



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 344/11

Verkündet am:
18. September 2012
Weber,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

VerkProspG § 13 Abs. 1 Satz 1

VerkProspV § 2, § 5 Nr. 6 (jeweils in der vom 1. Juli 2002 bis zum 30. Juni 2005 geltenden Fassung)

BörsG § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (in der vom 1. Juli 2002 bis zum 31. Oktober 2007 geltenden Fassung)

- a) Wendet sich der Emittent von Wertpapieren ausdrücklich auch an das unkundige und börsenunerfahrene Publikum, so bestimmt sich der Empfängerhorizont für Prospekterklärungen nach den Fähigkeiten und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen (Klein-)Anlegers, der sich allein anhand der Prospektangaben über die Kapitalanlage informiert und über keinerlei Spezialkenntnisse verfügt.
- b) In diesem Fall gehört zu den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, die für die Beurteilung der angebotenen Wertpapiere notwendig und daher richtig und vollständig in einem Wertpapier-Verkaufsprospekt darzustellen sind, auch die Möglichkeit der Erteilung nachteiliger Weisungen durch eine beherrschende Konzernmuttergesellschaft an eine beherrschte Konzerntochtergesellschaft und

die damit verbundene - erhöhte - Gefahr für die Rückzahlung der an die Konzerntochtergesellschaft gezahlten Anlegergelder.

- c) Als Verantwortliche, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht (Prospektveranlasser), werden die Personen erfasst, die ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Emission der Wertpapiere haben und darauf hinwirken, dass ein unrichtiger oder unvollständiger Prospekt veröffentlicht wird. Durch diese Regelung soll eine Lücke bei den Haftungsverpflichteten geschlossen werden; insbesondere sollen auch Konzernmuttergesellschaften in die Haftung einbezogen werden, wenn eine Konzerntochtergesellschaft Wertpapiere emittiert.

BGH, Urteil vom 18. September 2012 - XI ZR 344/11 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 2012 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Ellenberger, Dr. Matthias, Pamp und die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. Juni 2011 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt den Beklagten aus Prospekthaftung nach dem Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz auf Rückabwicklung des Erwerbs von Inhaberschuldverschreibungen einer mittlerweile insolventen Aktiengesellschaft in Anspruch.
- 2 Die W. AG (nachfolgend: W.), über deren Vermögen am 1. September 2006 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, legte in den Jahren 1999 bis 2006 insgesamt fünfundzwanzig Inhaberschuldverschreibungen ohne Börsenzulassung mit einem rechnerischen Gesamtvolumen von 565 Mio. € auf. Der Beklagte war unter der Firma J. e.K. zu 74% Mehrheitsaktionär der W. und auf Grundlage eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages herrschender Unternehmer. Die W. war ihrerseits vertraglich herrschendes Unternehmen bei mehreren Toch-

tergesellschaften. Für den Konzern wurde vom Beklagten auf Grund von Einzelweisungen ein Liquiditätsmanagement geführt, das zur Folge hatte, dass hohe Einzelzahlungen von der W. an den Beklagten erfolgten, die im Rechnungswesen der W. als werthaltige Forderungen ausgewiesen sind.

- 3 Anfang des Jahres 2005 legte die W. die mit dem Prospekt "Ausgewogene Konditionen" beworbene Anleihe mit der Kennnummer ... in Höhe eines Gesamtvolumens von 20 Mio. € auf, die eine Laufzeit von drei Jahren hatte und mit 6,25% p.a. verzinst werden sollte. Der vom Vorstand der W. unter dem 2. Februar 2005 unterzeichnete und von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nicht untersagte Wertpapier-Verkaufsprospekt enthält auf Seite 17 ein Organigramm, in dem die Beteiligung des Beklagten als einzelkaufmännischer Unternehmer mit einem durchgezogenen Pfeil und der Zahl 74% dargestellt ist. Ein gegenläufiger, gestrichelter Pfeil wird mit "Gewinnabführungsvertrag" erläutert. Auf Seite 34 befindet sich der Hinweis, dass der Beklagte Mehrheitsaktionär mit einem Anteil von 74% am Grundkapital der W. ist. Auf Seite 33 wird ohne weitere Erläuterung darauf hingewiesen, dass mit dem Beklagten als Einzelkaufmann ein Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag besteht. Auf Seite 45 wird für das Geschäftsjahr 2003 ein positives Ergebnis von 0,8 Mio. € mitgeteilt, das aufgrund des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages an den Organträger abzuführen ist. Die finanzielle Lage des Beklagten bzw. des Konzerns ist im Prospekt nicht dargestellt. Auf Seiten 22 und 23 enthält der Prospekt einen Abschnitt mit der Überschrift "Risikohinweise", in dem die Möglichkeit des Totalverlustes wie folgt beschrieben wird: "Im Fall der Insolvenz der Gesellschaft besteht das Risiko, dass der Anleihegläubiger einen Totalverlust seiner Anlage erleidet."

4 Das erste öffentliche Angebot der Wertpapiere aufgrund des Prospektes fand am 24. Februar 2005 statt. Danach zeichnete der Kläger fünf Inhaber-Teilschuldverschreibungen mit den Coupon-Nummern ... bis ... zum Nennbetrag von je 1.000 €. Die W. nahm am 29. April 2005 den Kaufantrag des Klägers an und übersandte ihm am selben Tag die Wertpapierurkunden.

5 Mit seiner Klage begehrt der Kläger unter anderem die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 5.000 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Übertragung seiner Rechte im Insolvenzverfahren über das Vermögen der W. aus dem Erwerb der Inhaber-Teilschuldverschreibungen sowie die Feststellung des Annahmeverzugs. Das Landgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr bis auf einen kleinen Teil der Zinsen stattgegeben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner in NZG 2011, 1158 veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Klage sei zulässig, insbesondere sei § 309 Abs. 4 Satz 5 AktG im Verhältnis zum Beklagten nicht anzuwenden, da ein möglicher Ersatzanspruch

der W. gegen den Beklagten aus der Verletzung von Weisungsbefugnissen im Konzern zu dem geltend gemachten Anspruch aus einem Verkauf von Schuldverschreibungen im Streitgegenstand verschieden sei.

