



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil- und Versäumnisurteil

II ZR 21/06

Verkündet am:
3. Dezember 2007
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 276 Cc, 280

- a) Über die Nachteile und Risiken eines angebotenen Kapitalanlagemodells muss der Anlageinteressent in dem Emissionsprospekt zutreffend und vollständig aufgeklärt werden. Dazu gehört auch, dass er auf Risiken hingewiesen wird, die ausschließlich Altverträge betreffen, aber dazu führen können, dass die Anlagegesellschaft in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Ebenso ist das Bestehen eines Verlustübernahmevertrages mitzuteilen, weil dieser nicht nur die Gefahr des Verlustes der Anlage heraufbeschwört, sondern zusätzliche Zahlungspflichten auslösen kann.
- b) Ein Prospektfehler ist auch dann ursächlich für die Anlageentscheidung, wenn der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Anlagegesellschaft von den Anlagevermittlern als alleinige Arbeitsgrundlage für ihre Beratungsgespräche benutzt wird. Es kommt bei dieser Sachlage nicht darauf an, ob der Prospekt dem Anlageinteressenten übergeben worden ist.

BGH, Urteil u. Versäumnisurteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06 -
Saarländisches OLG
LG Saarbrücken

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Saarländischen Oberlandesgerichts vom 15. Dezember 2005 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger unterzeichnete nach August 1999 einen auf den 2. Mai 1999 rückdatierten Zeichnungsschein der S.

AG (im Folgenden: S. AG), wonach er sich als stiller Gesellschafter an deren Unternehmenssegment VII beteiligte. Vorstand der S. AG waren zum damaligen Zeitpunkt die Beklagten. Die Gesellschaft, über deren Vermögen mittlerweile das Insolvenzverfahren eröffnet

worden ist, befasste sich u.a. mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien, Wertpapieren und Unternehmensbeteiligungen. Als Einlage hatte der Kläger 6.000,00 DM sofort und 96.000,00 DM in monatlichen Raten zu je 200,00 DM zu zahlen, jeweils zuzüglich eines 5 %-igen Agios. Dabei sollten Zahlungen, die er schon zuvor für eine Beteiligung an dem dann nicht aufgelegten Unternehmenssegment VIII geleistet hatte, angerechnet werden. Nach der 40-jährigen Laufzeit des Gesellschaftsvertrages sollte das Auseinandersetzungsguthaben in einer Summe ausgezahlt werden. Das Vertragsangebot des Klägers wurde von der S. AG am 22. Dezember 1999 angenommen.

- 2 In dem rückdatierten Zeichnungsschein bestätigte der Kläger inhaltlich unzutreffend, den Emissionsprospekt Nr. 13.3 der S. AG vom 1. August 1999 erhalten zu haben. Darin wird eine Beteiligung einzelner Unternehmenssegmente der S. AG an der Bankhaus P. & Co. KGaA (im Folgenden: Bankhaus P.) und ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin P. Beteiligungs GmbH sowie an der S. Bank AG erwähnt. Nicht erwähnt wird, dass einzelne Vorstandsmitglieder der S. AG zugleich Aktionäre des Bankhauses P. waren, dass die S. Bank AG gemäß Handelsregistereinträgen vom 31. August/2. September 1999 auf das Bankhaus P. verschmolzen worden ist und dass die S. AG am 22. September 1999 mit dem Bankhaus P. einen Verlustübernahmevertrag geschlossen hat. Ebenso wenig wird erwähnt, dass sich die S. AG in früheren Verträgen mit stillen Gesellschaftern verpflichtet hatte, das jeweilige Auseinandersetzungsguthaben in Form einer Rente auszuzahlen, und dass ihr diese Rentenzahlung mit Bescheid des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen vom 22. Oktober 1999 untersagt worden ist. Tatsächlich hatte der Kläger zwei bis drei Wochen, nachdem er den ersten Zeichnungsschein bezüglich des Unter-

nehmenssegments VIII am 2. Mai 1999 unterschrieben hatte, einen Emissionsprospekt erhalten, der aber nicht identisch ist mit dem Prospekt Nr. 13.3 und von dem Kläger auch nicht vorgelegt worden ist. Den Prospekt Nr. 13.3 hat der Kläger nicht erhalten.

