BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 58/08

Verkündet am:
7. Dezember 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Caliebe, Dr. Drescher, Dr. Löffler und Bender

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Kammergerichts vom 16. Januar 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage gegen den Beklagten zu 2 abgewiesen ist.

Die Berufung des Beklagten zu 2 gegen das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 29. Januar 2007 wird zurückgewiesen.

II. Von den Gerichtskosten aller drei Instanzen tragen der Kläger 39,5 %, der Beklagte zu 1 2,2 % und der Beklagte zu 2 58,3 %. Von den außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen der Beklagte zu 1 2,9 % und der Beklagte zu 2 43,8 %; im Übrigen trägt sie der Kläger selbst. Der Beklagte zu 2 trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger und der Beklagte zu 2 streiten - nach Erledigung der Klage gegen den Beklagten zu 1 durch Vergleich - noch über die Haftung des Beklagten zu 2 wegen der Beteiligung des Klägers an der M. AG & Co. KG (im Folgenden: M.).

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

2 Die M. wurde von der DP. AG (im Folgenden: DP.) als Komplementärin und der G. GmbH (im Folgenden: G.) als Kommanditistin gegründet. Die G. sollte die Kommanditbeteiligung treuhänderisch für durch die DV. AG (im Folgenden: DV.) zu werbende Anleger halten. DV. und DP. waren hundertprozentige Töchter der D. AG (im Folgenden: D. AG). An der D. AG waren die D. GmbH (im Folgenden: D. GmbH) und die T. GmbH (im Folgenden: T. GmbH) hälftig beteiligt. Der Beklagte zu 2 hielt die Hälfte der Geschäftsanteile der D. GmbH, er war zusammen mit dem weiteren Vorstandsmitglied B. Vorstand der D. AG und stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der DP. neben dem weiteren Aufsichtsratsmitglied B. Der Beklagte zu 1 war im Jahr 2004 alleiniger Vorstand der DP.

3 Die Anlegergelder sollten nach dem vom Beklagten zu 1 für die DP. unterzeichneten Emissionsprospekt auf vier Investitionsbereiche (Portfolios) verteilt werden, in Höhe von 12,6 % auf in- und ausländische Immobilienaktien, aktiengebundene Wertpapiere, Immobilienfonds und ausländische Immobilienaktienfonds ("Immobilienportfolio"), in Höhe von 25,1 % auf die Investition in Hedge-Fonds ("Alternative Investments Portfolio"), in Höhe von 46,1 % auf in- und ausländische Aktien, Aktienfonds und gemischte Fonds ("Wertpapier Portfolio") und in Höhe von 16,2 % auf Private Equity Beteiligungen, Private Equity Fonds und Mezzanine-Finanzierungen ("Private Equity Portfolio"). "Schwerpunktmäßig" sollte in den Jahren 2004 und 2005 in eine Kommanditbeteiligung an der I. GmbH & Co. KG (künftig: I.) investiert werden. Der Prospekt enthielt folgenden Hinweis:

> "Die I. plant, eine neue Vertriebsorganisation aufzubauen, die den Anforderungen der Versicherungsvermittlerrichtlinie 2002/92/EU vom 9. Dezember 2002 entspricht. In

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

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

> 2004 wird das Unternehmen schwerpunktmäßig diesen Vertriebsaufbau durchführen, d.h. eine geplante Anzahl von rd. 2.500 Vertriebsmitarbeitern verpflichten und Schulungen sowie Werbemaßnahmen durchführen. Die Vertriebsmitarbeiter (freie Maklervertreter gemäß §§ 84 ff. HGB) sollen in den von der I. vermittelten Produktionsbereichen exklusiv für die I. tätig werden ... .
>
> [...]
>
> Die I. schließt mit verschiedenen, jeweils spezialisierten Dienstleistern in 2004 Verträge zur Sicherstellung des erfolgreichen Aufbaus ihrer Vertriebs- und Marketingtätigkeit sowie zur nachhaltigen Etablierung ihres Unternehmens ab.
>
> Insoweit ist ein Rekrutierungs- und Schulungsvertrag für die Anwerbung von exklusiv für die I. tätigen Vertriebsmitarbeiter und deren fachlicher Schulung zur Erfüllung der Voraussetzungen der Versicherungsvermittlerrichtlinie abgeschlossen. Zum Leistungsinhalt dieses Vertrages zählt auch die Beratung bei der Entwicklung einer nachhaltig erfolgreichen Vertriebsstrategie einschließlich eines hochwirksamen Vertriebssteuerungs- und Koordinationssystems und dessen Implementierung. Grundlage für die Vergütung der Leistungen nach diesem Vertrag ist die Zuführung, Schulung und Integration von 2.500 exklusiven Vertriebsmitarbeitern. [...]."