9 Die Klage sei in der Hauptforderung aus § 13 Abs. 1 Nr. 1 VerkProspG aF i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 1 BörsG aF begründet. Nach der Überleitungsvorschrift des § 18 Abs. 2 Satz 4 VerkProspG gölten für Wertpapiere von Nichtkreditinstituten § 13 VerkProspG und die Vorschriften der §§ 45 bis 49 BörsG jeweils in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juni 1996 zeitlich unbegrenzt, wenn der Prospekt vor dem 1. Juli 2005 veröffentlicht worden sei. Das sei hier der Fall. Denn das erste öffentliche Angebot sei am 24. Februar 2005 erfolgt. Der Hinweis der Überleitungsvorschrift auf §§ 45 bis 49 BörsG anstatt der §§ 44 bis 48 BörsG aF stelle ein redaktionelles Versehen dar. Der Kläger habe die in der Klageschrift erwähnten Inhaberschuldverschreibungen auch im Haftungszeitraum von sechs Monaten nach dem ersten öffentlichen Angebot, nämlich im April 2005 erworben. Hiervon sei der Senat infolge der vorgelegten Annahmeerklärung der W. überzeugt.

10 Der Prospekt sei in Bezug auf den mit dem Beklagten bestehenden Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag unvollständig im Sinne des § 13 Abs. 1 VerkProspG, weil er nicht darauf hingewiesen habe, dass der Beklagte in Abweichung von der Gesetzeslage dem Vorstand der W. nachteilige Weisungen habe erteilen können, die nur dem Beklagten oder anderen Konzerngesellschaften nützlich gewesen wären, wie dies in § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG umschrieben sei, und weil er die Abhängigkeit der Rückzahlung von der unbekanntem Vermögenslage des Beklagten verschwiegen habe. Zum einen folge aus § 5 Nr. 6 Wertpapier-Verkaufsprospektverordnung (VerkProspV), dass der Prospekt eine kurze Beschreibung des Konzerns und der Stellung des Emittenten in diesem zu geben habe, wenn dieser - wie hier - ein Konzernunternehmen

sei; zum anderen folge aus § 2 VerkProspV, dass Auskunft über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu geben sei, die für die Beurteilung der angebotenen Anlage notwendig seien. Die Einbeziehung der Folgen des Unternehmensvertrages mit dem Beklagten sei zur Beurteilung der Anlage notwendig, da sich daraus ergebe, dass die Rückzahlung des Anlagebetrages nicht nur vom geschäftlichen Erfolg der W. , sondern auch von dem des Beklagten abhängig sei. Der Anleger bleibe über die Vermögensverhältnisse und Verwendungsabsichten des beherrschenden Unternehmers im Unklaren, obwohl die Deckung der Rückzahlung auch von dessen Leistungswillen beeinflusst sei. Weder aus dem unstreitig unvollständigen Schaubild auf Seite 17 noch aus dem auf Seite 33 des Prospekts enthaltenen Hinweis auf den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag ließen sich die Risikofaktoren, die sich aus dem Unternehmensvertrag ergäben, bzw. der Grad des Risikos beurteilen, weil insbesondere die wirtschaftliche Lage des Konzerns nicht deutlich werde. Diese sei aber für die Rückzahlungserwartung von Bedeutung. Soweit auf Seite 23 allgemein auf das Risiko eines Totalverlustes hingewiesen worden sei, werde daraus das besondere Risiko aus dem Unternehmensvertrag nicht deutlich.

11 Der Verständnishorizont des Anlegers sei auf Grundlage der europarechtlichen Vorgaben zu bestimmen, wobei Definitionen aus der Zeit vor der europäischen Prospektrichtlinie keine Leitfunktion mehr übernehmen könnten. Die Richtlinie 2003/71/EG vom 4. November 2003 verlange in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 eine Darlegung in leicht zu analysierender und verständlicher Form, aus den Erwägungsgründen 21 und 16 sowie den berufsständischen Anforderungen ergebe sich, dass die Risiken der Anlage in allgemein verständlicher Sprache ausführlich darzustellen und zu gewichten seien. Vor diesem Hintergrund habe der unkommentierte Hinweis auf den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag mit dem Beklagten weder dem Verständnis eines Kleinanlegers - an den sich der Prospekt "Ausgewogene Konditionen" unstreitig auch gewandt habe -

noch dem eines durchschnittlichen Anlegers genügt, da die Wirkungen eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages nicht zum Allgemeinwissen gehörten, sondern juristisches oder wirtschaftswissenschaftliches Fachwissen erforderten. Die fehlende Erläuterung sei auch wesentlich, da der Wert einer Anlage dadurch bestimmt werde, ob ihre Rückzahlung sicher oder unsicher sei. Der Beklagte habe jedoch wegen § 308 AktG der W. Liquidität und Vermögen entziehen können und sei nur im jeweiligen Zeitpunkt der Jahresabschlussfeststellung zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages verpflichtet gewesen.

12 Der Beklagte sei Prospektverantwortlicher im Sinne von § 44 Abs. 1 Ziff. 2 BörsG aF, weil er die Herausgabe des Prospektes veranlasst habe. Hierfür genüge es, dass der Prospekt mit seiner Kenntnis in Verkehr gebracht worden sei. Das ergebe sich hier daraus, dass der Beklagte sowohl Mehrheitsgesellschafter als auch durch den Beherrschungsvertrag begünstigt gewesen sei und unstreitig durch Weisungen zu Zahlungsflüssen unmittelbar in das Geschäft eingegriffen habe.

13 Ein Haftungsausschluss nach § 45 BörsG aF komme nicht in Betracht. Weder habe der Beklagte geltend gemacht, dass der Kläger die Wertpapiere ausschließlich auf Grund anderer Umstände erworben hätte (§ 45 Abs. 2 Ziff. 1 BörsG aF), noch habe er sich vom Vorwurf der grob fahrlässigen Unkenntnis entlastet (§ 45 Abs. 1 BörsG aF). Dass die BaFin den Prospekt nicht untersagt habe, lasse ein Verschulden schon deshalb nicht entfallen, da eine inhaltliche Prüfung im Verfahren nach § 8a Abs. 2 VerkProspG aF nicht stattfinde.

