

Verkündet

am 30. November 2005

....., Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

.....

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig
durch.....

..... auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2005

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Göttingen vom 19.12.2002 abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger weitere 42.182,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.07.2005 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagten keine Ansprüche gegen den Kläger aus dem stillen Gesellschaftsvertrag der Parteien gemäß Zeichnungsschein vom (Vertragsnummer:) zustehen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges tragen der Kläger zu 91 % und die Beklagte zu 9 %, die des zweiten Rechtszuges der Kläger zu 38 % und die Beklagte zu 62 % und die des dritten Rechtszuges der Kläger zu 75 % und die Beklagte zu 25 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

Der Streitwert des Berufungsrechtszuges beträgt 74.962,58 € und ab dem 22.07.2005 70.325,94 €.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Rückzahlung von Einlagen, die er als atypisch stiller Gesellschafter erbracht hat. Er hat sich mit Zeichnungsschein vom (Vertragsnummer:) mit einer Einmaleinlage in Höhe von 60.000,00 DM zzgl. 5 % Agio sowie der Verpflichtung zur Zahlung von Rateneinlagen in Höhe von mtl. 1.000,00 DM zzgl. 5 % Agio für die Dauer von 120 Monaten beteiligt (Anlage K 1/Bl. 12 f. d.A.). Der Zeichnungsschein sieht eine ratierliche Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens über zehn Jahre vor.

Der Kläger zahlte die Einmaleinlage in Höhe von 63.000,00 DM sowie Raten von März 1998 bis Januar 2002 in Höhe von insgesamt 49.350,00 DM. Bis Juli 2001 erfolgten Entnahmen in Höhe von 17.000,00 DM.

Weil die Beklagte die Entnahmeauszahlungen für längere Zeit aussetzte bzw. sie nur noch in reduzierter Form gewährte, hat der Kläger mit Schreiben vom 03.04.2002 (Anlage K 4/Bl. 20 f. d.A.) das Beteiligungsverhältnis fristlos gekündigt und zur Rückzahlung seiner Einlagen eine Frist bis zum 19.04.2002 gesetzt.

Der Kläger hat erstinstanzlich nach teilweiser Rücknahme der Klage beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines Betrages i. H. v. 48.751,68 € nebst Zinsen, hilfsweise zur Zahlung von 5.598,65 € zu verurteilen (Bl. 34, 40 d. A.).

Bei dem Hilfsantrag handelt es sich um die von dem Kläger für den Zeitraum Januar 2001 bis November 2002 mit 5.598,65 € berechneten fälligen Entnahmen, die die Beklagte nicht gewährt hatte.

Im Termin am 03.12.2002 (Bl. 40 d. A.) hat die Beklagte den Hilfsantrag i. H. v. 5.010,66 € anerkannt, woraufhin sie das Landgericht Göttingen mit Urteil vom 19.12.2002 (Bl. 43 ff. d. A.) dem Anerkenntnis gemäß verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen hat.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt und beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 48.571,68 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.04.2002 zu verurteilen,

hilfsweise im Wege der Stufenklage,

ihm für die aufgrund der Kündigung vom 03.04.2002 beendete atypische stille Gesellschaft die Schlussabrechnung gemäß § 21 Abs. 6 der Vertragsbedingungen zu erteilen (Bl. 69, 95, 110 d.A.).

Die Beklagte hat widerklagend beantragt, den Kläger zur Zahlung von insgesamt 10.200,34 € nebst Zinsen zu verurteilen. Hierbei handelt es sich um von dem

Kläger entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung zur Leistung von Rateneinlagen nicht erbrachte Zahlungen.

Mit Urteil vom 03.09.2003 hat der Senat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Anschlussberufung der Beklagten (betrifft die Widerklage) verworfen. Die Revision ist zugelassen worden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil vom 03.09.2003 (Bl. 116 ff. d.A.) Bezug genommen.

Auf die hiergegen eingelegte Revision des Klägers hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 11.04.2005 (Geschäftsnummer II ZR 299/93) ausweislich des Urteilstenors „das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 03. September 2003 aufgehoben“ (Bl. 43 ff. des Sonderbandes). Weiter heißt es unmittelbar zu Beginn der Entscheidungsgründe: „Die Revision ist teilweise begründet und führt hinsichtlich der Stufenklage zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.“

Der Bundesgerichtshof hat zur Begründung ausgeführt, dass die Zahlungsklage zu Recht abgewiesen worden sei, dem Kläger jedoch nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Parteivortrag der im Wege der Stufenklage geltend gemachte Anspruch auf Auskunft über das Auseinandersetzungsguthaben zustehe.