4 Tatsächlich sollten die Vertriebsmitarbeiter - jedenfalls zunächst - nicht ausschließlich für die I. tätig sein.

5 Der Kläger unterbreitete der G. am 2. Juni 2004 ein in der Folge angenommenes Angebot auf Abschluss eines Treuhandvertrages mit einer Einlage in Höhe von 22.000,00 € zuzüglich eines Agios von 5 %. Er leistete auf seine Einlageverpflichtung eine Einmalzahlung in Höhe von 4.200,00 € und zahlte an die G. zwölf Monatsraten zu 105,00 €. Entsprechende monatliche Zahlungen schuldet er noch bis 2019.

6 Mit Bescheid vom 15. Juni 2005 untersagte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) der M. die weitere Geschäftstätigkeit mit der Begründung, sie betreibe ohne die erforderliche Erlaubnis Finanzkommissionsgeschäfte. Den Antrag der M. , die aufschiebende Wirkung ihres gegen diesen Bescheid eingelegten Widerspruchs anzuordnen, lehnte das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main am 25. Juli 2005 mit der Begründung ab, die M. betreibe ohne die erforderliche Erlaubnis gewerbsmäßig Bankgeschäfte in Form des Investmentgeschäfts. Der Beklagte zu 2 reagierte am 9. Dezember 2005 als Vorstand der D. AG mit einem Schreiben an Vertriebsmitarbeiter, in dem er unter anderem ausführte:

> "Wir haben keine erlaubnispflichtigen Bankgeschäfte betrieben, und deshalb gab es auch keinen Anlass für das Verfahren der BaFin gegen die M. , und schon gar nicht gibt es einen Grund für die Insolvenz des Fonds und Haftungsklagen gegen uns als Initiatoren oder Sie als Vermittler."

7 Am 3. März 2006 setzte die BaFin die sofortige Vollziehung der Untersagungsverfügung aus, nachdem der Hessische Verwaltungsgerichtshof mit in anderer Sache ergangenem Beschluss vom 14. Februar 2006 die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen einen Verwaltungsakt der BaFin wiederhergestellt hatte.

8 Über das Vermögen der M. wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

9 Der Kläger hat von beiden Beklagten Rückzahlung der geleisteten Beiträge, Freistellung von den weiteren Verbindlichkeiten und Ersatz entgangener Anlagezinsen verlangt. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben, das Berufungsgericht auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision

des Klägers. Vor dem Senat hat er in einem Vergleich mit dem Beklagten zu 1 zur Erledigung aller wechselseitigen Ansprüche u.a. vereinbart, dass dieser an den Kläger 1.250,00 € zahlt und von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1 in allen Instanzen einschließlich des Vergleichs der Kläger 94,8 % und der Beklagte zu 1 5,2 % trägt. Entsprechend dem im Vergleich zum Ausdruck kommenden Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen soll in der Schlussentscheidung über die Kosten entschieden werden, die im Vergleich wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung nicht geregelt werden konnten. Gegen den Beklagten zu 2 verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und den Beklagten zu 2 betreffend zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils (§ 563 Abs. 3 ZPO).