14 Verjährung gem. § 46 BörsG aF sei nicht eingetreten. Ein Schriftsatznachlass gem. § 139 Abs. 5 ZPO habe nicht gewährt werden müssen, da der Senat keinen förmlichen Hinweis erteilt habe und dem Beklagten habe klar sein müssen, dass der prospektrechtliche Schwerpunkt des Rechtsstreits in der sich

aus der Beherrschung ergebenden Lage zu finden sein könnte. Der nachgereichte Schriftsatz des Beklagten gebiete keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. § 156 ZPO, da das nachgereichte Vorbringen unerheblich sei. Diesem sei nicht zu entnehmen, wie die Darstellung und Auseinandersetzung des an der Prospekterstellung mitwirkenden Beraters mit Rechtsprechung, Fachliteratur und vorhandenen Üblichkeiten erfolgt sei und sich aufdrängende Bedenken habe zerstreuen können.

II.

15 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

16 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die Klage als zulässig behandelt. Entgegen der Ansicht der Revision steht die Insolvenz der W. weder in direkter noch analoger Anwendung von § 309 Abs. 4 Satz 5 AktG dem vom Kläger verfolgten Anspruch aus Wertpapier-Prospekthaftung gegen den Beklagten entgegen.

17 Die Vorschrift des § 309 Abs. 4 Satz 5 AktG, nach der Ersatzansprüche einer abhängigen Konzerngesellschaft gegen den Inhaber eines herrschenden Konzern-Unternehmens für die Dauer eines Insolvenzverfahrens nicht von den Aktionären und Gläubigern, sondern nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können, ist vorliegend nicht einschlägig. Entgegen der Ansicht der Revision geht es vorliegend weder um die im Insolvenzverfahren geltende Gleichstellung aller Gläubiger der insolventen Gesellschaft (hier der W.), noch um die Liquidation von "Reflexschäden", sondern um die auf einem anderen Rechtsgrund, nämlich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung, fußende Ver-

antwortlichkeit des Beklagten als Prospektveranlasser. Dass der Beklagte zugleich herrschender Unternehmer der insolventen W. ist, führt - anders als die Revision meint - nicht dazu, dass gegen ihn gerichtete Ansprüche aus § 13 VerkProspG aF, § 44 BörsG aF wegen § 309 Abs. 4 Satz 5 AktG während des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden könnten. Die Revision verkennt, dass es hier nicht um Ansprüche der W. gegen den Beklagten aus einem Missbrauch der Beherrschungsmacht geht, die im Insolvenzverfahren nicht durch Gläubiger der W. geltend gemacht werden sollen (§ 309 Abs. 4 Satz 5 AktG), sondern um davon wesensverschiedene eigene Ansprüche wegen der Verantwortlichkeit des Beklagten für den Prospekt "Ausgewogene Konditionen".

18 2. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht auch einen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Übernahme der Wertpapiere gegen Erstattung des Erwerbspreises gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 VerkProspG i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 1 BörsG in der jeweils maßgeblichen Fassung bejaht. Nach diesen Vorschriften kann der Erwerber von Wertpapieren dann, wenn zu deren Beurteilung wesentliche Angaben in einem Verkaufsprospekt unrichtig oder unvollständig sind, unter anderem von denjenigen, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht, die Übernahme der Wertpapiere gegen Erstattung des Erwerbspreises verlangen, sofern das Erwerbsgeschäft nach Veröffentlichung des Prospekts und innerhalb von sechs Monaten seit dem Zeitpunkt des ersten öffentlichen Angebots abgeschlossen wurde.

19 a) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht die für den streitentscheidenden Zeitraum maßgeblichen Haftungsnormen angewandt.

Nach § 18 Abs. 2 Satz 4 VerkProspG in der Fassung vom 22. Juni 2005 (BGBl. I, S. 1698; nachfolgend: aF) finden auf Verkaufsprospekte von Nichtkreditinstituten, die vor dem 1. Juli 2005 im Inland veröffentlicht wurden, § 13 VerkProspG in der vor dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung (der Bekanntmachung vom 21. Juni 2002, BGBl. I, S. 2010, 2044; nachfolgend: aF) und die Vorschriften der §§ 45 bis 47 des Börsengesetzes vom 21. Juni 2002 (richtig: §§ 44 bis 47 BörsG in der Fassung vom 21. Juni 2002, BGBl. I, S. 2010; nachfolgend: aF) weiterhin Anwendung. Soweit die Revision einwendet, der vom Berufungsgericht zitierte § 13 VerkProspG in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juni 1996 existiere nicht, ist das zwar zutreffend; das beruht aber ersichtlich auf der Verwechslung mit § 18 Abs. 2 Satz 1 VerkProspG aF, der für vor dem 1. April 1998 veröffentlichte Verkaufsprospekte auf die Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juli 1996 verweist. Das Berufungsgericht, das ausdrücklich von einem am 24. Februar 2005 veröffentlichten Prospekt ausgegangen ist, hat seiner Prüfung gleichwohl die §§ 13 VerkProspG, 44 ff. BörsG aF in der in § 18 Abs. 2 Satz 4 VerkProspG aF erwähnten richtigen Fassung zugrunde gelegt. Das ergibt sich schon aus dem zutreffenden Hinweis auf das Redaktionsversehen des Gesetzgebers, der in § 18 Abs. 2 Satz 4 VerkProspG aF nicht auch § 44 BörsG aF aufgeführt hat, obwohl diese Vorschrift nach § 13 Abs. 1 VerkProspG aF ebenfalls entsprechend anwendbar ist (Könnecke in Arndt/Voß, VerkProspG, § 18 Rn. 46; Unzicker, VerkProspG, § 18 Rn. 8 Fn. 7).

- 21 b) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht weiter zu Recht angenommen, dass der Prospekt "Ausgewogene Konditionen" unvollständig ist, weil aus ihm nicht ersichtlich ist, dass der Beklagte als Begünstigter des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages dem Vorstand der W. nachteilige Weisungen erteilen konnte, die nur dem Beklagten oder anderen Konzerngesellschaften dienen (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG), und weil er die Ab-

hängigkeit der Rückzahlung des Anlagebetrages von der nicht offen gelegten Vermögenslage und dem Geschäftsmodell des Beklagten verschweigt.