- 3 Nachdem der Kläger den Gesellschaftsvertrag fristlos gekündigt hat, verlangt er von den Beklagten Schadensersatz in Höhe der von ihm an die S. AG gezahlten 7.730,73 € Zug um Zug gegen Übertragung seines Geschäftsanteils - hilfsweise des Auseinandersetzungsguthabens - und Freistellung von weiteren Zahlungsansprüchen der S. AG. Zur Begründung macht er geltend, über die personellen Verflechtungen mit dem Bankhaus P. , den Verlustübernahmevertrag und den Wegfall der ratierlichen Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben mit der möglichen Folge späterer Liquiditätsengpässe nicht informiert worden zu sein. Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich des Zahlungsanspruchs stattgegeben und sie im Übrigen wegen Verjährung abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

- 4 Die Revision ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.
- 5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Klageabweisung ausgeführt: Der Kläger hätte nach den Grundsätzen der Prospekthaftung keinen

Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten. Zwar seien die Beklagten als die für den Emissionsprospekt der S. AG Verantwortlichen verpflichtet gewesen, dafür Sorge zu tragen, dass in dem Prospekt oder auf anderem Wege auf den Verlustübernahmevertrag mit dem Bankhaus P. und die Untersagungsverfügung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen hingewiesen werde. Die sich daran anknüpfende Prospekthaftung komme aber hier nicht zur Anwendung, weil der Kläger nach seinem eigenen Vortrag den Prospekt bei den Vertragsanbahnungsgesprächen gar nicht zur Kenntnis genommen habe. Auch sei nichts für eine durch den Prospekt geschaffene positive Anlagestimmung vorgetragen. Ob der Kläger von dem Anlagevermittler falsch beraten worden sei, könne offen bleiben, denn dafür würden die Beklagten als die Vorstandsmitglieder der S. AG nicht persönlich haften. Eine Haftung aus §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, § 264 a StGB schließlich scheide ebenfalls aus, weil der Kläger den Prospekt nicht zur Kenntnis genommen habe.

6 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

7 1. a) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings die Voraussetzungen einer Prospekthaftung im Grundsatz angenommen. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs der gesetzlich geregelten Prospekthaftung, etwa nach § 44 BörsG i.V.m. §§ 13, 8 f, g VerkProspG n.F., muss ein im sog. grauen Kapitalmarkt herausgegebener Emissionsprospekt nach den von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätzen der Prospekthaftung dem Anlageinteressenten ein zutreffendes Bild von der angebotenen Kapitalbeteiligung vermitteln. Dazu gehört, dass sämtliche Umstände, die für die Anlageentscheidung von Bedeutung sind oder sein können, richtig und vollständig dargestellt werden. Ändern sich diese Umstände nach der Herausgabe des

Prospekts, haben die Verantwortlichen davon durch Prospektberichtigung oder durch entsprechende Hinweise bei Abschluss des Vertrages Mitteilung zu machen. Werden der Prospekt und die ggf. ergänzend zu erteilenden Hinweise diesen Anforderungen nicht gerecht, hat der auf dieser Grundlage geworbene Anleger, wenn er sich bei Kenntnis der ihm verschwiegenen Umstände nicht beteiligt hätte, gegen den schuldhaft handelnden Prospektverantwortlichen einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen Zug um Zug gegen Abtretung seiner Beteiligung (Senat, BGHZ 71, 284, 286 ff.; 79, 337, 340 ff.; 123, 106, 109 f.; Urt. v. 14. Januar 2002 - II ZR 40/00, WM 2002, 813; v. 15. Dezember 2003 - II ZR 244/01, WM 2004, 379, 381; v. 1. März 2004 - II ZR 88/02, WM 2004, 928, 929 f.; ebenso VII. Zivilsenat BGHZ 115, 214, 217 f.; im Grundsatz ebenso für die gesetzliche Prospekthaftung nach §§ 44 f. BörsG; Sen.Urt. v. 13. Juli 1982 - II ZR 175/81, WM 1982, 862, und nach § 20 KAGG; BGH, Urt. v. 22. Februar 2005 - XI ZR 359/03, WM 2005, 782, 784).