11 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Eine deliktische Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG wegen des nicht erlaubten Betriebs eines erlaubnispflichtigen Bankgeschäfts komme nicht in Betracht, da die M. ein solches Bankgeschäft nicht betrieben habe. Jedenfalls fehle ein Verschulden. Der Kläger habe keine Ansprüche aus Prospekthaftung im engeren Sinne bzw. gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 und 3 BGB, da der Prospekt keinen Prospektmangel enthalten habe. Bis zum Beitritt des Klägers hätten keine Anhaltspunkte für ein Einschreiten der BaFin bestanden. Die Verhältnisse der I. seien im Prospekt vom 17. März 2004 ausreichend dargestellt worden. Dies gelte auch für die Angaben über die Ver-

triebsmitarbeiter, die für die Anlageentscheidung des Klägers jedenfalls nicht ursächlich geworden seien. Ob der Beklagte zu 2 überhaupt Prospektverantwortlicher sei, könne dahinstehen.

12 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

13 1. Noch zutreffend verneinte das Berufungsgericht allerdings Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG wegen unerlaubten Betreibens eines Bankgeschäfts. Zwar ist § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers (Senat, BGHZ 125, 366, 379; BGHZ 166, 29 Tz. 17; BGH, Urt. v. 11. Juli 2006 - VI ZR 340/04, ZIP 2006, 1764 Tz. 12 f.; v. 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, ZIP 2006, 1761 Tz. 13 f.; v. 21. April 2005 - III ZR 238/03, ZIP 2005, 1223, 1224). Die M. betrieb indessen kein nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erlaubnispflichtiges Bankgeschäft.

14 a) Die M. besorgte kein Finanzkommissionsgeschäft. Finanzkommissionsgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG ist der Handel mit Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung, bei dem die typischen Merkmale eines Kommissionsgeschäfts nach §§ 383 ff. HGB gewahrt sind, ohne dass alle diese Merkmale vorliegen müssen (BVerwGE 130, 262 Tz. 23 ff., 36 ff.; BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 28 ff.). Dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf fremde Rechnung gehandelt wird, genügt nicht (BVerwGE 130, 262 Tz. 43 ff.; BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 28). § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG bietet keinen allgemeinen Auffangtatbestand für Anlagemodelle, bei denen im Drittinteresse mit Finanzinstrumenten gehandelt wird, und erfasst die Vermögensverwaltung durch die Anlage von Investorengeldern in Finanzinstrumenten nicht (BVerwGE 130, 262 Tz. 47). Das wird durch § 1 Abs. 1 a Satz 2 Nr. 11 KWG idF von Artikel 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Pfandbrief-

rechts vom 20. März 2009 (BGBl. I S. 607) bestätigt, der einen besonderen erlaubnispflichtigen Tatbestand der Anlageverwaltung schafft (BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 28). Zwischen einem Finanzkommissionsgeschäft und einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft ist auch zu unterscheiden, wenn die Beteiligung - wie bei der M. - über einen Treuhandvertrag vermittelt ist, weil sich insoweit der Charakter der Tätigkeit durch die Einschaltung eines Treuhänders nicht ändert. Eine weite Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG war zum Zeitpunkt des Beitritts des Klägers auch nicht aufgrund der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. L 141 vom 11. Juni 1993, S. 27) geboten (vgl. BVerwGE 130, 262 Tz. 49).

15 Die M. betrieb keine Kommissionsgeschäfte entsprechend §§ 383 ff. HGB. Zwar zielte ihr Geschäftsbetrieb auf den Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Wertpapieren und Fondsanteilen und damit auf die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG. Sie erwarb und veräußerte Finanzinstrumente aber für eigene Rechnung. Weder die Anleger noch die Treuhänderin erhielten das Eigentum an den angeschafften Finanzinstrumenten übertragen. Die Anleger partizipierten nur aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs wertmäßig an der Entwicklung der Geschäftstätigkeit der M. Auch die weiteren typischen Merkmale eines Kommissionsgeschäfts nach § 383 HGB - Weisungsunterworfenheit des Kommissionärs, Benachrichtigungspflicht, Rechenschaftspflicht, Herausgabepflicht - lagen nicht vor.