22 aa) Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 VerkProspG aF ist ein Prospekt fehlerhaft, wenn für die Beurteilung der Wertpapiere wesentliche Angaben in einem Verkaufsprospekt unrichtig oder unvollständig sind.

23 Ein Verkaufsprospekt muss nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne über alle Umstände, die von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig unterrichten (st. Rspr., BGH, Urteil vom 28. Februar 2008 - III ZR 149/07, juris Rn. 8 und Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, WM 2012, 115 Rn. 16 jeweils mwN; Senatsurteil vom 21. September 2010 - XI ZR 232/09, WM 2010, 2069 Rn. 29). Dazu gehört auch eine Aufklärung über Umstände, die den Vertragszweck vereiteln können (st. Rspr., BGH, Urteil vom 21. Oktober 1991 - II ZR 204/90, BGHZ 116, 7, 12 mwN; BGH, Urteil vom 28. Februar 2008 - III ZR 149/07, juris Rn. 8 und Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, WM 2012, 115 Rn. 16 jeweils mwN). Die Aufklärungspflicht erstreckt sich auch auf solche Umstände, von denen zwar noch nicht feststeht, die es aber wahrscheinlich machen, dass sie den vom Anleger verfolgten Zweck gefährden (BGH, Urteil vom 26. September 1991 - VII ZR 376/89, WM 1991, 2092, 2094, insofern nicht in BGHZ 115, 213 ff. abgedruckt). Für die Frage, ob ein Emissionsprospekt unrichtig oder unvollständig ist, kommt es nicht allein auf die darin wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern wesentlich auch darauf an, welches Gesamtbild er von den Verhältnissen des Unternehmens vermittelt (BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - III ZR 125/06, WM 2007, 1503 Rn. 9; vgl. auch BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, WM 2012, 115 Rn. 37; zum Gesamtbild auch BGH, Urteil vom 17. November 2011 - III ZR 103/10, WM 2012, 19 Rn. 31).

24

Auf diese im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung entwickelten Grundsätze kann auch im Rahmen von § 13 VerkProspG aF zurückgegriffen werden (OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. März 2010 - I-6 U 49/09, juris Rn. 59; Unzicker, VerkProspG, § 13 Rn. 28; vgl. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, WM 2012, 115 Rn. 16; davon geht unausgesprochen auch die übrige Literatur aus: Assmann in Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb, WpPG - VerkProspG, § 13 VerkProspG Rn. 38, 47; Assmann in Assmann/Lenz/Ritz, Verkaufsprospektgesetz, § 13 Rn. 30; Assmann in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 6 Rn. 93; Groß, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., §§ 45, 46 BörsG Rn. 24; Kind in Arndt/Voß, VerkProspG, § 13 Rn. 21; Nittel/Ebermann in Assies/Beule/Heise/Strube, Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Kap. 8 Rn. 139 ff.; Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl., § 44 BörsG Rn. 26). Der Verkaufsprospekt muss alle für die Beurteilung der Wertpapiere wichtigen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse möglichst zeitnah darstellen (BGH, Urteil vom 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, WM 1982, 862, 864 zu § 45 BörsG aF) und durch seine Aussagen von den Verhältnissen und der Vermögens-, Ertrags- und Liquiditätslage des Unternehmens, dessen Papiere zum Kauf angeboten werden, dem interessierten Publikum ein zutreffendes Gesamtbild vermitteln (BGH, Urteile vom 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, WM 1982, 862 zu § 45 BörsG aF). Hierbei sind solche Angaben als wesentlich im Sinne von § 13 Abs. 1 VerkProspG aF anzusehen, die ein Anleger "eher als nicht" bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde (Assmann in Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb, WpPG - VerkProspG, § 13 VerkProspG Rn. 38 mwN).

25 Zur Beantwortung der Frage, ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, ist auf den Empfängerhorizont abzustellen. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf die Kenntnisse und Erfahrungen eines durchschnittlichen Anlegers abzustellen, der als Adressat des Prospektes in Betracht kommt (BGH, Urteile vom 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, WM 1982, 862, 863 und vom 14. Juni 2007 - III ZR 125/06, WM 2007, 1503 Rn. 10; Senatsurteil vom 22. Februar 2005 - XI ZR 359/03, WM 2005, 782, 784; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, WM 2012, 115 Rn. 25). Bei einem Börsenzulassungsprospekt ist nach dieser Rechtsprechung davon auszugehen, dass ein solcher Anleger es zwar versteht, eine Bilanz zu lesen, aber nicht unbedingt mit der in eingeweihten Kreisen gebräuchlichen Schlüsselsprache vertraut zu sein braucht (BGH, Urteil vom 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, WM 1982, 862, 863). Bei einem Wertpapierprospekt für Wertpapiere, die nicht an der Börse gehandelt werden sollen, kommt es auf das Verständnis der mit dem Prospekt angesprochenen Interessenten an (BGH, Urteil vom 5. Juli 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 110). Wendet sich der Emittent ausdrücklich auch an das unkundige und börsenunerfahrene Publikum, so kann von dem durchschnittlich angesprochenen (Klein-)Anleger nicht erwartet werden, dass er eine Bilanz lesen kann. Der Empfängerhorizont bestimmt sich daher in diesen Fällen nach den Fähigkeiten und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen (Klein-)Anlegers, der sich allein anhand der Prospektangaben über die Kapitalanlage informiert und über keinerlei Spezialkenntnisse verfügt.

26 bb) Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der Prospekt aus der Sicht der von ihm angesprochenen Anleger unvollständig ist.

27 (1) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht allerdings zur Bestimmung des Anlegerhorizonts die Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und

des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (ABl. EG 2003 Nr. L 345 S. 64; nachfolgend: Prospektrichtlinie) herangezogen. Nach Art. 29 dieser Richtlinie war sie von den Mitgliedsstaaten erst zum 1. Juli 2005 umzusetzen. Dieser Pflicht ist die Bundesrepublik Deutschland mit dem Prospektrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 22. Juni 2005 (BGBl. I S. 1698; dort Art. 10 Satz 2) rechtzeitig nachgekommen. Entgegen der Ansicht der Revisi- onserwiderung kommt vor Ablauf der in einer Richtlinie festgelegten Umsetzungsfrist sowohl nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) als auch der des Bundesgerichtshofs eine richtlinienkonforme Auslegung bereits bestehender Rechtsvorschriften grundsätzlich nicht in Betracht (Senatsurteile vom 24. April 2012 - XI ZR 96/11, WM 2012, 983 Rn. 20 ff. sowie vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 27 mwN).