8 b) Nach diesen Grundsätzen hätte der Kläger jedenfalls auf die bankrechtlichen Bedenken gegen die in zahlreichen Anlageverträgen der S. AG vereinbarte ratierliche Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben ("Securente") hingewiesen werden müssen.

9 Dass den für das Anlageprojekt Verantwortlichen - also auch den Beklagten - diese mit der Neufassung des § 1 KWG durch die 6. KWG-Novelle mit Wirkung ab dem 1. Januar 1998 entstandenen Bedenken bewusst gewesen sein müssen und dass sie darauf jedenfalls diejenigen Anleger haben hinweisen müssen, in deren Verträgen dennoch eine ratierliche Auszahlung vorgesehen worden ist, hat der Senat bereits mit Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 149/03 - entschieden (ZIP 2005, 763, 765). Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Bedenken objektiv begründet waren - was aufgrund des Einlen-

kens der S. AG in dem gegen die Untersagungsverfügung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen vom 22. Oktober 1999 eingeleiteten verwaltungsgerichtlichen Verfahren dort nicht geklärt werden konnte. Es reicht vielmehr aus, dass an der Rechtmäßigkeit ernsthafte Zweifel bestanden, da schon diese Zweifel für eine Anlageentscheidung von Bedeutung sein konnten.

10 Diese Hinweispflicht bestand auch gegenüber den Anlegern, die - wie der Kläger - eine Auszahlung in einer Summe wünschten. Denn das aufgrund der Gesetzesänderung entstandene Risiko wirkte sich auch auf die Verträge aus, die von dieser Gesetzesänderung nicht unmittelbar betroffen waren. Wie dem Senat aus zahlreichen Prozessen bekannt ist, hat die S. AG in den Jahren 1998 und 1999 viele Verträge abgeschlossen, in denen eine ratierte Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens vorgesehen war, ohne dabei auf die bankrechtlichen Bedenken hinzuweisen. Dadurch entstand die nahe liegende Möglichkeit, dass sich zahlreiche Anleger - unter Hinweis auf den Aufklärungsmangel - von ihrem Vertrag lösen und Rückzahlung der schon geleisteten Einlagen verlangen würden. Damit bestand die Gefahr, dass die S. AG in ernsthafte Zahlungsschwierigkeiten geraten würde, was durch die mittlerweile erfolgte Insolvenzeröffnung bestätigt wird. Für einen Anleger war es von erheblichem Interesse zu erfahren, ob die Gesellschaft derartige "Altlasten" zu gewärtigen hatte. Denn davon hing die Sicherheit seiner Kapitalanlage ab.

11 c) Weiter hätten unter der Voraussetzung, dass der Kläger den rückdatierten Zeichnungsschein erst nach dem 22. September 1999 unterzeichnet hat, die Beklagten - etwa in Form einer Prospektberichtigung - auf den an diesem Tage geschlossenen Verlustübernahmevertrag der S. AG mit dem Bankhaus P. hinweisen müssen.