16 b) Die Geschäftstätigkeit der M. war auch nicht als Investmentgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG in der Fassung des Investmentmodernisierungsgesetzes vom 15. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2676) erlaubnispflichtig. Der Begriff des Investmentgeschäfts entsprach dem des § 7 Abs. 2 InvG. § 7 Abs. 2 InvG umschrieb Investmentgeschäfte als Geschäfte von Kapitalanlage-

gesellschaften. Das waren nach § 6 Abs. 1 Satz 2 InvG Gesellschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Entsprechend bezog sich auch § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG - dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechend (BT-Drucks. 15/1553, S. 74) - nur auf Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft (vgl. BVerwGE 130, 262 Tz. 57), nicht aber auf Personenhandelsgesellschaften wie die M.

17 2. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts haftet der Beklagte zu 2 aber aus Prospekthaftung im engeren Sinne, da der für die M. erstellte Emissionsprospekt vom 17. März 2004 unrichtig war und er prospektverantwortlich ist.

18 a) Der Prospekt vom 17. März 2004 war unrichtig. Ein Emissionsprospekt hat dem Anleger ein zutreffendes Bild von der angebotenen Kapitalbeteiligung zu vermitteln. Dazu gehört, dass sämtliche Umstände, die für die Anlageentscheidung von Bedeutung sind oder sein können, zutreffend, verständlich und vollständig dargestellt werden (Senat, BGHZ 123, 106, 109 f.; Sen.Urt. v. 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Tz. 7; v. 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706, 1707; v. 1. März 2004 - II ZR 88/02, ZIP 2004, 1104, 1106). Zu den für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umständen gehört, sofern die Anlagegesellschaft - wie hier in den ersten Jahren - im Wesentlichen in eine Beteiligung an einem dritten Unternehmen investiert, die Darstellung des Geschäftsmodells dieses Unternehmens sowie der damit verbundenen Chancen und Risiken.

19 Der Prospekt vom 17. März 2004 stellte das Geschäftsmodell der I. , in die die M. in den ersten Jahren im Wesentlichen investierte, nicht richtig dar. Der Emissionsprospekt sah den Aufbau eines Vertriebs durch Exklusiv-

vertreter vor, während tatsächlich mit den Anlagegeldern Mehrfachagenten geworben und geschult werden sollten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich daraus, dass die Vertriebsmitarbeiter in den von der I. vermittelten Produktionsbereichen exklusiv für die I. tätig werden "sollen", nicht entnehmen, dass ihre ausschließliche Tätigkeit für die I. erst als am Ende des Vertriebsaufbaus erreichbares Ziel vorgesehen war. Auch wenn - wie das Berufungsgericht meint - ein Vertriebsnetz mit Exklusivvertretern im Regelfall nur über ein Vertriebsnetz von Mehrfachvertretern entwickelt werden könnte, rechtfertigt dies die Fehlinformation nicht, sondern war selbst mitteilungspflichtig. Für die Bewertung der mit dem Geschäftsmodell der I. verbundenen Chancen und Risiken, insbesondere den Ertrag der eingesetzten Mittel, ist es von Bedeutung, ob es als so zugkräftig einzuschätzen ist, dass die mit den eingeworbenen Anlegergeldern geschulten Mitarbeiter ausschließlich Produkte der I. vertreiben können, oder ob sie daneben auch andere Vermögensanlagen vermitteln, so dass die von den Anlegern aufgebrachten Mittel für die Schulung ihren Zweck möglicherweise verfehlen und der zu erwartende Ertrag für die I. entfällt oder jedenfalls geringer ausfällt.

20 b) Der Beklagte zu 2 haftet - was das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus folgerichtig offen gelassen hat - als Prospektverantwortlicher.