Der Anspruch auf Rückzahlung der Einlage könne nur bestehen, wenn der Gesellschaftsvertrag nichtig sei, ohne dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft eingriffen, oder wenn die Beklagte im Wege des Schadensersatzes verpflichtet sei, den Kläger so zu stellen, als hätte er den Vertrag nicht geschlossen. Dies mache der Kläger jedoch selbst nicht geltend.

Dagegen sei für die Frage, ob ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund vorliege, von Bedeutung, dass die Einstellung bzw. Reduzierung der Ausschüttungen nach § 12 Abs. 6 der Vertragsbedingungen nur dann zulässig gewesen sei, wenn die Beklagte tatsächlich nicht genügend Liquidität gehabt habe, um die Entnahmeansprüche der Anleger ohne Gefährdung ihrer langfristigen Zielsetzungen erfüllen zu können. Diese Ausnahmevoraussetzungen habe die Beklagte darzulegen und zu beweisen. Ihr bislang hierzu gehaltener

Vortrag sei jedoch nicht ausreichend, worauf sie hätte hingewiesen werden müssen. Um ihr Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben, sei die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.04.2005 (Bl. 43 ff. d. Sonderbandes) Bezug genommen.

Der Kläger bezieht sich nunmehr auf eine der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 21.03.2005 (Geschäftsnummer: II ZR 149/03) und macht geltend:

Die Beklagte habe eine Aufklärungspflichtverletzung begangen, weil sie ihn nicht darauf hingewiesen habe, dass die angebotene ratierliche Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens aufgrund der am 01.01.1998 in Kraft getretenen 6. KWG-Novelle möglicherweise als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft angesehen werden könnte, für das der Beklagten die erforderliche Erlaubnis fehle. Zumindest habe die Beklagte den Kläger darauf hinweisen müssen, dass aufgrund der Gesetzesänderung rechtliche Bedenken gegen die ratierliche Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens bestünden; dies sei nicht geschehen.

Ihr sei auch ein Verschulden vorzuwerfen, weil sie als professionelle Anbieterin von Kapitalanlagen verpflichtet gewesen sei, sich über Änderungen der einschlägigen Gesetze und die daraus resultierenden Risiken zu informieren.

Weiter sei die mangelnde Aufklärung des Klägers für seine Anlageentscheidung ursächlich geworden.

Da der Bundesgerichtshof in seinem Revisionsurteil vom 11.04.2005 nicht über Schadensersatzansprüche entschieden habe, stehe die Rechtskraft dem nun gestellten Hauptantrag nicht entgegen.

Der Kläger beantragt nunmehr,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 48.751,68 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.04.2002 zu zahlen,

2. festzustellen, dass der zwischen den Parteien bestehende Gesellschaftsvertrag zum 08.04.2002 erloschen ist;

hilfsweise zu dem Antrag zu Ziff. 1,

3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für die bis zum 08.04.2002 zwischen den Parteien bestehende atypische stille Gesellschaft die Schlussabrechnung zu erteilen, und

4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger das sich nach Erteilung der zu Ziff. 3 beantragten Abrechnung zu seinen Gunsten ergebende Guthaben auszusahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie führt ergänzend aus, im Juni 2003 sei dem Kläger eine weitere Entnahme in Höhe von 230,08 € ausgezahlt worden.

Im Übrigen erhebt sie die Einrede der Verjährung. Sie ist der Auffassung, für den Beginn der kurzen regelmäßigen Verjährungsfrist des neuen Verjährungsrechtes sei auf den 01.01.2002 abzustellen, und zwar unabhängig von einem subjektiven Element. § 199 Abs. 1 BGB n.F. trete hinter dem insoweit vorrangigen Artikel 229 § 6 Abs. 1 S. 2 EGBGB zurück, wonach sich der Beginn der Verjährungsfrist nach altem Recht richte. Gemäß Artikel 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB berechne sich die Frist des neuen Rechts ab dem 01.01.2002, der zur Berechnung des Fristendes den Artikel 229 § 6 Abs. 2 S. 1 EGBGB ergänze. Artikel 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB verweise für den Fristbeginn der Verjährung von Altfällen eindeutig und unzweifelhaft auf das „alte Recht“, welches eine subjektive Komponente gerade nicht vorgesehen, sondern allein auf die Entstehung des Anspruchs abgestellt habe. Selbst wenn der Gesetzgeber ggf. eine andere Intention gehabt habe, ließen sich die Übergangsvorschriften nicht in dieser Weise auslegen, weil die Grenze der zulässigen Auslegung mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts da erreicht sei, wo der gesetzgeberische Wille im Gesetz nicht zum Ausdruck komme.