12

Nach der Senatsentscheidung vom 6. Oktober 1980 (BGHZ 79, 337, 345) ist aufzuklären über kapitalmäßige und personelle Verflechtungen zwischen dem Unternehmen, an dem sich der Anlageinteressent beteiligen soll, und einem Unternehmen, in dessen Hand das durchzuführende Vorhaben ganz oder teilweise gelegt wird. Das gleiche gilt bei einer - hier vorliegenden - Verflechtung des Anlageunternehmens mit einem Kreditinstitut, das an der Finanzierung von Beteiligungen mitwirkt. Dieser Aufklärungspflicht ist die S. AG insoweit nachgekommen, als sie in dem Prospekt auf ihre Beteiligung an der S. Bank AG und dem Bankhaus P. sowie dessen persönlich haftender Gesellschafterin hingewiesen hat. Weiter hat sie darin eine Bürgschaft i.H.v. 14 Mio. DM, eine Verpfändung von Kapitalbriefen im Wert von 8,942 Mio. DM und Grundschulden i.H.v. 33,5 Mio. DM, jeweils zugunsten der S. Bank AG, erwähnt. Die Verpflichtung aus dem Verlustübernahmevertrag, auf die nicht hingewiesen wird, geht aber darüber deutlich hinaus. Das damit verbundene Risiko war nicht schon durch die - z.T. durch andere Beteiligungen vermittelte - Mehrheitsbeteiligung der S. AG an dem Bankhaus P. und die übrigen Sicherungsmittel weitgehend abgedeckt. Auch wenn bei dem Bankhaus P. für das Jahr 1999 - wie die Beklagten behaupten - nach der Verschmelzung mit der S. Bank AG nur ein Verlust i.H.v. rund 12 Mio. DM und für die Folgejahre jeweils steigende Gewinne hätten erwartet werden können, ist das mit einer Verlustübernahme verbundene, der Höhe nach unbegrenzte Risiko gefährlicher als das Risiko, lediglich das investierte Beteiligungskapital zu verlieren und aus den der Höhe nach begrenzten Sicherheiten in Anspruch genommen zu werden. Wenn es kein darüber hinausgehendes Risiko gegeben hätte, dann hätte auch kein Anlass bestanden, überhaupt einen Verlustübernahmevertrag abzuschließen. Ob mit einer Inanspruchnahme der S. AG aus dem Verlustübernahmevertrag konkret zu rechnen war,

ist unerheblich. Schon die abstrakte Gefahr, bei einem Niedergang des Bankhauses P. in eine unkalkulierbare Haftung zu geraten, stellt einen erheblichen Risikofaktor dar, der sich qualitativ auch von dem Risiko hochspekulativer Beteiligungen, auf die in dem Prospekt hingewiesen wird, unterscheidet. Anders als bei den erwähnten Sicherheiten drohte aufgrund des Verlustübernahmevertrages nicht nur der Verlust des zur Sicherheit eingesetzten Vermögens, sondern eine darüber hinausgehende unbegrenzte Zahlungspflicht.

13 Das mit der Verlustübernahme verbundene Risiko für die Beteiligung der Kläger ist auch nicht etwa deshalb unbeachtlich gewesen, weil die Verlustübernahme dem Unternehmenssegment II der S. AG zugeordnet war und nicht dem für die Beteiligung des Klägers maßgebenden Segment VII. Zwar waren die ggf. anfallenden Verluste zunächst dem Segment II zu belasten. Reichte aber das dort ausgewiesene Vermögen zur Deckung dieser Verluste nicht aus, musste das den anderen Segmenten zugewiesene Vermögen in Anspruch genommen werden, da die S. AG im Außenverhältnis einen einheitlichen Haftungsverbund darstellt. Dementsprechend haben die Verluste des Bankhauses P. auch mit dazu geführt, dass die S. AG in dem Unternehmenssegment VII die vertragsgemäßen Ausschüttungen einstellen musste.

14 d) Ob auch auf die Beteiligung einzelner Vorstandsmitglieder der S. AG an dem Bankhaus P. und die Fusion des Bankhauses P. mit der S. Bank AG hätte hingewiesen werden müssen, bedarf hier keiner Entscheidung.

15 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die aus den Prospektfehlern abzuleitenden Haftungsregeln auch im vorliegenden Fall an-

wendbar. Jedenfalls das Verschweigen der bankrechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer ratierlichen Auszahlung von Auseinandersetzungsguthaben war nämlich ursächlich für den Abschluss des stillen Gesellschaftsvertrages mit dem Kläger, auch wenn der Kläger den Inhalt des Prospekts vor der Vertragsunterzeichnung nicht zur Kenntnis genommen hat und mangels Aushängung auch nicht zur Kenntnis nehmen konnte.

