BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 314/03

Verkündet am:
26. September 2005
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 138 Aa, 278, 311 Abs. 2; HGB § 230

a) Auf die stille Gesellschaft sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar. Diese Grundsätze stehen einem Anspruch auf Rückgewähr der Einlage aber nicht entgegen, wenn der Vertragspartner des stillen Gesellschafters verpflichtet ist, diesen im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als hätte er den Gesellschaftsvertrag nicht geschlossen und seine Einlage nicht geleistet (Bestätigung von BGH, Urteile vom 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, 29. November 2004 - II ZR 6/03 und 21. März 2005 - II ZR 140/03, II ZR 310/03 und II ZR 149/03).

b) Über die Nachteile und Risiken eines angebotenen Kapitalanlagemodells muss der Anlageinteressent zutreffend und vollständig aufgeklärt werden. Dazu gehört auch, dass in dem Vertragsanbahnungsgespräch eine gewinnunabhängige Entnahme nicht mit einer Rendite gleichgesetzt wird.

c) Eine Beweisaufnahme über die Behauptung, von den Anlegergeldern sei planmäßig nur ein so geringer Teil investiert worden, dass ein Gewinn von vornherein unwahrscheinlich, ein Verlust dagegen wahrscheinlich sei, darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die wirtschaftlichen Aktivitäten des Fonds seien vielschichtig und im Rahmen eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens sowie bei zahlreichen sonstigen Begutachtungen seien in Bezug auf die Investitionstätigkeit keine Unregelmäßigkeiten aufgedeckt worden.

d) Bei einer Beweisaufnahme über Art und Umfang der Investitionstätigkeit hat die beklagte Fondsgesellschaft im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast dem Gericht und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen diejenigen Informationen zu geben, die den auf Schadensersatz wegen unzureichender Investitionen klagenden Anlegern nicht zugänglich sind, die offenzulegen der Fondsgesellschaft aber möglich und zumutbar ist.

BGH, Urteil vom 26. September 2005 - II ZR 314/03 - OLG Braunschweig
LG Göttingen

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

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

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Münke, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 3. September 2003 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagten Gesellschaften - eine Kommanditgesellschaft auf Aktien und eine Aktiengesellschaft - beschäftigen sich - ebenso wie ihre Rechtsvorgängerinnen aus der "G. Gruppe" - u.a. mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien, Wertpapieren und Unternehmensbeteiligungen. Das erforderliche Kapital bringen sie auf, indem sie mit zahlreichen Kleinanlegern stille Gesellschaften gründen. Die Laufzeit beträgt nach Wahl der Anleger 10 bis 40 Jahre. Die Gesellschafter sind am Gewinn und Verlust beteiligt und haben ggf. eine Nachschusspflicht bis zur Höhe ihrer Entnahmen. Nach den im vorliegenden Fall verwendeten Vertragsformularen sollte das Auseinan-

dersetzungsguthaben am Ende des jeweiligen Gesellschaftsvertrages als monatliche Rente mit einer Laufzeit von - je nach Wunsch des Anlegers - 10 bis 40 Jahren ausgezahlt werden ("Pensions-Sparplan"). Damit sollte ein Beitrag zur Versorgung und Absicherung des stillen Gesellschafters im Alter geleistet werden. Den Anlegern wurden steuerliche Verlustzuweisungen in Höhe ihrer Einlagezahlungen in Aussicht gestellt. Außerdem sollten sie ein gewinnunabhängiges Recht auf Entnahme i.H.v. jährlich 10 % ihrer eingezahlten Einlage haben.

Die Kläger beteiligten sich im Laufe der 90er Jahre als stille Gesellschafter an der G. Beteiligungs-AG, einer Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1, bzw. an der L. AG oder der G. Vermögensanlagen AG, Rechtsvorgängerinnen der Beklagten zu 2 ("G. Gruppe"). Die Kläger zu 4, 21, 34 und 40 hatten die Einlage jeweils in einem Betrag zu zahlen, die Kläger zu 5, 14, 18 und 31 hatten sie in monatlichen Raten zu erbringen, die übrigen 29 jetzt noch am Rechtsstreit beteiligten Kläger verpflichteten sich zu beidem. Im Rahmen eines sog. Steiger-Modells wurden jeweils Folgeverträge mit anderen Konzerngesellschaften oder bezüglich anderer von derselben Gesellschaft buchungsmäßig getrennt behandelter "Unternehmenssegmente" geschlossen. Dadurch sollten die Ratenzahlungen bzw. die Wiederanlagen der Entnahmen jeweils zu steuerlichen Verlustzuweisungen führen, während Gewinne nur in den - beitragslos gestellten - Vorgängerverträgen entstehen sollten. Daneben erwarben einige Kläger auch Aktien einer Gesellschaft der G. Gruppe, was im Revisionsverfahren aber keine Rolle mehr spielt.

