BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 75/10

Verkündet am:
23. April 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2; ZPO § 256 Abs. 2

a) Tritt eine im Prospekt prognostizierte Entwicklung nicht ein (hier: Höhe der Nettodurchschnittsverzinsung), liegt darin nur dann ein haftungsbegründender Prospektfehler, wenn die Prognose nicht durch sorgfältig ermittelte Tatsachen gestützt und - aus ex ante-Sicht - nicht vertretbar ist. Der Anspruchsteller genügt seiner Darlegungslast nicht, wenn er lediglich vorträgt, dass die Prognose sich nicht erfüllt hat.

b) Vom Schaden des Klägers im Wege der Vorteilsanrechnung abzuziehende Positionen (hier: erhaltene Ausschüttungen) können durch Zwischenfeststellungswiderklage nach § 256 Abs. 2 ZPO nur insoweit geltend gemacht werden, als sie nicht vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz entstanden sind. Die vor Schluss der mündlichen Verhandlung erlangten Vorteile sind Elemente des einheitlich zu behandelnden Schadensersatzanspruchs des Klägers, über deren Bestehen und Nichtbestehen mit der Klage entschieden wird.

BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 75/10 - KG
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterin Caliebe und die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1 werden - unter Zurückweisung der weitergehenden Revision - das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts vom 9. April 2010 teilweise aufgehoben und das Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 11. Juli 2007 teilweise abgeändert und - unter Zurückweisung der Berufung des Klägers zu 18 und der weitergehenden Berufung der Beklagten zu 1 - bezüglich des Klägers zu 18 wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger zu 18 (U. D.) 25.499,94 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 14. April 2006 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der den Kommanditanteil an der B. GmbH & Co. KG - B. Ertragsfonds 1 - betreffenden Ansprüche des Klägers zu 18 aus dem Treuhandvertrag mit der H. K. Beratung und Treuhand GmbH Steuerberatungsgesellschaft über den von dieser als Treuhandkommanditistin für den Kläger zu 18 gehaltenen Kommanditanteil über 25.564,59 € (= 50.000 DM).

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1 mit der Annahme der in Ziffer 1 bezeichneten Zug-um-Zug-Leistung in Verzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1 verpflichtet ist, dem Kläger zu 18 sämtliche finanziellen Schäden zu ersetzen, die über die unter Ziffer 1 bezifferten Schäden hinausgehen und die in der Zeichnung der Beteiligung des Klägers zu 18 an der B. GmbH & Co. KG - B. Ertragsfonds 1 - ihre Ursachen haben.

4. Im Übrigen wird die Klage des Klägers zu 18 abgewiesen.

5. Auf die Hilfszwischenfeststellungswiderklage der Beklagten zu 1 wird festgestellt, dass sämtliche Ausschüttungen, die der Kläger zu 18 nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz erhalten hat oder noch erhält, von der geltend gemachten Schadensersatzforderung in Abzug zu bringen sind.

6. Im Übrigen wird die Hilfszwischenfeststellungswiderklage abgewiesen.

   Hinsichtlich der Kosten der ersten und zweiten Instanz verbleibt es bei der Kostenentscheidung in dem angefochtenen Urteil.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Beklagten zu 1 auferlegt (§ 92 Abs. 2 ZPO).

Von Rechts wegen

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

Tatbestand:

1 Der Kläger zu 18 (künftig: der Kläger) zeichnete am 1. Dezember 1996 über eine Treuhandkommanditistin eine Beteiligung in Höhe von 50.000 DM (= 25.564,59 €) zuzüglich 5 % Agio an dem geschlossenen Immobilienfonds "B. GmbH & Co. KG - B. Ertragsfonds 1" (künftig: Fonds), der am 15. November 1996 aufgelegt worden war. Er nimmt, soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung, die Beklagte zu 1 (künftig: Beklagte), die Gründungsgesellschafterin, Konzeptionärin und Herausgeberin des Prospekts, wegen einer Vielzahl von ihm behaupteter Prospektmängel auf Schadensersatz aus Prospekthaftung im weiteren Sinne in Anspruch.