16 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht es der Lebenserfahrung, dass ein Prospektfehler für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist (BGHZ 79, 337, 346; Urt. v. 14. Juli 2003 - II ZR 202/02, WM 2003, 1818, 1819 f.; v. 1. März 2004 - II ZR 88/02, WM 2004, 928, 930; v. 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, WM 2004, 1823; v. 21. März 2005 - II ZR 149/03, ZIP 2005, 763, 765; für die gesetzliche Prospekthaftung nach § 44 BörsG i.V.m. §§ 13, 8 f, g VerkProspG n.F. gilt eine Beweislastumkehr nach § 45 Abs. 2 Nr. 1 BörsG). Diese Vermutung kann allerdings widerlegt werden. Davon ist - wie das Berufungsgericht im Ansatz richtig angenommen hat - grundsätzlich dann auszugehen, wenn der Prospekt bei dem konkreten Vertragsschluss keine Verwendung gefunden hat.

17 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Prospekt hier bei dem Vertragsschluss mit dem Kläger Verwendung gefunden. Mit der Anwerbung von stillen Gesellschaftern hatte die S. AG Vermittlungsgesellschaften beauftragt. Die Mitarbeiter dieser Gesellschaften wurden auf der Grundlage des jeweils gültigen Emissionsprospekts der S. AG geschult. Sie waren daher von vornherein darauf festgelegt, die Anlage nur mit den Informationen aus dem Emissionsprospekt zu vertreiben. Auf Risiken, die in dem Prospekt nicht erwähnt waren, konnten sie die Anleger nicht hinweisen. Die Maßgeblichkeit des Prospekts für die Anwerbung der Anleger kommt auch

in dem Zeichnungsschein der S. AG zum Ausdruck. Dort heißt es, der Vermittler sei allein befugt, die Beteiligung auf der Grundlage des Zeichnungsscheins, des Gesellschaftsvertrages und des Emissionsprospekts zu vermitteln. Bei dieser Sachlage ergibt sich aus einem Prospektfehler, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, nicht nur eine Haftung nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (jetzt §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB n.F.) i.V.m. § 278 BGB, die für die Beklagten als nicht an dem Vertrag Beteiligte nur unter eingeschränkten Voraussetzungen in Betracht käme (§ 311 Abs. 3 Satz 2 BGB n.F.). Vielmehr wird dieser Fall auch von dem Anwendungsbereich der Prospekthaftung im engeren Sinne erfasst. Dafür reicht aus, dass der Prospekt - wie hier - entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von den Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird (BGH, Ur. v. 14. Juli 2003 - II ZR 202/02, ZIP 2003, 1651, 1653).

18 Das ist hier geschehen, auch wenn das Berufungsgericht festgestellt hat, der Prospektinhalt sei dem Kläger nicht "mitgeteilt" worden. Dies darf entgegen der Ansicht des Beklagten zu 1 nicht dahin verstanden werden, der Prospekt habe überhaupt keine Rolle bei der Anwerbung gespielt. Sollen die Anleger bestimmungsgemäß auf der Grundlage des herausgegebenen Prospekts geworben werden, fließt notwendigerweise der Prospektinhalt in das einzelne Werbegespräch ein. Dementsprechend ist der Kläger, dem im Übrigen nicht irgendeine Anlage, sondern eine Beteiligung an dem Unternehmenssegment VII der S. AG vermittelt worden ist, über die in dem Prospekt verschwiegenen Risiken unstreitig nicht unterrichtet worden. Auch wenn der Vermittler dem Kläger nicht alle in dem Prospekt aufgenommenen Einzelheiten "mitgeteilt" hat, war doch dieser Prospekt dem Vertriebskonzept entsprechend die Grundlage des Beratungsgesprächs. Der Prospektmangel setzte sich damit in das Beratungsgespräch hinein fort und wirkte genauso, wie wenn dem Kläger der Pros-

pekt rechtzeitig übergeben worden wäre und er kein Gespräch mit dem Anlagevermittler geführt, sondern sich allein aus dem Prospekt informiert hätte.

