 ZPO erhoben, bei der ausnahmsweise die Bezifferung des Zahlungsanspruchs zunächst unterbleiben kann. Denn eine Verurteilung zur Erstellung einer Auseinandersetzungsbilanz wird mit dem Hilfsantrag nicht erstrebt. 46

Die Problematik der Antragsformulierung des Hilfsantrages ist im Senatstermin ausführlich erörtert worden. Insbesondere ist klargestellt worden, daß der Antrag weder als Feststellungsantrag noch als Stufenklage zu verstehen ist. Eines besonderen Hinweises an den Kläger bedurfte es zudem deshalb nicht, weil die Ausführungen zu Ziffer II 5 der Berufungsbegründung (Bl. 183 f. GA) verdeutlichen, daß der Kläger selbst bei Antragstellung bereits erkannt hat, daß eine Verurteilung der Beklagten zur Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz oder der Mitwirkung daran mit dem vorliegenden Antrag nicht zu erzielen ist. Es kann deshalb auch offen bleiben, ob der Übergang zur Stufenklage in der zweiten Instanz, zumindest in Form eines Hilfsantrages, noch möglich ist. 47

III. 48

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 49

Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen, weil er die Fragen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen sich ein Anleger von der stillen Beteiligung an einer Aktiengesellschaft wieder lösen kann, solange der Vertrag nicht von der Hauptversammlung genehmigt und im Handelsregister eingetragen worden ist, sowie ob eine solche Lösung vom Vertrag zur Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft führt, für grundsätzlich klärungsbedürftig erachtet. 50