Alle jetzt noch am Verfahren beteiligten Kläger erklärten im Jahre 2001 die fristlose Kündigung und die Anfechtung der stillen Gesellschaftsverträge wegen arglistiger Täuschung. Mit ihrer Klage verlangen sie von den Beklagten als Gesamtschuldnern die Rückzahlung ihrer Einlagen, die Feststellung, dass

die Gesellschaftsverhältnisse durch die Kündigungen erloschen sind, und im Wege der Stufenklage die Errechnung des Auseinandersetzungsguthabens und die Auszahlung eines etwaigen die Einlagezahlungen übersteigenden Überschusses.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Dagegen richtet sich die von dem Berufungsgericht - soweit es um die Ansprüche aus den stillen Gesellschaftsverhältnissen geht - zugelassene Revision der insoweit betroffenen Kläger.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Klageabweisung ausgeführt:

Die Kläger hätten keinen Anspruch auf Rückzahlung ihrer Einlagen aufgrund ihrer außerordentlichen Kündigungen. Zum einen hätten sie schon nicht dargelegt, mit welcher Gesellschaft jeweils die Folgeverträge geschlossen worden seien. Eine "gesamtschuldnerische Konzernhaftung" der Beklagten komme nicht in Betracht. Im Übrigen scheide ein Rückzahlungsanspruch aus, weil auf die stille Gesellschaft die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar seien und daher allenfalls die Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens verlangt werden könne. Davon sei auch keine Ausnahme wegen grober Sittenwidrigkeit zu machen.

Für das Vorliegen eines "Schneeballsystems" seien die Kläger darlegungs- und beweispflichtig. Sie stützten sich dafür auf ein Privatgutachten der P. Treuhandgesellschaft mbH vom 30. Mai 1994, auf ein weiteres Privatgutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft H. & Partner vom 8. August, 15. Oktober und 20. Oktober 1999 und auf ein in einem Verfahren vor dem OLG Köln erstattetes Gutachten der B. AG vom 14. Februar 1996. In diesen Gutachten sei aber ein Schneeballsystem nicht festgestellt worden. Bei dieser Sachlage sei es nicht geboten, entsprechend dem Antrag der Kläger ein erneutes gerichtliches Sachverständigengutachten einzuholen.

Die Gesellschaftsverträge seien auch nicht wegen einer Disparität von Chancen und Risiken oder wegen einer von Anfang an unzulänglichen Investitionstätigkeit der Beklagten sittenwidrig. Zwar sei den Klägern zuzugeben, dass die finanziellen Transaktionen der Beklagten nur schwer nachzuvollziehen seien. Unter Berücksichtigung der vorgelegten Privatgutachten und einer Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Braunschweig könne aber nicht festgestellt werden, dass die Anlegergelder vertragswidrig verwendet worden seien. Die geringen Erträge seien auf die derzeit schwierige Marktsituation zurückzuführen. Ein gerichtliches Sachverständigengutachten werde auch insoweit zu keiner weiteren Aufklärung führen.

Eine Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft sei auch nicht im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen der Kläger gerechtfertigt. Die Kläger hätten sich darauf berufen, bei Vertragsschluss durch den Prospekt bzw. die Vermittler arglistig getäuscht worden zu sein. Das könne aber nur zu einem Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens, nicht dagegen auch zu einem Anspruch auf Rückzahlung der Einlagen führen.