21 Neben den Initiatoren, Gründern und Gestaltern der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden oder beherrschen (Senat, BGHZ 177, 25 Tz. 12; 123, 106, 109 f.; 83, 222, 223 f.; 79, 337, 340 ff.; 72, 382, 387; 71, 284, 287 ff.; BGHZ 115, 213, 217 f.), haften auch die Personen, die hinter der Gesellschaft stehen, auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Modells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen (Senat, BGHZ 79, 337, 340/348; BGHZ 158, 110, 115; 115, 213, 217 f.; BGH, Urt. v. 14. Juni 2007 - III ZR 185/05, NJW-RR 2007, 1479 Tz. 11; v. 27. Januar 2004

- XI ZR 37/03, ZIP 2004, 606, 609; v. 1. Dezember 1994 - III ZR 93/93, WM 1995, 344, 345). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Hintermänner nach außen in Erscheinung getreten sind (Senat, BGHZ 79, 337, 340; 72, 382, 387; BGH, Urt. v. 14. Juni 2007 aaO). Der Beklagte zu 2 war ein solcher Hintermann. Er stand hinter der M. und hatte auf ihr Geschäftsgebaren besonderen Einfluss. Er hatte bereits aufgrund seiner Beteiligung an den hinter der M. stehenden Gesellschaften eine so einflussreiche Stellung, dass gegen seinen Willen keine Entscheidungen getroffen werden konnten. Er war mit 50 % an der D. GmbH beteiligt, die ihrerseits mit 50 % an der D. AG beteiligt war, der Alleingesellschafterin der DP. , der einzigen Komplementärin der Anlagegesellschaft. Der Senat hat aufgrund der im Berufungsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts von einer Beteiligung des Beklagten zu 2 an der D. GmbH in Höhe von 50 % auszugehen. Entgegen der Revisionserwiderung werden diese Feststellungen angesichts dessen durch die nicht näher begründete Angabe in dem Rechtsgutachten von Prof. Dr. A. , der Beklagte zu 2 sei nur mit 25 % an der D. GmbH beteiligt, nicht in Frage gestellt. Über die schon durch seine Beteiligung vermittelte starke Stellung hinaus sicherte dem Beklagten zu 2 besonderen Einfluss, dass er in den hinter der Anlagegesellschaft stehenden Gesellschaften Organ war und so die Geschicke der Anlagegesellschaft mittelbar lenken konnte. Er war Vorstand der D. AG, der einzigen Gesellschafterin der DP., und - zusammen mit seinem Mitgesellschafter in der D. GmbH - Aufsichtsrat der DP., der Komplementärin der M. Als Vorstand der D. AG kontrollierte der Beklagte zu 2 zugleich den Vertrieb über deren hundertprozentige Tochter, die DV. Da es für die Prospektverantwortlichkeit genügt, zu den Hintermännern zu gehören, entfällt die Verantwortlichkeit des Beklagten zu 2 nicht, wenn es neben ihm weitere "Hintermänner" gab und er nicht als einziger hinter der Anlagegesellschaft stand. Dass der Beklagte zu 2 sich selbst in einer einflussreichen Stellung sah, zeigt sein Schreiben vom

9. Dezember 2005 an die Vertriebsmitarbeiter, in dem er sich ausdrücklich als zu den Initiatoren zählend bezeichnete.

22 c) Die unzureichende Information des Klägers über die Vertriebsstruktur der I. war für die Anlageentscheidung des Klägers ursächlich.

23 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht es der Lebenserfahrung, dass ein Prospektfehler für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist (Senat, BGHZ 177, 25 Tz. 19; 79, 337, 346; Sen.Urt. v. 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Tz. 16; v. 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706, 1707; v. 1. März 2004 - II ZR 88/02, ZIP 2004, 1104, 1106; v. 14. Juli 2003 - II ZR 202/02, ZIP 2003, 1651, 1653). Diese Vermutung kann allerdings widerlegt werden. Davon ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn der Prospekt bei dem konkreten Vertragsschluss keine Verwendung gefunden hat (Sen.Urt. v. 3. Dezember 2007 aaO Tz. 16). Widerlegt ist die Vermutung indessen nicht schon durch den Nachweis, der Anleger habe den Prospekt nicht ausgehändigt erhalten und gelesen. Verwendung findet der Prospekt nämlich schon dann, wenn er den Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage dient (Sen.Urt. v. 3. Dezember 2007 aaO Tz. 17; v. 14. Juli 2003 aaO). Dazu genügt es, dass der Prospekt dem Vertriebskonzept entsprechend die Grundlage des Beratungsgesprächs bildet (Sen.Urt. v. 3. Dezember 2007 aaO Tz. 18; BGH, Urt. v. 6. November 2008 - III ZR 290/07, juris, Tz. 18). Davon ist nach den - vom Berufungsgericht in Bezug genommenen - Feststellungen des Landgerichts auszugehen, wonach der Zeichnung der Beteiligung durch den Kläger das im Prospekt dargestellte und erläuterte Angebot zugrunde lag.