28 Indes hat das Berufungsgericht trotz der fehlerhaften Bezugnahme auf die Prospektrichtlinie im Ergebnis zutreffend ausdrücklich auf den durchschnittlichen und verständigen Anleger abgestellt, der von dem Prospekt angesprochen werden sollte. Nach seinen tatbestandlichen Feststellungen (§ 314 ZPO) wandte sich der Prospekt jedenfalls auch an Kleinanleger, so dass es - wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen ist - auf dessen Fähigkeiten und Erkenntnismöglichkeiten ankommt.

29 (2) Entgegen der Ansicht der Revision ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht in einer Gesamtbetrachtung und unter Heranziehung der § 2 und § 5 Nr. 6 VerkProspV (in der bis zum 30. Juni 2005 geltenden Fassung, nachfolgend: VerkProspV aF) zu dem Ergebnis gelangt, der Prospekt "Ausgewogene Konditionen" sei in Bezug auf den zwischen der W. und dem Beklagten bestehenden Beherrschungsvertrag unvollständig im Sinne von § 13 Abs. 1

VerkProspG aF. Zu den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, die für die Beurteilung der angebotenen Wertpapiere notwendig und daher richtig und vollständig darzustellen sind (§ 2 Abs. 1 VerkProspV aF), gehört auch die Möglichkeit der Erteilung nachteiliger Weisungen durch den Beklagten an die W. und die damit verbundene - erhöhte - Gefahr für die Rückzahlung der Anlagegelder. Denn die Stellung der Emittentin innerhalb der Konzernstruktur (§ 5 Nr. 6 VerkProspV aF; vgl. Voß in Arndt/Voß, VerkProspG, § 5 VermVerkProspV Rn. 82; Ritz in Assmann/Lenz/Ritz, Verkaufsprospektgesetz, § 5 VerkProspV Rn. 7; Hennrichs in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 5 VerkProspV Rn. 5; Unzicker, VerkProspG, § 5 VermVerkProspV Rn. 33) wird nicht nur durch die - im Prospekt erläuterte (Seiten 33 f., 35 ff.; Lagebericht unter E. Seite 45) - Verbindung zu von der W. beherrschten Unternehmen, sondern maßgeblich auch und gerade durch die - mit der bloßen Erwähnung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages nur höchst unvollständig wiedergegebene - Einflussnahmemöglichkeit des herrschenden Beklagten auf die W. und insbesondere durch deren - vollständig verschwiegenen - Umfang geprägt.

30 Der durchschnittliche (Klein-)Anleger kann auch bei sorgfältiger und eingehender Lektüre des Prospekts (vgl. dazu Senatsurteil vom 31. März 1992 - XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 904; BGH, Urteile vom 14. Juni 2007 - III ZR 125/06, WM 2007, 1503 Rn. 9 und vom 28. Februar 2008 - III ZR 149/07, juris Rn. 8; Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, WM 2012, 115 Rn. 17) nicht erkennen, dass der Beklagte aufgrund seines Weisungsrechts der W. unabhängig von deren Ertragslage zu seinem Vorteil und zu ihrem Nachteil Kapital entziehen und so die Einlagen der Anleger zweckentfremden konnte.

31 (a) Der Prospekt, der vom Senat selbst ausgelegt werden kann (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 22 mwN), enthält

auf Seite 17 ein nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ohnehin in Bezug auf die konzernmäßige Verflechtung unvollständiges Organigramm, in dem durch einen gestrichelten Pfeil das - auf Seite 33 nochmals erwähnte - Bestehen eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages zwischen der W. und dem Beklagten dargestellt ist. Für einen durchschnittlichen Anleger wird daraus zwar deutlich, dass die W. als beherrschtes Unternehmen an den Beklagten als Inhaber des herrschenden Unternehmens den am Jahresende verbleibenden Gewinn abzuführen hat, zumal genau dies auf Seite 45 im Lagebericht dahingehend konkretisiert wird, dass der an den Organträger im Geschäftsjahr 2003 zu überweisende Betrag 0,8 Mio. € beträgt. Eine derartige Erläuterung findet sich im Prospekt allerdings in Bezug auf die Möglichkeiten der Beherrschung der W. durch den Beklagten nicht. Dieser kann gem. § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG dem Vorstand der W. nicht nur allgemeine, sondern - unter dem hier gegebenen, im Prospekt aber nicht offengelegten Vorbehalt, dass der Vertrag nichts anderes bestimmt - gem. § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG sogar nachteilige Weisungen erteilen, sofern sie dem herrschenden Unternehmen nur dienlich sind. Dies geht so weit, dass dem beherrschten Unternehmen - vermögensmäßig schädlich - in großem Umfang Liquidität entzogen werden kann, ohne auf dessen Belange Rücksicht nehmen zu müssen (vgl. MünchKommAktG/Altmeppen, 3. Aufl., § 308 Rn. 95, 101; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 308 AktG Rn. 45; Hüffer, Aktiengesetz, 10. Aufl., § 308 Rn. 17; Veil in Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., § 308 Rn. 23). Im hier zu entscheidenden Fall bedeutet das, dass der Beklagte die Möglichkeit hatte, per rechtmäßiger Weisung die durch die Emission der Inhaberschuldverschreibungen bei der W. eingeworbenen Gelder in sein einzelkaufmännisches Unternehmen abzuziehen und so die Erfüllung des den Wertpapieren zugrunde liegenden Leistungsversprechens jedenfalls auch von seiner wirtschaftlichen Situation - über die der

Prospekt keine Angaben enthält - abhängig zu machen. Eine derart weitgehende Einflussnahmemöglichkeit musste sich einem durchschnittlichen (Klein-)Anleger entgegen der Auffassung der Revision ohne weitere Erläuterung im Prospekt nicht erschließen.