II.

Die Berufung des Klägers ist im Umfang der jetzt gestellten Hauptanträge weitgehend begründet.

Der Kläger kann von der Beklagten wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens bei Vertragsschluss (sogenannte *cic*; jetzt §§ 280 Abs. 1 und 3, 282, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F.) die Rückzahlung seiner Einlagen verlangen.

1.

- a) Dem jetzt gestellten Zahlungsantrag steht das in dieser Sache ergangene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.04.2005 nicht entgegen. Der Senat legt den Urteilstenor trotz seiner weiten Fassung aufgrund der Entscheidungsgründe, wo es bereits zu Beginn heißt, dass die Revision (nur) teilweise begründet sei und *hinsichtlich der Stufenklage* (Anmerkung: Hervorhebung im Original nicht vorhanden) zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führe, dahin aus, dass es hinsichtlich des Zahlungsantrages bei der Abweisung bleiben und die Aufhebung des Berufungsurteils vom 03.09.2003 nur wegen der Stufenklage erfolgen sollte. Obwohl die Abweisung des Zahlungsantrages über 48.571,68 € damit durch das Urteil des Bundesgerichtshofs rechtskräftig geworden ist, ergeben sich unter Rechtskraftgesichtspunkten keine Bedenken gegen die nunmehr gemäß Schriftsatz vom 22.07.2005 gestellten neuen Hauptanträge.

Für die entscheidende Frage, ob mit der rechtskräftigen Abweisung des erstinstanzlich gestellten Zahlungsantrages der nun geltend gemachte Zahlungsantrag ausgeschlossen ist, kommt es auf den Umfang der Rechtskraft an. Die Rechtskraft des Sachurteils bindet dann, wenn der Streitgegenstand, über den bereits entschieden worden ist, erneut zur Entscheidung ansteht (BGH, Urteil vom 14.07.1995, NJW 1995, 2993; Urteil vom 27.03.1996, NJW

1996, 1743). Maßgeblich ist also die Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft anhand des Streitgegenstandes (BGH, Urteil vom 08.02.1996, NJW-RR 1996, 826 (827); Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., Rn. 30 vor § 322). Nach der prozessrechtlichen Auffassung vom Streitgegenstand im Zivilprozess, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat, wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht; vielmehr ist Gegenstand des Rechtsstreits der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch. Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet). In diesem Sinne geht der Klagegrund über die Tatsachen, welche die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage erfüllen, hinaus. Zu ihm sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt „seinem Wesen nach“ erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGH, Urteil vom 19.12.1991, BGHZ 117, 1 (5 ff.), Urteil vom 13.06.1996, NJW-RR 1996, 1276).

Hier ist zwar der Klageantrag mit dem bereits in erster Instanz gestellten Zahlungsantrag identisch, doch liegen auch bei „natürlicher Betrachtungsweise“ dem Wesen nach zwei verschiedene Sachverhalte und damit auch unterschiedliche Streitgegenstände vor. Erstinstanzlich ist der Anspruch auf Rückzahlung der Einlagen auf eine (fälschlich angenommene) vertragliche Berechtigung gestützt worden. Der Kläger ist davon ausgegangen, dass er im Falle der Kündigung des Vertrages die Rückzahlung seines „Guthabens“ verlangen könne, worunter er die Summe der geleisteten Einlagen verstanden hat. Über diesen Streitgegenstand haben Landgericht, Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof entschieden. Dagegen stützt er sich nun, hiervon abweichend, auf Schadensersatzansprüche, die darauf beruhen sollen, dass er bei Abschluss des Vertrages über sich aus der 6. KWG-Novelle ergebende rechtliche Bedenken gegen die von ihm gewählte Form der ratierlichen Auszahlung nicht aufgeklärt worden sei. Dabei handelt es sich um