19 Dem steht die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers für Fehler bei der Prüfung eines Emissionsprospekts (Urt. v. 14. Juni 2007 - III ZR 125/06, ZIP 2007, 1993, Tz. 28 f.; v. 31. Oktober 2007 - III ZR 298/05, z.V.b.) nicht entgegen. Danach setzt die Haftung des Wirtschaftsprüfers voraus, dass der Anlageinteressent den in dem Prospekt erwähnten Prüfbericht auch tatsächlich angefordert hat. Dies ist auf die hier maßgebliche Prospekthaftung schon deswegen nicht übertragbar, weil die Haftung des Wirtschaftsprüfers für unrichtige, in dem Prospekt selbst aber nicht veröffentlichte Testate nicht auf den Grundsätzen der Prospekthaftung, sondern auf einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte beruht (BGH, Urt. v. 14. Juni 2007 aaO, Tz. 26). Im Übrigen spielt der Prüfbericht in den S. -Fällen keine Rolle als Arbeitsgrundlage der Anlagevermittler, weil ein solcher nicht erstellt ist.

20 3. Alle vier Beklagten sind Prospektverantwortliche i.S. der Senatsrechtsprechung (BGHZ 71, 284, 286 ff.; 79, 337, 340).

21 4. Auf die Beschränkung der Prospekthaftung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz gemäß Seite 120 f. des Prospekts können sich die Beklagten schon deshalb nicht berufen, weil der Prospekt dem Kläger nicht ausgehändigt worden ist. Im Übrigen ist diese Beschränkung gemäß § 9 AGBG unwirksam (vgl. Sen.Urt. v. 14. Januar 2002 - II ZR 40/00, WM 2002, 813, 815). Im Anwendungsbereich der §§ 44, 45 Abs. 1 BörsG i.V.m. §§ 8 f, g, 13 VerkProspG n.F. haften die Prospektverantwortlichen zwar nur noch für Vorsatz und grobe

Fahrlässigkeit. Das ist aber kein Anlass, für die Altfälle von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

22 5. Die Beklagten trifft ein Verschulden.

23 Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die Beklagten von Rechtsanwälten oder anderen Gutachtern haben beraten lassen und dabei die Auskunft erhalten haben, die bankrechtlichen Zweifel an der ratierlichen Auszahlung und der Verlustübernahmevertrag begründeten keine Prospektergänzungspflicht. Diese Auskunft wäre vielmehr ein fahrlässiger Beratungsfehler gewesen, der den Beklagten gemäß § 278 BGB zuzurechnen wäre.

24 Nach der Senatsrechtsprechung ist bei einem Prospektmangel im Regelfall von einem Verschulden der dafür verantwortlichen Personen auszugehen. Eine nähere Prüfung des Verschuldens ist nur dann geboten, wenn Umstände vorgetragen werden, die das Verschulden ausschließen können. Das kann anzunehmen sein, wenn die für die Gesellschaft handelnden Personen irrig davon ausgegangen sind, es bedürfe keines klarstellenden Hinweises an die Anlageinteressenten. Entschuldigend kann ein solcher Rechtsirrtum aber nur dann wirken, wenn die von der Rechtsprechung aufgestellten strengen Voraussetzungen erfüllt sind. Danach muss sich der Verpflichtete mit Sorgfalt um die Klärung der zweifelhaften Frage bemüht haben (Sen.Urt. v. 28. September 1992 - II ZR 224/91, WM 1992, 1892; v. 21. März 2005 - II ZR 149/03, ZIP 2005, 763, 765).