32 (b) Dem kann die Revision nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Zulässigkeit nachteiliger Weisungen ergebe sich schon durch einen Blick in das Gesetz (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG). Denn allein die Tatsache, dass sich bestimmte, für den Anleger nachteilige Rechtsfolgen aus den einschlägigen Rechtsnormen ableiten lassen, entbindet die Prospektverantwortlichen grundsätzlich nicht von ihrer Pflicht, den Anleger über alle Umstände sachlich richtig, vollständig und verständlich zu unterrichten, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können (vgl. zum Hinweis auf das - in § 172 Abs. 4 HGB geregelte - Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung BGH, Beschluss vom 9. November 2009 - II ZR 16/09, WM 2009, 2387; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rn. 29).

33 (c) Anders als die Revision meint, ändern weder eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des Vertragskonzerns noch die dem Gläubigerschutz dienenden konzernrechtlichen Vorschriften der §§ 302, 303, 309, 310 AktG etwas an der Notwendigkeit der Aufklärung hinsichtlich der rechtmäßigen - aber für das beherrschte Unternehmen nachteiligen - Weisungsmöglichkeiten des § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG. Dabei kann dahinstehen, ob die W. vom Beklagten aus § 302 Abs. 1 AktG Ausgleich eines gegebenenfalls infolge derartiger Weisungen entstehenden Jahresfehlbetrages verlangen könnte. Unabhängig davon, dass auch dies im Prospekt nicht beschrieben und einem durchschnittlichen (Klein-)Anleger auch nicht geläufig ist, führt das lediglich dazu, dass die Anlagengesellschaft einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Beklagten hat, über dessen Bonität der Anleger durch den Prospekt ebenfalls im Unklaren ge-

lassen wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, WM 2010, 262 Rn. 18) gehört für den Fall, dass die Anlagegesellschaft im Wesentlichen in eine Beteiligung an einem dritten Unternehmen investiert, die Darstellung des Geschäftsmodells dieses Unternehmens sowie der damit verbundenen Chancen und Risiken zu den für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umständen. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass im Streitfall, in dem der Anlagegesellschaft zu ihrem Nachteil durch das beherrschende Unternehmen nach Belieben Liquidität entzogen werden kann, nichts anderes gilt. Auch hier hätte der Anleger sowohl über diese Möglichkeit an sich als auch über Bonität und Geschäftsmodell des Beklagten aufgeklärt werden müssen. Daran fehlt es. Der Prospekt enthält auf Seite 23 zwar den Hinweis auf das allgemeine, mit dem Kauf von Inhaberschuldverschreibungen verbundene Emittentenrisiko. Das gerade erst durch den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag entstandene konkrete Risiko hinsichtlich der Rückzahlung des Anlagebetrages bleibt hingegen verborgen. Es obliegt dabei allein dem Anleger, darüber zu befinden, ob er dieses zusätzliche Risiko, dass ein eventuell bestehender Anspruch der Anlagegesellschaft gegen den Inhaber des herrschenden Unternehmens aus § 302 AktG - wie hier wegen der Insolvenz des Beklagten - nicht realisiert werden kann, eingehen will oder nicht. Dazu muss er im Prospekt auf dieses über die allgemeinen Risiken einer Inhaberschuldverschreibung hinausgehende Wagnis hingewiesen werden.

34 (d) Soweit die Revision Verfahrensfehler rügt, hat der Senat diese geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO). Insbesondere ist die Frage, ob der Prospekt in Bezug auf die nachteiligen Weisungen des Beklagten gegenüber der W. die gesetzlichen Vorgaben des VerkProspG aF und der VerkProspV aF erfüllt, eine Rechtsfrage, die dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist, so dass dem diesbezüglichen - ungeeigneten - Beweisan-

gebot nicht nachgegangen zu werden brauchte (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2008 - X ZR 153/05, GRUR 2008, 779 Rn. 30, 32). Darüber hinaus ist es für die Entscheidung unerheblich, ob über die im Prospekt erwähnten Zahlungen hinaus weitere Transaktionen an verbundene Unternehmen geleistet wurden oder ob der auf Seite 51 des Prospekts abgedruckte Bestätigungsvermerk der mit der Prüfung des Jahresabschlusses der W. befassten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft richtig ist.

35 c) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht den Beklagten als verantwortlichen Prospektveranlasser nach § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF angesehen.

36 aa) Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF ist derjenige Prospektverantwortlicher, von dem der Erlass des Prospekts ausgeht. Darunter werden die Personen gefasst, die ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Emission der Wertpapiere haben (vgl. auch BT-Drucks. 13/8933, S. 78) und darauf hinwirken, dass ein unrichtiger oder unvollständiger Prospekt veröffentlicht wird (vgl. Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz für das Deutsche Reich, § 46 II b; Assmann in Assmann/Lenz/Ritz, Verkaufsprospektgesetz, § 13 Rn. 50; Unzicker, VerkProspG, § 13 Rn. 40; Assmann in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 6 Rn. 223; Assmann in Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb, WpPG - VerkProspG, 2. Aufl., § 13 VerkProspG Rn. 74; Kind in Arndt/Voß, VerkProspG, § 13 Rn. 32; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 45 BörsG Rn. 9). Veranlasser ist, wer hinter dem Emittenten steht und neben der Geschäftsleitung besonderen Einfluss ausübt. Durch die Regelung soll eine Lücke bei den Haftungsverpflichteten geschlossen werden; insbesondere sollen auch Konzernmuttergesellschaften in die Haftung einbezogen werden, wenn eine Konzerntochtergesellschaft Wert-

papiere emittiert (BT-Drucks. 13/8933 S. 78; Hamann in Schäfer, WpHG, BörsG, VerkProspG, §§ 45, 46 aF Rn. 43; Schwark aaO).