einen anderen Lebensvorgang. In einem ähnlichen Fall hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass dann, wenn der Kläger einen zunächst auf Vertrag gestützten Zahlungsanspruch im Laufe des Rechtsstreits zusätzlich damit begründe, dass der Beklagte ihm wegen vorsätzlichen Verschuldens bei Vertragsschluss Schadensersatz zu zahlen habe, keine Zurückweisung des neuen Vorbringens als verspätet in Betracht komme, weil es sich dabei nicht um ein Angriffsmittel i. S. v. § 296 ZPO handele, sondern wegen der Verschiedenheit der zugrunde liegenden Streitgegenstände um eine nachträgliche objektive Klagehäufung (Urteil vom 15.01.2001, NJW 2001, 1210 (1211)). Folgt man dieser Auffassung des Bundesgerichtshofs, die der Senat für zutreffend hält, kann hier nichts anderes gelten, da der Streitgegenstandsbegriff für die Frage des Umfangs der Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO) kein anderer ist als der für die Frage einer objektiven Klagehäufung (§ 260 ZPO) zugrunde zu legende.

- b) Die Voraussetzungen, an die § 533 ZPO eine zulässige Klageänderung knüpft, sind gegeben.

Die Klageänderung ist sachdienlich, weil hierdurch ein neuer Prozess vermieden wird. Der mit Schriftsatz vom 22.07.2005 erstmals gehaltene Tatsachenvortrag zu einem Aufklärungsver schulden der Beklagten ist zwar „neu“ i. S. d. § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO aber dennoch zu berücksichtigen. Dass dieser Vortrag nicht bereits in der ersten Instanz gehalten worden ist, beruht nicht auf Nachlässigkeit des Klägers. Der Kläger ist von einem vertraglichen Rückzahlungsanspruch ausgegangen und hatte keine Veranlassung, zu einem Schadensersatzanspruch vorzutragen, bevor der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19.07.2004 (II ZR 357/02 – NJW-RR 2004, 1407) klargestellt hatte, dass die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft einem Schadensersatzanspruch des stillen Gesellschafters auf Einlagenrückgewähr nicht entgegenstehen, und weiter mit Urteil vom 21.03.2005 (II ZR 149/03 – BB 2005, 1023) ausgeführt hatte, dass ein Schadensersatzanspruch des stillen Gesellschafters gegen die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsschluss besteht, wenn der Gesellschaftsvertrag nach Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle am 01.01.1998 geschlossen worden ist und der Anleger nicht auf Bedenken

gegen die bankrechtliche Zulässigkeit einer ratenweisen Auszahlung hingewiesen wurde.

- c) Die Voraussetzungen eines Anspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsschluss liegen hier vor.

aa)

Ein solcher Anspruch ist nicht nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft, nach denen die in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaft für die Vergangenheit als wirksam zu behandeln und lediglich mit Wirkung für die Zukunft kündbar ist, ausgeschlossen. Richtig ist, dass diese Grundsätze auch auf eine stille Gesellschaft anwendbar sind, unabhängig von der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses als „typische“ oder „atypische“ stille Gesellschaft (BGH, Urteil vom 24.05.1993, 2107; Urteil vom 29.11.2004, ZIP 2005, 254 (255); BGHZ 156, 46 (51 ff.)). Mit Urteil vom 19.07.2004 (ZIP 2004, 1706; bestätigt mit Urteilen vom 29.11.2004, ZIP 2005, 254 (256) und vom 21.03.2005 - II ZR 140/03 sowie II ZR 310/03) hat der Bundesgerichtshof jedoch klar gestellt, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft einem Anspruch auf Rückgewähr der Einlage dann nicht entgegenstehen, wenn der Vertragspartner des stillen Gesellschafters - der Inhaber des Handelsgeschäftes i.S.d. § 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 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.

bb)

Hier ist der Beklagten eine Verletzung von Aufklärungspflichten vorzuwerfen, wobei sie für ein Fehlverhalten des Vermittlers nach § 278 BGB einzustehen hat.

Wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 21.03.2005 (ZIP 2005, 763 = BB 2005, 1023 - II ZR 149/03) und darüber hinaus u.a. in weiteren Urteilen vom 25.07.2005 (II ZR 343/03, II ZR 377/03, II ZR 383/03, II ZR 389/03, II ZR 73/04) ausgeführt hat, besteht ein Schadensersatzanspruch des stillen Gesellschafters gegen die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsschluss, wenn der Gesellschaftsvertrag nach Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle am 01.01.1998 geschlossen worden ist und die Beklagte den Anleger nicht darauf hingewiesen hat, dass die bankrechtliche Zulässigkeit einer ratenweisen Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens aufgrund der Änderung des Kreditwesengesetzes durch die 6. KWG-Novelle zweifelhaft geworden ist.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Gesellschaftsvertrag ist aufgrund der Erklärungen des Klägers vom 15.02.1998 geschlossen worden, also nach dem Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle. Es ist zwischen den Parteien auch unstreitig, dass die Beklagte den Kläger über die rechtlichen Risiken der Ratenzahlungsvereinbarung nicht aufgeklärt hat. Dies lässt der Bundesgerichtshof zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs genügen.