24 bb) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist die weitere Vermutung, dass der Kläger sich - über den unrichtig dargestellten Umstand zutreffend aufgeklärt - gegen die Anlage entschieden hätte, nicht widerlegt. Diese

Vermutung sichert das Recht des Anlegers, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in ein bestimmtes Projekt investieren will oder nicht (Senat, BGHZ 123, 106, 112 ff.), und gilt grundsätzlich bei allen Kapitalanlagen (Sen.Urt. v. 2. März 2009 - II ZR 266/07, ZIP 2009, 764 Tz. 6; BGH, Urt. v. 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, ZIP 2009, 1264 Tz. 22 zur Anlageberatung). Um sie zu widerlegen, muss der Aufklärungspflichtige jedenfalls darlegen, dass der einzelne Anleger den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. Die Spekulation des Berufungsgerichts, ein investitionswilliger Anleger hätte seine Anlageentscheidung nicht von einer Aufklärung über den Vertriebsaufbau abhängig gemacht, weil ein Aufbau mit Einfachagenten wirtschaftlich nicht sinnvoll gewesen sei, genügt dazu nicht, weil sie nicht auf das Verhalten des Klägers abstellt, sondern die tatsächliche Vermutung in Frage stellt.

25 III. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Weitere Feststellungen sind nicht zu treffen und nicht zu erwarten. Der Kläger hat in dem ihm vom Landgericht zuerkannten Umfang einen Anspruch gegen den Beklagten zu 2 auf Ersatz des geltend gemachten Schadens.

26 1. Der Anspruch gegen den Beklagten zu 2 ist nicht verjährt. Prospekthaftungsansprüche im engeren Sinn wegen fehlerhafter Angaben in Prospekten, die seit dem Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes vom 21. Juni 2002 (BGBl. I S. 2010) am 1. Juli 2002 veröffentlicht wurden, verjähren in entsprechender Anwendung von § 46 BörsG in einem Jahr seit dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter von dem Prospektfehler Kenntnis erlangt, spätestens drei Jahre nach dem Abschluss des Gesellschafts- oder Beitrittsvertrages (OLG München, Urt. v. 23. Mai 2007 - 20 U 5471/06, juris, Tz. 20; Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts 3. Aufl. § 6 Rdn. 211;

Schäfer/Hamann, Kapitalmarktgesetze 2. Aufl. § 46 BörsG Rdn. 9; Keunecke, Prospekte im Kapitalmarkt 2. Aufl. Rdn. 811 a.E.; offen Groß, Kapitalmarktrecht 4. Aufl. § 47 BörsG Rdn. 8; a.A. Röhricht/Graf v. Westphalen/v. Gerkan/Haas, HGB 3. Aufl. § 161 Rdn. 169). Die kurze kenntnisabhängige Verjährungsfrist für die Prospekthaftung im engeren Sinn hat der Senat in analoger Anwendung der in den gesetzlich geregelten Fällen der Prospekthaftung bestimmten Verjährungsfrist - u.a. § 47 BörsG a.F. - entnommen (vgl. Senat, BGHZ 177, 25 Tz. 23; 123, 106, 117 f.; 83, 222, 224 ff.; Sen.Urt. v. 3. Dezember 2007 aaO Tz. 29; v. 7. Juli 2003 - II ZR 18/01, ZIP 2003, 1536, 1537; v. 18. Dezember 2000 - II ZR 84/99, ZIP 2001, 369). Die Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist veranlassten (BT-Drucks. 14/8017, S. 81), treffen auch auf die Prospekthaftung im engeren Sinne zu (Assmann/Schütze aaO). Der Gesetzgeber hielt angesichts der Komplexität zahlreicher Sachverhalte eine Frist von sechs Monaten nicht für ausreichend, um die zur Vorbereitung eines Haftungsanspruchs erforderlichen Recherchen durchzuführen.