37 In Übereinstimmung mit der börsenrechtlichen Veranlasserhaftung hat der Bundesgerichtshof die sogenannte Hintermannhaftung der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne entwickelt (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 340 ff.). Nach dieser Rechtsprechung, die zur Konkretisierung des § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF herangezogen werden kann, ist von einer Prospektverantwortlichkeit eines Hintermannes unter anderem dann auszugehen, wenn dieser auf die Konzeption des konkreten, mit dem Prospekt beworbenen und vertriebenen Modells maßgeblich Einfluss genommen hat und damit letztendlich auch für die Herausgabe des Prospektes verantwortlich ist (BGH, Urteile vom 26. September 1991 - VII ZR 376/89, BGHZ 115, 213, 217 ff., vom 7. September 2000 - VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121, 127, vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 372/03, WM 2006, 427, 428 und vom 17. November 2011 - III ZR 103/10, WM 2012, 19 Rn. 17 mwN). Dabei können die gesellschaftsrechtliche Funktion des Hintermannes sowie ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse für eine Einflussnahme auf die Konzeption des Modells sprechen (BGH, Urteile vom 7. September 2000 - VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121, 127 und vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 372/03, WM 2006, 427, 428). Nicht entscheidend ist, ob eine Mitwirkung unmittelbar bei der Gestaltung des Prospektes gegeben ist; ausschlaggebend dagegen ist, ob der Prospekt mit Kenntnis des Verantwortlichen in den Verkehr gebracht worden ist (BGH, Urteile vom 16. November 1978 - II ZR 94/77, BGHZ 72, 382, 388, vom 26. September 1991 - VII ZR 376/89, BGHZ 115, 213, 220 und vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 372/03, WM 2006, 427, 428).

38 bb) Nach diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht aufgrund der von ihm verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen im Ergebnis zu Recht davon

ausgegangen, dass der Beklagte Prospektverantwortlicher im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF ist.

39 Der Beklagte als einzelkaufmännischer Unternehmer ist "Konzernmutter" der emittierenden W. und damit nach der Gesetzesbegründung zum Dritten Finanzmarktförderungsgesetz (BT-Drucks. 13/8933 S. 78) unmittelbarer Adressat der Veranlasserhaftung. Der Beklagte verfügte über 74% des Stammkapitals der W. und war durch einen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag begünstigt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat er unstreitig durch Weisungen zu Zahlungsflüssen unmittelbar in das Geschäft der W. eingegriffen.

40 Damit hatte der Beklagte als Begünstigter des mit der Emittentin bestehenden Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse an der Einwerbung weiterer Anlegergelder durch die Ausgabe der Inhaberschuldverschreibungen. Dieses Eigeninteresse gepaart mit seiner gesellschaftsrechtlichen Funktion als Mehrheitsgesellschafter der W. und dem vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellten tatsächlichen Eingreifen in deren Geschäft durch die Erteilung von Weisungen zu Zahlungsflüssen belegen auch einen beherrschenden Einfluss auf die streitgegenständliche Emission (vgl. auch BGH, Urteil vom 26. September 1991 - VII ZR 376/89, BGHZ 115, 213, 219 f.). Der vom Berufungsgericht festgestellte beherrschende Einfluss des Beklagten lässt den von ihm gezogenen Schluss zu, dass der Prospekt mit Kenntnis und mit dem erforderlichen Einfluss des Beklagten in den Verkehr gebracht worden ist, mag der Beklagte auch inhaltlich an der Prospektgestaltung nicht beteiligt gewesen sein (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 372/03, WM 2006, 427, 428; auch BGH, Urteil vom 7. September 2000 - VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121, 127). Diese Würdigung der Umstände des Einzelfalls durch das Berufungsgericht ist nicht nur vertret-

bar, sondern naheliegend. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO). Denn es entspricht dem Vortrag des Beklagten, von seiner Leitungsmacht auch tatsächlich Gebrauch gemacht zu haben. Zudem kann diese in den Entscheidungsgründen befindliche, dennoch aber tatbestandliche Feststellung gemäß § 314 ZPO (BGH, Urteil vom 29. April 1993 - IX ZR 215/92, NJW 1993, 1851, insoweit nicht in BGHZ 122, 297 abgedruckt) nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht mit der Verfahrensrüge angegriffen werden, wenn nicht zuvor ein Antrag auf Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO gestellt worden ist (BGH, Urteile vom 11. Januar 2011 - XI ZR 220/08, WM 2011, 309 Rn. 13; vgl. auch BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 - I ZR 161/08, NJW 2011, 1513 Rn. 12, jeweils mwN), woran es hier fehlt.

41 d) Im Ergebnis zu Recht ist das Berufungsgericht von der Ursächlichkeit des unvollständigen Prospektes für die Anlageentscheidung des Klägers ausgegangen.

42 Gemäß § 45 Abs. 2 Nr. 1 BörsG aF besteht der Anspruch nach § 44 BörsG aF dann nicht, wenn die Wertpapiere nicht auf Grund des Prospekts erworben wurden. Damit trifft die Darlegungs- und Beweislast fehlender Kausalität den Anspruchsgegner. Dieser ist der Beklagte - wie das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat - nicht nachgekommen; insbesondere hat er weder die seiner Ansicht nach für die Kaufentscheidung maßgeblichen Motive des Klägers benannt noch Beweis für seine Behauptung fehlender Kausalität angeboten.

43 e) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch angenommen, der Beklagte habe sich vom Vorwurf grob fahrlässiger Unkenntnis der Unvollständigkeit der Prospektangaben nicht gemäß § 45 Abs. 1 BörsG aF entlastet.

44 aa) Die Rüge der Revision, das Berufungsurteil leide insoweit unter dem absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 6 ZPO, ist schon deswegen erfolglos, weil nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Anwendungsbereich des § 547 Nr. 6 ZPO nicht eröffnet ist, wenn ein überangenes Verteidigungsmittel zur Abwehr der Klage ungeeignet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1962 - I ZB 27/62, BGHZ 39, 333, 338 f.; Urteile vom 26. Januar 1983 - IVb ZR 351/81, NJW 1983, 2318, 2320; vom 24. April 1989 - II ZR 208/88, NJW-RR 1989, 856; vom 30. Mai 2000 - VI ZR 276/99, WM 2000, 2393, 2394; Senatsurteil vom 22. Februar 2005 - XI ZR 359/03, WM 2005, 782, 786). So liegt der Fall hier. Der Vortrag des Beklagten, er sei lediglich Mehrheitsaktionär der W. gewesen, er habe Zeitpunkt, Dauer, Höhe und Verzinsung der Anleihen nicht bestimmt und auch den Inhalt der Verkaufsprospekte und Werbematerialien nicht erarbeiten lassen, ist unerheblich. Zu den im Prospekt nicht dargestellten negativen Folgen des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages und zur Verantwortlichkeit des Beklagten als so genannter Hintermann besagt dieser Vortrag nichts.