cc)

Weiter ist auch von einem Verschulden der Beklagten bzw. des Vermittlers auszugehen. In dem genannten Urteil vom 21.03.2005 hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Neufassung des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG die naheliegende Möglichkeit begründet habe, dass die Aufsichtsbehörde diese Auszahlungsform als ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft ansehen und gegen die Beklagte eine entsprechende Verbotsverfügung erlassen werde. Selbst wenn die für die Beklagte handelnden Personen sich über die Bedeutung der Gesetzesänderung durch die 6. KWG-Novelle keine Gedanken gemacht haben sollten, sei ihnen jedenfalls Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Aufgrund ihrer professionellen Tätigkeit auf dem Kapitalanlagemarkt hätten sie sich über die gesetzlichen Entwicklungen und die daraus resultierenden Risiken informieren müssen, was ihnen auch möglich gewesen sei.

dd)

Nach der Lebenserfahrung ist schließlich auch davon auszugehen, dass die mangelhafte Aufklärung des Klägers ursächlich für seine Anlageentscheidung geworden ist (vgl. BGH, Urteil v. 28.09.1992, NJW 1992, 3296; Urteil v. 29.05.2000, ZIP 2000, 1296 (1298)). Bei der vereinbarten Rentenzahlung handelt es sich um einen wesentlichen Vertragsbestandteil und nicht nur um eine Auszahlungsmodalität von untergeordneter Bedeutung. Wäre der Kläger darauf hingewiesen worden, dass die Möglichkeit der ratierlichen Auszahlung rechtlich zweifelhaft war, hätte er die Beteiligung nicht gezeichnet.

- d) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Schadensersatzanspruch des Klägers aufgrund eines Verschuldens bei Vertragsschluss nicht verjährt. Die streitige und im Termin am 09.11.2005 noch ausdrücklich offen gelassene Frage, ob für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB n.F., die drei Jahre beträgt, auf die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB n.F. abzustellen ist, beantwortet der Senat nunmehr im Sinne der herrschenden Meinung, wonach die genannte Vorschrift Anwendung findet.

Die Pflichtverletzung der Beklagten in Form mangelhafter Aufklärung erfolgte im Rahmen der der Zeichnung des Klägers im Februar 1998 vorausgehenden Gespräche. Für daraus resultierende Ansprüche sah § 195 BGB a.F. eine Verjährungsfrist von 30 Jahren vor. Dagegen bestimmt das neue Verjährungsrecht aufgrund des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung in § 195 BGB n.F. eine regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren, die gem. § 199 Abs. 1 BGB n.F. mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB bestimmen in § 6 Abs. 1 S. 1, dass das neue Verjährungsrecht auch auf am 01.01.2002 noch nicht verjährte Ansprüche Anwendung findet, wobei sich nach § 6 Abs. 1 S. 2 der Beginn der Verjährung für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung richten soll. Weiter sieht § 6 Abs. 4 S. 1 vor, dass die kürzere Verjährungsfrist nach dem neuen Verjährungsrecht von dem 1. Januar 2002 an berechnet wird. Säge

man in diesem Stichtag den maßgeblichen Beginn für die dreijährige Verjährungsfrist, wäre der Anspruch des Klägers am 31.12.2004 verjährt gewesen.

Hierzu wird nun überwiegend die Meinung vertreten, dass zur Bestimmung des Fristbeginns die Vorschrift des § 199 Abs. 1 BGB n.F. hinzuzuziehen sei (MK-Grothe, BGB, Ergänzungsband, 4. Aufl., Art. 229 § 6 EGBGB Rz. 12; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 11. Aufl., Bd. 1, Rz. 9 Anhang vor § 194; Staudinger-Peters, EGBGB, 2003, Art. 229 § 6 EGBGB Rz. 11; Henrich in: Bamberger/Roth, BGB, Rz. 5 ff. vor §§ 194 ff. BGB; Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl., Art. 229 § 6 EGBGB Rz. 6; Heß, NJW 2002, 253 (257 f.); Gsell, NJW 2002, 1297 (1298); Schulte-Nölke/Hawxwell, NJW 2005, 2117 (2119)). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Würde die kurze Verjährungsfrist des § 195 BGB n.F. unabhängig von dem Entstehen des Anspruchs und der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners zu laufen beginnen, widerspräche dies dem Ziel der Neuregelung, dem Schuldner zum Ausgleich der Verkürzung der Verjährungsfrist eine ausreichend lange Überlegungszeit zur Verfügung zu stellen. Der Überleitungsgläubiger stünde dann ungünstiger, als dies das alte und das neue Recht jeweils isoliert vorsehen. Dafür, dass der Gesetzgeber dies beabsichtigt haben könnte, fehlt jeglicher Anhaltspunkt (vgl. zu den möglichen Wertungswidersprüchen ausführlich auch Heß, NJW 2002, 253 (258)).