25 Diese Anforderungen haben die Beklagten nach ihrem eigenen Vortrag nicht erfüllt. Es reicht nicht aus, lediglich auf die Einschaltung von Rechtsanwälten und Gutachtern zu verweisen. In dem der Senatsentscheidung vom

28. September 1992 (aaO) zugrunde liegenden Fall hatten die Initiatoren eines Immobilienfonds verschwiegen, dass ein bestimmtes Grundstück noch nicht der KG gehörte. Dem lag die - behauptete - unzutreffende Auskunft des beurkundenden Notars zugrunde, bei der Umwandlung einer GbR in eine KG bedürfe es für die Übertragung des Eigentums an dem bislang der GbR gehörenden Grundstück keiner gesonderten Auflassung. Davon unterscheidet sich der Fall eines - wie hier - bekannten Risikos, bei dem lediglich zu prüfen ist, ob es eine Hinweispflicht auslöst. Bei dieser Prüfung ist der Anwalt Erfüllungsgehilfe der Prospektverantwortlichen.

26 6. Der Schaden des Klägers besteht in seiner gezahlten Einlage abzüglich der Entnahmen (vgl. dazu Sen.Urt. v. 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, WM 2004, 1823 f. sowie BGHZ 145, 121, 130 f. und BGH, Urt. v. 8. März 2005 - XI ZR 170/04, ZIP 2005, 802, 803), das sind die von dem Landgericht ausgeteilten 7.730,73 €.

27 Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats sind auf diesen Schaden im Wege des Vorteilsausgleichs die aufgrund der Anlage erzielten, dauerhaften Steuervorteile anzurechnen, sofern die Ersatzleistung nicht ihrerseits zu versteuern ist (BGHZ 159, 280, 294; Sen.Urt. v. 14. Juni 2004 - II ZR 393/02, ZIP 2004, 1394, 1400; v. 29. November 2004 - II ZR 6/03, ZIP 2005, 254, 257 - "Securenta AG/Göttinger Gruppe II"; ebenso BGH, Urt. v. 17. November 2005 - III ZR 350/04, ZIP 2006, 573 und v. 24. April 2007 - XI ZR 17/06, BGHZ 172, 147 = ZIP 1200, 1202). Das erscheint auch im vorliegenden Fall bei einer wertenden Betrachtung nicht unbillig. Wie der Kläger nämlich bei seiner mündlichen Anhörung selbst eingeräumt hat, ist ihm von dem Anlagevermittler gesagt worden, der Staat finanziere die Anlage zu 30-40 % mit. Danach ist davon auszugehen, dass der Wunsch nach einer Steuerersparnis zumindest mitur-

sächlich für die Anlageentscheidung war. Nach dem Vortrag der Beklagten sind auch Steuervorteile entstanden. Die dem Kläger zugewiesenen Verluste sollen 100 % seiner Einlage ausgemacht haben. Der Einwand des Klägers, die Darlegungs- und Beweislast für die anzurechnenden Steuervorteile treffe die Beklagten, ist zwar grundsätzlich richtig, verkennt aber, dass ihn selbst eine sekundäre Darlegungslast trifft (vgl. Senat, BGHZ 140, 156, 158; Zöller/Greger, ZPO 26. Aufl. Vor § 284 Rdn. 34). Nur er verfügt über die insoweit erforderlichen Kenntnisse. Deshalb ist er gehalten, die für die Berechnung der etwaigen Steuervorteile nötigen Daten mitzuteilen. Dazu hat er im Rahmen der wiedereröffneten Berufungsverhandlung Gelegenheit.

28 7. Der Zahlungsanspruch ist nicht verjährt. Die Verjährung ist durch die Einreichung der Klage am 23. Dezember 2002 mit Zustellung am 28./29. Januar 2003 gem. §§ 193, 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO gehemmt worden.

29 Ansprüche aus allgemeiner Prospekthaftung verjähren nach der ständigen Rechtsprechung des Senats in sechs Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter von dem Prospektfehler Kenntnis erlangt, spätestens drei Jahre nach dem Abschluss des Gesellschafts- oder Beitrittsvertrages (BGHZ 83, 222; Sen.Urt. v. 18. Dezember 2000 - II ZR 84/99, ZIP 2001, 369). Ob die Sechsmonatsfrist nach der Neufassung des § 46 BörsenG durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz vom 21. Juni 2002 (BGBl. I S. 2010), wonach ab dem 1. Januar 2002 statt der Sechsmonats- eine Einjahresfrist gilt, an das neue Recht anzupassen ist (so Assmann/Wagner, NJW 2005, 3169, 3173), kann offen bleiben. Auch nach der strengeren bisherigen Rechtsprechung ist keine Verjährung eingetreten.