Eine Ersatzpflicht der Beklagten ergebe sich auch nicht aus einem strafbaren Verhalten. Im Hinblick auf den Tatbestand des Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264 a StGB hätten die Kläger schon nicht dargelegt, welcher der zahlreichen Prospekte der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerinnen ihnen vorgelegt worden sei. Im Übrigen sei in den Prospekten auch keine bestimmte Investitionsquote oder -art genannt worden, so dass ein entsprechendes Vertrauen der Anleger nicht begründet worden sei. Der Vorwurf, "kaum einer" aus der angesprochenen Zielgruppe sei darauf gekommen, dass er mit den gewinnunabhängigen Entnahmen gleichsam eigenes Geld geliehen bekomme, sei schon deshalb unerheblich, weil die Kläger nicht gesagt hätten, welcher von ihnen einem entsprechenden Irrtum unterlegen sei. Im Übrigen seien die Behauptungen zu dem Inhalt der Vertragsanbahnungsgespräche nicht unter Beweis gestellt. Beweis sei lediglich dafür angetreten worden, was den Vermittlern in den Vertriebsschulungen gesagt worden sei.

Auch der Wegfall der vereinbarten ratierlichen Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben wegen einer Untersagungsverfügung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen vom 22. Oktober 1999 führe weder zu einem Anspruch auf Rückzahlung der Einlagen, noch berechtige es zur Kündigung mit einem daraus folgenden Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens. Zum einen sei nicht vorgetragen, bei welchen Beteiligungen eine ratierliche Auszahlung überhaupt vereinbart sei. Zum anderen seien sämtliche Verträge vor der Untersagungsverfügung geschlossen worden. Ob und ggf. ab wann eine Pflicht der Beklagten zum Hinweis auf die drohende Untersagungsverfügung bestanden habe, könne offen bleiben, weil die Kläger sich auf die Verletzung einer derartigen Hinweispflicht nicht berufen hätten. Im Übrigen handele es sich bei der ratierlichen Auszahlung nur um eine unbedeutende Modalität der Vertragsabwicklung, so dass selbst eine Teilnichtigkeit nicht die Un-

wirksamkeit der Gesamtverträge zur Folge hätte. Auch die verspätete Vorlage von Jahresabschlüssen durch die Beklagten führe weder zur Nichtigkeit der Verträge noch zu einem Kündigungsrecht.

Die Feststellungsanträge seien ebenfalls unbegründet. Eine Feststellung der Beendigung der Gesellschaftsverhältnisse komme schon nur im Verhältnis zu jeweils der Gesellschaft in Betracht, mit der ein stiller Gesellschaftsvertrag bestehe. Es fehle aber auch an einem wichtigen Grund für eine Kündigung.

So bestehe ein Kündigungsgrund nicht im Hinblick auf die behaupteten Falschangaben der Vermittler in den Vertragsanbahnungsgesprächen. Die Kläger hätten weder die Namen der Vermittler mitgeteilt noch die Umstände der Gespräche näher dargelegt. Sie hätten sich auf den Standpunkt gestellt, dass es unerheblich sei, ob einzelne Kläger in ihren Fehlvorstellungen durch die Vermittler noch bestärkt worden seien. Unter diesen Umständen sei weder ein gerichtlicher Hinweis noch eine Beweisaufnahme veranlasst gewesen.

Ein Kündigungsgrund ergebe sich auch nicht aus dem Wegfall der ratierlichen Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben und der verspäteten Vorlage der Jahresabschlüsse.

Schließlich sei auch die Stufenklage unbegründet. So hätten die Kläger auch insoweit nicht mitgeteilt, an welcher der beiden Beklagten die Beteiligung bestanden habe bzw. noch bestehe. Auch könne der Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens nicht neben dem Anspruch auf Rückzahlung der Einlagen bestehen. Im Übrigen fehle es auch insoweit an einem Grund für eine außerordentliche Kündigung.

II. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Beklagten nicht ohne Rücksicht auf ihr jeweiliges Verhalten nur deshalb als Gesamtschuldner haften, weil sie sich wegen des Konzernverbunds das jeweilige Fehlverhalten der anderen Konzerngesellschaft zurechnen lassen müssen. Auch in einem Konzern sind die einzelnen Gesellschaften rechtlich selbständig. Sie haften nur dann, wenn zwischen ihnen und dem Gläubiger eine entsprechende Rechtsbeziehung besteht. Davon hat der Bundesgerichtshof entgegen der Auffassung der Revision auch in der Entscheidung vom 15. Juni 2000 (III ZR 305/98, NJW 2000, 3275) keine Ausnahme gemacht. In jenem Fall ging es um die Haftung einer Mehrheit von Gesellschaften, die eine Erklärung dahingehend abgegeben hatten, gemeinsam eine Vermögensberatung zu übernehmen. Daraus hat der III. Zivilsenat geschlossen, dass zu jedem Mitglied der Gruppe eine eigenständige rechtsgeschäftliche Beziehung zustande gekommen ist. Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar. Hier war für die Kläger von vornherein klar, wer ihr Vertragspartner war. Mindestens aufgrund ihres Informationsrechts konnten sie auch unschwer feststellen, ob und ggf. mit wem in ihrem Namen Folgeverträge geschlossen worden waren.

Das Berufungsgericht hat aber nicht beachtet, dass schon in dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils im Einzelnen aufgeführt ist, welcher Kläger mit welcher Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag geschlossen hat. Damit steht fest, gegenüber welcher der beiden Beklagten - sonstige Vertragspartner kommen nach der Verschmelzung mit den Vorgängergesellschaften nicht mehr in Betracht - Schadensersatzansprüche bestehen können. Wenn die Beklagten demgegenüber vortragen wollen, es seien Folgeverträge mit der jeweils anderen Beklagten geschlossen worden, ist das für die Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Vertragsschluss ohne Bedeutung. Davon können lediglich etwaige Auseinandersetzungsansprüche betroffen sein. Insoweit obliegt den

Beklagten aber die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH, Urt. v. 11. Oktober 1994 - X ZR 30/93, NJW 1995, 49, 50).

Eine andere Frage ist, ob die Beklagte zu 1 deshalb auch in Bezug auf die mit der Beklagten zu 2 und ihren Rechtsvorgängerinnen geschlossenen Verträge haftet, weil sie diese Verträge vermittelt hat, wie die Revision geltend macht. Dazu fehlen Feststellungen des Berufungsgerichts.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, auf die stillen Gesellschaften seien die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anzuwenden, deshalb führe ein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund nur zu einem Kündigungsrecht und davon sei hier nach dem festgestellten Sachverhalt keine Ausnahme wegen gewichtiger Belange der Allgemeinheit oder einer besonderen Schutzwürdigkeit der Kläger zu machen. Diese Auffassung hat der Senat in den Urteilen vom 21. März 2005 (II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 755; II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1785; II ZR 149/03, ZIP 2005, 763, 764) zu Parallelfällen aus dem Komplex "G. Gruppe" bestätigt und damit deutlich gemacht, dass er - anders als es in Teilen des Schrifttums gesehen wird - die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht aufgeben will. Hiervon abzugehen, besteht auch jetzt kein Anlass.

3. a) Unzutreffend ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, wegen der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft könne ein Anspruch auf Rückzahlung der Einlage auch dann nicht bestehen, wenn der jeweilige Kläger bei dem Vertragsschluss getäuscht worden sei. Wie der Senat in seinen nach Erlass des angefochtenen Urteils ergangenen Entscheidungen vom 19. Juli 2004 (II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706), 29. November 2004 (II ZR 6/03, ZIP 2005, 254, 256) und 21. März 2005 (II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 757; II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1786 f.; II ZR 149/03, ZIP 2005, 763, 764) ausgeführt hat,

sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft dann nicht berührt und stehen deshalb einem Anspruch auf Rückgewähr der Einlage nicht entgegen, wenn der Vertragspartner des stillen Gesellschafters - der Inhaber des Handelsgeschäfts i.S. des § 230 HGB - verpflichtet ist, den stillen Gesellschafter im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als hätte er den Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen und seine Einlage nicht geleistet. Demjenigen, der sich aufgrund eines Prospektmangels, einer Verletzung der Aufklärungspflicht oder aus sonstigen Gründen schadensersatzpflichtig gemacht hat, darf es nicht zugute kommen, dass er gleichzeitig auch an dem mit dem geschädigten Anleger geschlossenen Gesellschaftsvertrag beteiligt ist.