Mit der Frage, wie die Umstellung einer längeren Verjährungsfrist auf eine neue, kürzere erfolgt, hatte sich in ähnlicher Weise auch schon das Reichsgericht zu beschäftigen. Das damalige Übergangsrecht sah in Art. 169 Abs. 2 Satz 1 EGBGB vor, dass eine neue, kürzere Frist ab dem Tage des In-Kraft-Tretens des BGB zu berechnen war. Dem reinen Wortlaut nach hätte das Reichsgericht die kürzere Frist also ab dem 01.01.1900 anwenden müssen. Entschieden hat es aber, dass es in einem Falle, in dem die Verjährungsfrist nach altem Recht länger sei als nach neuem Recht, dieses aber an den Beginn der Verjährung strengere Anforderungen stelle als das alte, dem natürlichen Schutzbedürfnis des Gläubigers entspreche, wenn die

kürzere Verjährungsfrist erst von dem Zeitpunkt an beginne, in welchem alle Voraussetzungen dieser kürzeren Frist - also etwa auch Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen – erfüllt seien (RG, Urteil vom 07.06.1910, RGZ 73, 434 (439 f.))

Entgegen der Auffassung von Assmann/Wagner (NJW 2005, 3169 (3171 f.)) ist der Wortlaut des Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 1 EGBGB auch nicht so klar und eindeutig, dass eine derartige Auslegung nicht möglich wäre. Richtig ist zwar, dass Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2 EGBGB für den Beginn der Verjährungsfrist auf das alte Recht verweist, nach dem Wortlaut der Vorschrift jedoch nur „für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002“. Gerade dieser vor dem 1. Januar 2002 verstrichene Zeitraum der Verjährungsfrist soll im Falle des Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB aber gerade nicht in Ansatz kommen, d.h. ein vorheriger Fristenlauf wird nicht angerechnet, was einhelliger Meinung entspricht (vgl. etwa Staudinger/Peters, a.a.O., Rz. 11; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Rz. 6). Im Übrigen spricht Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB auch ausdrücklich davon, dass die kürzere Frist von dem 01.01.2002 an „berechnet“ werde. Damit wird nicht etwa der „Beginn“ fixiert, sondern bei einer an Sinn und Zweck der Neuregelung des Verjährungsrechts orientierten Auslegung der Übergangsvorschriften lediglich zum Ausdruck gebracht, dass es auf das Vorliegen der von der Neuregelung für den Beginn der Verjährungsfrist aufgestellten Voraussetzungen in diesem Zeitpunkt ankommt. Unterliegt also der fragliche Anspruch den §§ 195, 199 BGB n.F., müssen die Kriterien des § 199 Abs. 1 BGB n.F. am 01.01.2005 erfüllt sein, wenn die Verjährungsfrist an diesem Tage zu laufen beginnen soll. Liegen die subjektiven Voraussetzungen erst später vor, verschiebt sich der Fristbeginn unter Berücksichtigung der „Ultimo-Regel“ des § 199 Abs. 1 BGB n.F. entsprechend.

Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. dazu Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 199 Rz. 46) hat nichts vorgetragen, aus dem sich ergeben könnte, dass der Kläger von den den Anspruch begründenden Umständen, insbesondere der 6. KWG-Novelle und der fehlenden Erlaubnis der Beklagten für Bankgeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG n. F., schon vor den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom

21.03.2005 Kenntnis erlangt. hat. Da die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. mithin erst seit diesem Jahr vorliegen, würde die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB n.F. erst mit dem Schluss dieses Jahres zu laufen beginnen. Infolgedessen ist der Anspruch des Klägers nicht verjährt.