2 Er hat von der Beklagten Rückzahlung seines Einlagebetrags unter Abzug der bis einschließlich 2005 erhaltenen Ausschüttungen zuzüglich 4 % entgangenen Gewinns Zug um Zug gegen Abtretung seiner von der Treuhandkommanditistin gehaltenen Beteiligung verlangt sowie die Feststellung beantragt, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Zug-um-Zug-Leistung in Verzug befinde und sie ihn von Ansprüchen der Gläubiger des Fonds aus § 172 Abs. 4 HGB sowie von sämtlichen weiteren finanziellen Schäden aus der Beteiligung freizustellen habe. Die Beklagte hat im Wege der hilfsweise erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage beantragt festzustellen, dass sämtliche Ausschüttungen, im Rahmen der Steuerveranlagung anrechenbaren Kapitalertragssteuern, Zinsertragssteuern, der Solidaritätszuschlag sowie Steuervorteile aufgrund von Verlustzuweisungen, die der Kläger insgesamt während seiner Beteiligung am Fonds erhalten hat und/oder noch erhalten wird, bei der Berechnung der geltend gemachten Schadensersatzforderungen in Abzug zu

bringen sind bzw., soweit die Forderung dann bereits beglichen worden sein sollte, zurückzuzahlen sind.

3 Das Landgericht hat von dem mit dem Zahlungsantrag des Klägers geltend gemachten Betrag dessen Steuervorteile aus der Beteiligung bis zum Jahre 2005 abgezogen, den Klageanträgen im Übrigen stattgegeben und die Hilfszwischenfeststellungswiderklage abgewiesen. Die hiergegen gerichteten Berufungen des Klägers und der Beklagten hatten keinen Erfolg. Gegen die Zurückweisung ihrer Berufung wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der sie ihre Anträge in vollem Umfang weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Beklagte sei Adressatin der Prospekthaftung im weiteren Sinne auch im Verhältnis zu dem Kläger als Treugeber/mittelbaren Kommanditisten, da der Kläger nach den Regelungen im Gesellschafts- und Treuhandvertrag im Innenverhältnis einem unmittelbaren Gesellschafter gleichgestellt sei. Der Schadensersatzanspruch des Klägers sei im vom Landgericht zugesprochenen Umfang begründet, da der Prospekt fehlerhaft sei. Ein Fehler des Prospekts bestehe darin, dass die Verpfändung des Wertpapierdepots darin nicht erwähnt werde. Ferner sei die Angabe einer Nettodurchschnittsverzinsung von 7 % fehlerhaft. Da nach der Lebenserfahrung davon auszugehen sei, dass die Prospektfehler für die Anlageentscheidung des Klägers ursächlich gewesen seien, sei die Be-

klagte dem Kläger zum Schadensersatz in der vom Landgericht ausgeurteilten Höhe verpflichtet. Die Feststellungsanträge des Klägers seien begründet. Die Ansprüche seien nicht verjährt, da die im Prospekt enthaltenen Verjährungsregelungen nicht wirksam in den Vertrag einbezogen seien (§ 2 AGBGB) bzw. den Schadensersatz aus vorvertraglicher Pflichtverletzung nicht erfassten. Die Hilfszwischenfeststellungswiderklage sei unzulässig, da die Beklagte damit lediglich die Feststellung einzelner Voraussetzungen des einheitlich zu beurteilenden Schadensersatzanspruchs des Klägers begehre, über den bereits mit der Klage abschließend entschieden sei.

7 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung weitgehend stand.

8 1. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Gründungskommanditistin zu Recht als Haftungsadressatin einer Prospekthaftung im weiteren Sinne angesehen.