b) Damit kommt es darauf an, ob den Beklagten oder ihren Rechtsvorgängerinnen, bezogen jeweils auf den einzelnen Vertrag, eine Verletzung von Aufklärungspflichten vorzuwerfen ist. Dann haften sie jedenfalls nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss auf Schadensersatz, wobei sie sich ggf. ein Verschulden der Anlagevermittler nach § 278 BGB zurechnen lassen müssen.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats muss einem Anleger für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden, d.h. er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden (BGHZ 79, 337, 344; Urt. v. 21. März 2005 - II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 757; II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1787; II ZR 149/03, ZIP 2005, 763, 764). Dabei war im vorliegenden Fall vor allem darüber aufzuklären, dass der Anleger an den Verlusten beteiligt und verpflichtet ist, erforderlichenfalls auch Nach-

schüsse in erheblichem Umfang zu leisten, dass die gewinnunabhängigen Entnahmen i.H.v. 10 % der gezahlten Einlagen schon ab dem Jahr nach dem Vertragsschluss zu einer deutlichen Verringerung des für die Investitionen zur Verfügung stehenden Kapitals führen, dass die Entnahmen auch im Falle der Wiederanlage keinen Kapitalzuwachs bewirken, dass sie deshalb in hohem Maße die Gefahr einer späteren Nachschusspflicht begründen und dass sie trotz ihrer Ausgestaltung als gewinnunabhängig unter einem Liquiditätsvorbehalt stehen, der es den Beklagten erlaubt, bei einem Liquiditätsmangel die Ausschüttungen einseitig einzustellen. Schließlich musste der Anleger über das geplante Investitionsvolumen unterrichtet werden, wenn es von den üblicherweise zu erwartenden Werten abweichen sollte.

bb) Dazu haben die Kläger behauptet, in den jeweiligen Beratungsgesprächen seien die Entnahmen mit Renditen gleichgesetzt worden, die Vermittler hätten allen Anlegern jeweils eine Anlage versprochen, die zum sicheren Aufbau einer Zusatzrente geeignet sei, und die Beklagten hätten spätestens seit 1992 die vertragsmäßig vorgesehenen Investitionen planmäßig unterlassen, was auch schon im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse beabsichtigt gewesen sei.

Zu Recht rügt die Revision, dass der Behauptung der Kläger, in den Vertragsanbahnungsgesprächen hätten die Anlagevermittler die Entnahmen mit Renditen gleichgestellt, nicht im Rahmen einer Beweisaufnahme nachgegangen worden ist. Zwar haben die Kläger nicht die Anlagevermittler selbst als Zeugen benannt. Sie haben aber die Behauptung, die Vermittler seien in den Schulungen der Beklagten dazu angewiesen worden, so zu verfahren, unter Zeugenbeweis gestellt. Wenn diese Behauptung bewiesen wird, ist das ein starkes Indiz dafür, dass die Vermittler sich an diese Anweisung auch gehalten

haben. Zumindest wäre es dann Sache der Beklagten darzulegen, warum das nicht so gewesen sein soll.

cc) Weiter ist das Berufungsgericht nicht in ausreichendem Maße dem Vortrag der Kläger nachgegangen, die vertragsmäßig vorgesehenen Investitionen seien unterlassen worden. Es hat gemeint, zu der Behauptung der Kläger, die Beklagten hätten planmäßig nur ganz geringe Teile der Anlegergelder investiv verwendet und dadurch einen nachhaltigen Kapitalverlust verursacht, müsse kein Sachverständigengutachten eingeholt werden. Gegen eine solche Beweisaufnahme spreche die Erwartung, dass angesichts des Gesamtumfangs der wirtschaftlichen Tätigkeit der Beklagten und der bereits in der Vergangenheit durch zahlreiche Beteiligte eingeholten Gutachten davon auszugehen sei, dass auch ein weiteres Gutachten nicht zu einer eindeutigen Aussage kommen werde. Angesichts der auch in den zahlreichen Parallelverfahren vorgebrachten kaum noch überschaubaren Zahlen und Argumente sei nicht zu erwarten, dass eine "zusätzliche Meinung" zu einer entsprechenden Überzeugung des Gerichts führen werde.