- e) Der Anspruch des Klägers beläuft sich auf 42.182,69 €. Der Kläger hat die Einmaleinlage in Höhe von 63.000,00 DM sowie Raten von März 1998 bis Januar 2002 in Höhe von insgesamt 49.350,00 DM gezahlt. Bis Juli 2001 sind Entnahmen in Höhe von 17.000,00 DM erfolgt. Der sich hiernach rechnerisch ergebende Gesamtbetrag beläuft sich auf 95.350,00 DM, was 48.751,68 € entspricht. Von diesem Betrag sind die weiteren Entnahmen, die die Beklagte ausgezahlt hat und die den Schaden des Klägers mindern, abzusetzen. Mit Schriftsatz vom 22.05.2003 (Bl. 81 d.A.) hat die Beklagte vorgetragen, entsprechend dem erstinstanzlichen Anerkenntnis einen Betrag in Höhe von 5.038,77 € an den Kläger gezahlt zu haben. Da sich das Anerkenntnis selbst auf 5.010,66 € beläuft, ist nur dieser Betrag in Abzug zu bringen. Bei dem darüber hinaus gezahlten Betrag handelt es sich um Zinsen, deren Zahlung die Hauptforderung des Klägers nicht mindert. Weiter sind ausweislich des genannten Schriftsatzes im Jahre 2003 Entnahmen in Höhe von 1.328,25 € erfolgt. Hinzu kommt eine Auszahlung in Höhe von 230,08 € gemäß dem Vortrag im Schriftsatz vom 08.11.2005, die in dem vorgenannten Betrag noch nicht berücksichtigt worden war. Diesen von der Beklagten im Einzelnen dargelegten Zahlungen ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten. Sie sind deshalb der Anspruchsberechnung zugrunde zu legen. Insgesamt ergibt sich dann ein Betrag in Höhe von 42.182,69 €.

2.

Der Zinsanspruch ergibt sich ab Rechtshängigkeit, d. h. ab Zustellung des Schriftsatzes vom 22.07.2005 am 29.07.2005, in der geltend gemachten Höhe aus den §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Für einen früheren Zinszeitpunkt ist nichts ersichtlich. Zwar hat der Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 03.04.2002 (Anlage K 4/Bl. 20 d.A.) zur Rückzahlung seiner Einlagen eine Frist bis zum 19.04.2002 gesetzt und sie so gemahnt, doch wird der Anspruch dort auf eine

fristlose Kündigung des Gesellschaftsvertrages gestützt. Da es sich dabei um einen anderen Streitgegenstand als bei dem jetzt geltend gemachten und auf einem Aufklärungsverschulden basierenden Schadensersatzanspruch handelt, ist die Beklagte hinsichtlich des letzteren nicht mit Fristablauf in Verzug geraten.

3.

Aus dem zu Ziffer 1. Gesagten folgt auch, dass der Feststellungsantrag des Klägers begründet ist. Die Schadensersatzpflicht der Beklagten führt zwar nicht zu einem automatischen Erlöschen des Gesellschaftsvertrages. Die Beklagte muss den Kläger aber so stellen, wie er stünde, wenn er den Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen hätte, d.h. sie muss den Vertrag als erloschen behandeln (so auch BGH, Urteil vom 21.03.2005, II ZR 149/03, Seite 13 unter Ziffer 2.; Urteil vom 18.04.2005 - II ZR 21/04 - a.E.).

4.

Obwohl dem zu Ziffer 1. gestellten Hauptantrag des Klägers nicht vollständig stattgegeben worden ist, war über die Hilfsanträge zu Ziffer 3. und 4. nicht zu entscheiden. Der Hilfsantrag begründet die auflösend bedingte Rechtshängigkeit des Hilfsanspruchs in der Form, dass eine Sachentscheidung nur für den Fall der Erfolglosigkeit bzw. des Erfolges des Hauptantrages begehrt wird. Die Rechtshängigkeit endet ohne besonderen Ausspruch rückwirkend mit Eintritt der auflösenden Bedingung. Ob die Bedingung auch bei einer Teilabweisung eintritt, ist durch Auslegung zu ermitteln (Zöller-Greger, ZPO, 25. Aufl., § 260 Rz. 4).