30 Die dreijährige Frist beginnt mit dem Wirksamwerden des Vertrages, also mit Zugang der Vertragsannahmeerklärung. Das rückdatierte Vertragsangebot des Klägers wurde von der S. AG am 22. Dezember 1999 angenommen. Damit war die dreijährige Verjährungsfrist bei Klageeinreichung am Montag, dem 23. Dezember 2002, noch nicht abgelaufen. Dass der Kläger in der Klageschrift eine falsche Vertragsnummer angegeben hat, ist unerheblich. Für die Beklagten war klar, welcher Vertrag nur gemeint sein konnte. Die Klage ist auch demnächst zugestellt worden i.S. des § 167 ZPO. Auf die am 30. Dezember 2002 unterzeichnete Kostenanforderung hat der Kläger am 15. Januar 2003 den Kostenvorschuss überwiesen. Weitere Verzögerungen sind nicht von ihm veranlasst worden.

31 Damit könnte der Anspruch nur verjährt sein, wenn die sechsmonatige - ggf. einjährige - Frist gelten würde. Dem Vortrag der Beklagten, die die Voraussetzungen der Verjährung darzulegen haben, lässt sich indes nicht entnehmen, dass der Kläger früher als sechs Monate vor Klageeinreichung von den Prospektfehlern Kenntnis erhalten hat. Insbesondere reichte dafür der "Newsletter 3/2001" vom 7. August 2001 nicht aus. Darin ist zwar von umfangreichen Sanierungsmaßnahmen der S. AG zugunsten des Bankhauses P. mit der Folge einer Aussetzung der Ausschüttungen an die stillen Gesellschafter die Rede, nicht aber auch davon, dass ein Verlustübernahmevertrag abgeschlossen worden war.

32 III. Der Anspruch des Klägers, ihn von weiteren Zahlungspflichten gegenüber der S. AG freizustellen, ist dagegen verjährt, soweit er auf die Grundsätze der Prospekthaftung gestützt ist.

33 Die Klageerhebung hat die dreijährige Verjährung nicht unterbrochen, weil der Freistellungsanspruch nicht sogleich geltend gemacht worden ist. Zwar unterbricht die Zahlungsklage grundsätzlich auch die Verjährung eines Freistellungsanspruchs (BGH, Urt. v. 27. November 1984 - VI ZR 38/83, NJW 1985, 1152, 1154). Das gilt aber dann nicht, wenn der Freistellungsanspruch zusätzlich zu dem Zahlungsanspruch geltend gemacht wird. Dann handelt es sich zunächst nur um eine Teilklage, durch die die Verjährung des restlichen Anspruchs nicht unterbrochen wird (BGHZ 66, 142, 147; BGH, Urt. v. 2. Mai 2002 - III ZR 135/01, NJW 2002, 2167).

34 Damit kommt es darauf an, ob sich der Freistellungsanspruch auch auf § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263, 264 a StGB stützen lässt. Für den Beginn der auch dabei dreijährigen Verjährungsfrist kommt es auf die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Klägers von den den Anspruch begründenden Umständen an. Die Annahme des Berufungsgerichts, eine Haftung nach § 826 BGB scheidet schon deshalb aus, weil der fehlerhafte Emissionsprospekt nicht Grundlage der Anlageentscheidung des Klägers

geworden sei, ist - wie vorstehend ausgeführt - unzutreffend. Das Berufungsgericht hat Gelegenheit, im Rahmen der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung auch insoweit die noch erforderlichen Feststellungen zu treffen.

Goette

Kraemer

Strohn

Caliebe

Reichart

Vorinstanzen:

LG Saarbrücken, Entscheidung vom 19.05.2004 - 1 O 435/02 -

OLG Saarbrücken, Entscheidung vom 15.12.2005 - 8 U 330/04-72- -