Die Revision rügt zu Recht, dass darin eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung liegt. Auch wenn die wirtschaftlichen Aktivitäten der G. Gruppe vielschichtig sind und dabei bisher keine Unregelmäßigkeiten in Bezug auf die Investitionstätigkeit aufgedeckt worden sind, ist das allein kein Grund für die Annahme, auch eine Beweisaufnahme in dem vorliegenden Verfahren werde zu keinem für die Kläger günstigen Ergebnis führen. Da das Berufungsgericht offenbar nicht in der Lage ist, die wirtschaftlichen Zusammenhänge allein zu beurteilen - eine entsprechende Sachkunde der Richter ist in dem Urteil nicht dargelegt -, hat es sich der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen.

Dass diese Beweisaufnahme von vornherein aussichtslos ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dafür spricht auch nichts. Im Gegenteil ist zu berücksichtigen, dass die Beklagten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast (BGH, Urt. v. 11. Juni 1990 - II ZR 159/89, NJW 1990, 3151; v. 3. Februar 1999 - VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404, 1405 f.; v. 22. März 2004 - II ZR 75/02, BGH-Report 2004, 1140) gehalten sind, dem Gericht und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen diejenigen Informationen zu geben, die den Klägern nicht zugänglich sind, die offenzulegen den Beklagten aber möglich und zumutbar ist (zur Beweislast der Kläger im übrigen s. BGH, Urt. v. 5. Februar 1987 - IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322, 1323; v. 20. Juni 1990 - VIII ZR 182/89, NJW-RR 1990, 1422, 1423).

Dem Berufungsgericht kann auch nicht gefolgt werden, wenn es meint, die Emissionsprospekte seien schon deshalb nicht irreführend, weil sie keine bestimmte Anlagepolitik und Investitionsquote in Aussicht stellten. Es geht hier nicht um die Frage, ob die Beklagten einen mehr oder weniger weiten unternehmerischen Handlungsspielraum haben sollten. Die Kläger behaupten vielmehr, von ihrem und dem Geld der anderen Anleger sei nur ein so geringer Teil zu Investitionszwecken verwendet worden - zwischen 3,98 % und 22 % -, dass ein Gewinn von vornherein unwahrscheinlich, ein Verlust dagegen wahrscheinlich sei. Wenn die Beklagten demgegenüber, gestützt ebenfalls auf Privatgutachten, die Investitionsquoten auf 68 % bis 81 % beziffern, besteht ein Aufklärungsbedarf, dem das Berufungsgericht hätte nachgehen müssen.

4. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

Dabei wird ggf. auch zu berücksichtigen sein, dass die Beklagten verpflichtet waren, die Anleger bei Vertragsschlüssen ab Anfang 1998 auf die mög-

lichen bankrechtlichen Bedenken gegen die vereinbarte ratenweise Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben hinzuweisen (Sen.Urt. v. 21. März 2005 - II ZR 149/03, ZIP 2005, 753, 763, 765). Die Kläger haben sich in dritter Instanz auf diesen möglichen Aufklärungsmangel nicht berufen, was aber nicht ausschließt, dass er in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht geltend gemacht wird.

Sollte sich ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten der Beklagten oder ihrer Erfüllungsgehilfen nicht beweisen lassen, hat das Berufungsgericht - worauf die Revision zu Recht hinweist - weiter zu bedenken, dass sich aus dem Wegfall der ratierlichen Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens ein Grund für eine außerordentliche Kündigung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages ergeben kann. Auch das hat der Senat in den Urteilen vom 21. März 2005 (II ZR 124/03, WM 2005, 841; II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 758; II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1788) bereits entschieden.

Keinen Erfolg haben kann dagegen das Begehren der Kläger, sowohl die gezahlten Einlagen zurückzuerhalten als auch im Wege der Stufenklage auf ein möglicherweise höheres Auseinandersetzungsguthaben zugreifen zu können. Wenn sie im Wege des Schadensersatzes so gestellt werden wollen, wie sie stünden, wenn sie die Gesellschaftsverträge nicht abgeschlossen hätten, können sie nicht gleichzeitig die Verträge als wirksam behandeln und sich die Möglichkeit offen halten, Vorteile aus diesen Verträgen zu ziehen (vgl. Sen.Urt. v.

21. März 2005 - II ZR 149/03, ZIP 2005, 763, 766). Die Stufenklage können sie nur hilfsweise geltend machen für den Fall, dass die Ansprüche auf Rückzahlung der Einlagen nicht bestehen.

Goette Münke Strohn

Caliebe Reichart