Hier ist die auflösende Bedingung dadurch eingetreten, dass der Senat das Bestehen eines Anspruchs gemäß dem Hauptantrag zu Ziffer 1. dem Grunde nach bejaht hat. Die Auslegung des Parteivortrags des Klägers ergibt, dass es ihm in erster Linie um eine Rückzahlung seiner Einlagen *abzüglich* der erhaltenen Auszahlungen geht. So ist die Klageforderung bereits in der Anspruchsbegründungsschrift vom 10.09.2002 (Bl. 11 d.A.) in der Weise berechnet worden, dass die Auszahlungen von den erbrachten Einlagenzahlungen

abgesetzt worden sind. Den Hilfsantrag hat der Kläger nur für den Fall gestellt, dass ein Anspruch auf Rückzahlung der Einlagen schon dem Grunde nach nicht besteht. Dies ergibt sich aus Bl. 2 des Schriftsatzes vom 25.06.2003, mit dem der Kläger den Hilfsantrag erstmals in den Prozess eingeführt hat. Hier wird ausgeführt, dass der nunmehr angekündigte Hilfsantrag nur für den Fall gestellt werde, dass das Berufungsgericht davon ausgehe, die stille Beteiligung werde allenfalls nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft abgewickelt. An diesem grundsätzlichen Verhältnis hat sich auch durch den Schriftsatz vom 22.07.2005 (Bl. 149 ff. d. A.) nichts geändert. Hier ist der Hilfsantrag für den Fall gestellt worden, dass der Senat den Hauptantrag aus Rechtskraftgründen nicht zulässt und so schon nicht zu einer positiven Entscheidung über den Grund des Anspruchs gelangt.

Davon abgesehen ist die Stufenklage materiell-rechtlich auch ausgeschlossen, wenn ein Schadensersatzanspruch auf Rückzahlung der Einlagen bejaht wird. Der Kläger kann nicht verlangen, im Wege des Schadensersatzes so gestellt zu werden, als hätte er den Vertrag nicht abgeschlossen, und gleichzeitig den Vertrag im Rahmen der Stufenklage als wirksam behandeln. Es ist davon auszugehen, dass der Kläger mit dem Verhältnis von Haupt- und Hilfsanspruch auch diesem Umstand Rechnung tragen wollte.

5.

- a) Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO.

Soweit im Rahmen der Klageänderung ein neuer Antrag an die Stelle der nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.04.2005 zunächst nur noch anhängigen Stufenklage getreten ist, richtet sich die Kostenentscheidung nach dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits (Zöller-Greger, a.a.O., § 263 Rz. 18). Wird die Klage ohne Parteiänderung und ohne Streitwertverminderung geändert, so hat der unterliegende Beklagte grundsätzlich auch die vor der Klageänderung entstandenen Kosten zu tragen, weil es für die kostenrechtliche Beurteilung allein auf den zuletzt gestellten Antrag ankommt

(BGH, Urteil vom 29. 12. 1961, MDR 1962, 387 (388); MK-Belz, ZPO, 2. Aufl., § 91 Rz. 9).

- b) Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- c) Die Revision war gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO für die Beklagte zuzulassen, weil die Sache insoweit grundsätzliche Bedeutung hat. Die Frage, ob im Rahmen der Übergangsregelungen des Art. 229 § 6 EGBGB für den Beginn der Verjährung ausschließlich auf den 01.01.2002 abzustellen oder aber diese Frage unter Hinzuziehung des § 199 Abs. 1 BGB n.F. zu beantworten ist, wird von der Literatur kontrovers diskutiert. Veröffentlichte Gerichtsentscheidungen liegen hierzu - soweit ersichtlich - zwar noch nicht vor, doch handelt es sich um eine klärungsbedürftige Frage, deren Auftreten in einer Vielzahl von Fällen zu erwarten ist. Eine grundsätzliche Klärung erscheint deshalb, auch im Hinblick auf die Bedeutung dieses Problemkreises für den Rechtsverkehr, geboten. Eine - ohnehin unwirksame – Beschränkung der Revisionszulassung auf einzelne rechtliche Gesichtspunkte ist mit dieser Begründung nicht verbunden.
- d) Der Streitwert für die Berufungsinstanz beträgt zunächst 74.962,58 €. Insoweit wird auf die Ausführungen in dem Urteil des Senats vom 03.09.2003 unter Ziffer III a.E. (Bl. 130 d.A.) Bezug genommen. Ab dem 22.07.2005 beläuft sich der Streitwert auf 70.325,94 €. Dabei entfallen auf den Zahlungsantrag 48.751,68 € und gem. §§ 3, 9 ZPO auf den Feststellungsantrag 21.574,26 € (Einmaleinlage: 100,00 €; Rateneinlage: 42 x 1.000,00 DM = 42.000,00 DM entsprechend 21.474,26 €). Der Hilfsantrag hat sich gem. § 19 Abs. 1 S. 2 GKG a.F. nicht mehr streitwerterhöhend ausgewirkt.