9 a) Die Prospekthaftung im weiteren Sinne knüpft als Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB an die (vor-)vertraglichen Beziehungen zum Anleger an. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bei einem Beitritt zu einer Gesellschaft, der sich durch Vertragsschluss mit den übrigen Gesellschaftern vollzieht, solche (vor-)vertraglichen Beziehungen zwischen Gründungsgesellschaftern und dem über einen Treuhänder beitretenden Kommanditisten jedenfalls dann bestehen, wenn der Treugeber nach dem Gesellschaftsvertrag wie ein unmittelbar beigetretener Kommanditist behandelt werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913; Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, ZIP 2006, 849 Rn. 7; Urteil vom 13. Juli 2006

- III ZR 361/04, ZIP 2006, 1631 Rn. 10; Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 16 m.w.N.).

10 b) So liegt der Fall hier: Nach § 4 Nr. 2 und 3 des Gesellschaftsvertrages (künftig: GV) werden die der Gesellschaft mittelbar beitretenden Treugeber im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zur Gesellschaft wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt. Dies gilt insbesondere "für die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust, an einem Auseinandersetzungsguthaben und einem Liquidationserlös sowie für die Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte, insbesondere der Stimm- und der Entnahme-(Ausschüttungs-)rechte. Insoweit erwerben die Treugeber eigene Rechte gegenüber der Gesellschaft" (§ 4 Nr. 2 GV). Weiter ist den Treugebern im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt, an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen, dort ihr Stimmrecht auszuüben und die einem Kommanditisten nach dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag zustehenden Kontroll- und sonstigen Rechte unmittelbar selbst auszuüben (§ 4 Nr. 3 GV). Zusätzlich bestimmt § 4 Nr. 6 GV, dass, "soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, ist wegen Gleichstellung im Innenverhältnis mit Gesellschafter bzw. Kommanditist im Sinne dieses Vertrages auch der mittelbar über den Treuhandkommanditisten beteiligte Treugeber gemeint".

11 Gerade aus der letztgenannten Bestimmung folgt entgegen der Ansicht der Revision, dass den Treugebern wegen ihrer Gleichstellung mit den unmittelbaren Gesellschaftern nicht nur Rechte eingeräumt sind, sondern sie im Innenverhältnis auch alle Pflichten treffen, die mit der Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters verbunden sind (siehe hierzu zuletzt BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 16 ff. m.w.N.).

12 2. Nur teilweise zu Recht rügt die Revision die Annahme des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, der Prospekt weise haftungsbegründende Fehler auf. Der Senat kann die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung uneingeschränkt überprüfen, weil der Emissionsprospekt über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus verwendet wurde und daher ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Auslegung besteht (BGH, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, ZIP 2007, 871 Rn. 6; Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 300/08, ZIP 2011, 1657 Rn. 46).

13 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss einem Anleger für seine Beitrittsentscheidung ein richtiges Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden, d.h. er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344; Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 160/02, WM 2003, 1086, 1088; Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, ZIP 2010, 176 Rn. 18; Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 66/08, ZIP 2010, 1030 Rn. 9). Dazu gehört eine Aufklärung über Umstände, die den Vertragszweck vereiteln können (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344; Urteil vom 21. Oktober 1991 - II ZR 204/90, BGHZ 116, 7, 12; Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93, ZIP 1994, 1851, 1853; Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 160/02, WM 2003, 1086, 1088). Ob ein Prospekt unrichtige oder unvollständige Angaben enthält, ist nach dem Gesamtbild zu beurteilen, das sich bei einer von dem Anleger zu erwartenden sorgfältigen und eingehenden Lektüre des Prospekts ergibt (BGH, Urteil vom 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, ZIP 1982, 923, 924; Urteil vom 28. Februar 2008 - III ZR 149/07, VuR 2008, 178 Rn. 8 m.w.N.).

14 b) Gemessen hieran ist der Prospekt hinsichtlich der Angabe der prognostizierten Nettodurchschnittsverzinsung, wie die Revision zu Recht rügt, nicht fehlerhaft; entgegen der Ansicht der Revision weist er hinsichtlich der fehlenden Angaben zur Verpfändung des Wertpapierdepots jedoch den vom Berufungsgericht angenommenen Prospektfehler auf.