45 bb) Soweit die Revision darauf verweist, sowohl das erstinstanzliche Gericht als auch das Landeskriminalamt und die BaFin hätten die Fehlerhaftigkeit des Prospekts verneint, schließt das eine grob fahrlässige Unkenntnis des Beklagten von der Unvollständigkeit des Prospektes nicht aus. Allein die Ansicht eines in erster Instanz entscheidenden Einzelrichters reicht insoweit nicht aus. Die Prüfung des Landeskriminalamts beschränkte sich auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beklagten, die Vorsatz voraussetzt, erstreckte sich jedoch nicht auf die hier in Rede stehende - auch grobe Fahrlässigkeit umfassende - Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG. Die Billigung des Prospekts durch die BaFin schließlich führt schon deshalb zu keinem anderen Ergebnis, weil die diesbezügliche Prüfung nach § 8a Abs. 1 VerkProspG aF keine inhaltli-

che Richtigkeitsgewähr bot (vgl. Assmann in Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb, WpPG - VerkProspG, § 13 VerkProspG Rn. 26 mwN).

46 cc) Im Ergebnis zu Recht ist auch eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unterblieben, da die im nachgereichten Schriftsatz vom 14. Juni 2011 enthaltenen Ausführungen zum mangelnden Verschulden des Beklagten entgegen der Ansicht der Revision unerheblich sind. Der Beklagte hat vorgetragen, sämtliche rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Erstellung des Prospektes seien mit dem Zeugen

B. erörtert, teilweise seien rechtliche Gutachten eingeholt worden. Die rechtlichen Gutachten hätten insbesondere den Umfang und die Art der Risikohinweise im Prospekt betroffen. Dabei sei mit dem Zeugen insbesondere auch immer wieder die Frage erörtert worden, inwieweit das Bestehen und die Bedeutungen eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages in den Prospekten darzustellen sei. Hierbei sei der Beklagte - auch gerade im Hinblick auf den Prospektadressaten - dazu beraten worden, dass sich die Bedeutung des § 2 Verkaufsprospektgesetzes (gemeint ist wohl § 2 VerkProspV) und die darin normierten Anforderungen nicht auf die "Erteilung von Rechtskundeunterricht" erstreckten.

47 Dieser Vortrag ist nicht geeignet, das Fehlen grob fahrlässiger Unkenntnis von der Unvollständigkeit des Prospektes im Sinne von § 45 Abs. 1 BörsG aF nachzuweisen. Daraus folgt zunächst, dass dem Beklagten die Problematik einer Erläuterung des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages im Prospekt sehr wohl bekannt war. Desweiteren spricht die lapidare Aussage, man sei nicht zur "Erteilung von Rechtskundeunterricht" verpflichtet, dafür, dass eine sachgerechte Aufklärung der Anleger darüber, dass der Beklagte als Begünstigter des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages dem Vorstand der W. nachteilige Weisungen erteilen konnte, die nur dem Beklagten oder

anderen Konzerngesellschaften dienten, und darüber, dass die Abhängigkeit der Rückzahlung des Anlagebetrages von der nicht offen gelegten Vermögenslage und dem Geschäftsmodell des Beklagten abhing, nicht ernsthaft beabsichtigt war. Entgegen dem Vortrag des Beklagten hätte dies auch nicht erfordert, sämtliche Auswirkungen der "Vorschriften der Unternehmensverträge" zu erläutern, sondern lediglich, dem Anleger vor Augen zu führen, dass das Recht zu nachteiligen Weisungen seinen Rückzahlungsanspruch gefährdet. Dies wäre in wenigen Worten möglich gewesen. Danach spricht alles dafür, dass es bei der Beauftragung des Zeugen lediglich darum ging, Haftungsrisiken zu vermeiden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lässt das Bemühen, Informationsmaterial mit Hilfe eines Rechtsanwalts den Anforderungen der Rechtsprechung anzupassen, selbst Vorsatz nicht entfallen, wenn dies nicht in der Absicht geschieht, Anleger sachgerecht aufzuklären, sondern Haftungsrisiken zu verringern, ohne die Anleger sachgerecht aufzuklären (Senatsurteile vom 26. Januar 2004 - XI ZR 211/03, WM 2005, 27 f. und vom 22. November 2005 - XI ZR 76/05, WM 2006, 84, 87, jeweils mwN).

48 3. Der Anspruch des Klägers ist auch nicht gem. § 46 BörsG aF verjährt. Das Berufungsgericht stellt (vor dem Hintergrund der Anhängigkeit der Klage am 11. Januar 2007) rechtsfehlerfrei fest, es sei nicht ersichtlich, dass der Kläger bereits am 11. Januar 2006 positive Kenntnis von der Unvollständigkeit des Prospekts hatte. Die dagegen von der Revision geführten Einwände greifen nicht durch. Soweit geltend gemacht wird, der unterbliebene Hinweis auf die Folgen des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages mit dem Beklagten sei bei sorgfältiger Lektüre des Prospekts und damit bereits bei Erwerb der Schuldverschreibungen im April 2005 offensichtlich gewesen, führt dies schon deshalb nicht zur Kenntnis des Klägers von einem Prospektmangel, weil die bloße Erwähnung der Existenz eines derartigen Vertrages einem durchschnittlichen Anleger - wie dargelegt - gerade nicht auch die Kenntnis des Rechts des

herrschenden Unternehmens zu nachteiligen Weisungen vermittelt. Außerdem wäre zusätzlich auch die Kenntnis der Vermögenslage und des Geschäftsmodells des Beklagten erforderlich gewesen, die der Prospekt dem Kläger ebenfalls nicht verschafft.

Wiechers

Ellenberger

Matthias

Pamp

Menges

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 12.03.2010 - 3-15 O 88/09 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 21.06.2011 - 5 U 51/10 -