27 Der Kläger wahrte mit der im September 2006 erhobenen Klage die Dreijahresfrist. Er beteiligte sich an der M. im Juni 2004. Dass der Kläger früher als ein Jahr vor der Klageerweiterung auf den Beklagten zu 2 vom Prospektfehler Kenntnis erlangt hat, hat der Beklagte zu 2 nicht vorgetragen. Gegenüber dem Beklagten zu 1 rügte der Kläger die fehlerhafte Darstellung des Vertriebssystems der I. erstmals im April 2006, so dass sich aus seinem Prozessvortrag nicht zugunsten des Beklagten zu 2 entnehmen lässt, dass er den Prospektmangel bereits in verjährter Zeit kannte.

28 2. Der Kläger kann vom Beklagten zu 2 als Schaden 5.837,44 € sowie Freistellung von seinen Einlageverpflichtungen Zug um Zug gegen Abtretung seiner Rechte aus dem Treuhandvertrag verlangen.

29 a) Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Anleger gegen den schuldhaft handelnden Prospektverantwortlichen einen Anspruch auf Erstattung der für den Erwerb gemachten Aufwendungen - hier 5.460,00 € - gegen Rückgabe der Anlage (Senat, BGHZ 123, 106, 110). Besteht die Anlage - wie im Falle des Klägers - in seiner Vertragsposition als Treugeber, genügt es, wenn er als Zug um Zug zu gewährende Leistung die Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Treuhandvertrag anbietet. Dies hat der Kläger getan. Der Kläger hat weiter Anspruch auf Ersatz der entgangenen Anlagezinsen in Höhe von 377,44 €. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB kann der Kläger auch Freistellung von der gegenüber der G. eingegangenen Verpflichtung verlangen.

30 b) Im Zusammenhang mit der Anlage erlangte Steuervorteile muss sich der Kläger nicht anrechnen lassen. Im Wege des Vorteilsausgleichs sind die aufgrund der Anlage erzielten dauerhaften Steuervorteile anzurechnen, sofern nicht die Ersatzleistung oder eine Zug um Zug gegen die Schadensersatzleistung vorgesehene Übertragung der Beteiligung ihrerseits etwa als Betriebseinnahme nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG besteuert wird (Senat, BGHZ 159, 280, 294; BGHZ 74, 103, 114 ff.; Sen.Urt. v. 3. Dezember 2007- II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Tz. 27; v. 29. November 2004 - II ZR 6/03, ZIP 2005, 254, 257; v. 14. Januar 2002 - II ZR 40/00, DStR 2002, 778, 779; BGH, Urt. v. 6. März 2008 - III ZR 298/05, ZIP 2008, 838 Tz. 28; v. 17. November 2005 - III ZR 350/04, ZIP 2006, 573 Tz. 8). Trotz Versteuerung der Ersatzleistung sind die erzielten Steuervorteile anzurechnen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Anleger außergewöhnliche Steuervorteile erzielt hat (Sen.Urt. v. 9. Oktober 1989

- II ZR 257/88, WM 1990, 145, 148; BGH, Urt. v. 17. November 2005 aaO; v. 6. März 2008 aaO). Der Kläger hat eine Schadensersatzleistung als Betriebseinnahme zu versteuern. Für besondere Steuervorteile gibt es keine Anhaltspunkte.

Goette Caliebe Drescher

Löffler Bender

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 29.01.2007 - 18 O 273/06 -
KG Berlin, Entscheidung vom 16.01.2008 - 26 U 35/07 -