15 aa) Die Annahme, in der Angabe einer prognostizierten Nettodurchschnittsverzinsung von 7 % liege ein haftungsbegründender Prospektmangel, lässt sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht rechtfertigen.

16 (1) Das Berufungsgericht begründet seine Ansicht damit, dass nach dem von dem Kläger vorgelegten Bundesbankbericht der durchschnittliche Zinssatz in Deutschland im Jahre 1998 für Festgelder durchschnittlich 2,88 % und für Wertpapiere durchschnittlich 4,5 % betragen und damit weit unter dem beworbenen Durchschnittszins gelegen habe. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger damit seiner Darlegungslast hinsichtlich einer haftungsbegründenden fehlerhaften Prognose in dem 1996 aufgelegten Prospekt nicht genügt.

17 (2) Bei Prognosen handelt es sich um zukunftsbezogene Informationen. Grundsätzlich übernimmt der Prospektherausgeber keine Gewähr dafür, dass die von ihm prognostizierte Entwicklung auch tatsächlich eintritt. Das Risiko, dass sich eine aufgrund anleger- und objektgerechter Beratung getroffene Anlegerentscheidung im Nachhinein als falsch herausstellt, trägt vielmehr der Anleger (BGH, Urteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 337/08, ZIP 2009, 2377 Rn.19; Urteil vom 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, ZIP 1982, 923, 928). Die Interessen des Anlegers sind bereits dann hinreichend gewahrt, wenn die Prognosen im Prospekt durch sorgfältig ermittelte Tatsachen gestützt und - aus ex ante-

Sicht - vertretbar sind. Prognosen sind hierbei nach den bei der Prospekterstellung gegebenen Verhältnissen und unter Berücksichtigung der sich abzeichnenden Risiken zu erstellen (BGH, Urteil vom 18. Juli 2008 - V ZR 71/07, WM 2008, 1798 Rn. 11; Urteil vom 24. Februar 1992 - II ZR 89/91, ZIP 1992, 836, 839 ff.). Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (siehe nur BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 11 ff.) ist dabei für eine Prognose, die - insbesondere für einen Zeitraum von 25 Jahren - mit erheblichen Risiken verbunden ist, von einem Prospektherausgeber zu erwarten, dass er aus den Erfahrungen in der Vergangenheit vorsichtig kalkulierend auf die Zukunft schließt.

18 Dass sich die Prognose, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, im Jahre 1998 nicht erfüllt hat, reicht damit ersichtlich zur Darlegung und Feststellung eines Prognosefehlers im Zeitpunkt der Prospektherausgabe 1996 nicht aus. Feststellungen zu den bei der Prospektherausgabe gegebenen Verhältnissen und aus der Vergangenheit bestehenden Erfahrungen mit einer durchschnittlichen Nettoverzinsung hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

19 bb) Entgegen der Ansicht der Revision frei von Rechtsfehlern ist die Annahme des Berufungsgerichts, der Umstand, dass der Anleger im Prospekt nicht darauf hingewiesen worden sei, dass das Wertpapierdepot, das nach den Prospektangaben die Liquiditätsrücklage bilden sollte, an die darlehensgebende Bank verpfändet werden sollte, stelle einen haftungsbegründenden Prospektfehler dar.

20 Zwar trifft es zu, dass die Verpfändung eines Wertpapierdepots (auch) bei der Gewährung von Darlehen ein durchaus bankübliches Sicherungsmittel ist. Hier wurde dem Anleger jedoch durch die Angaben in der Ertrags-/Liquiditätsberechnung und den dazu gegeben Erläuterungen (Prospekt S. 45

Nr. 14, S. 46 f., S. 49 Nr. 13) der Eindruck vermittelt, der Fonds könne jederzeit, wenn dies erforderlich sein sollte, auf das Wertpapierdepot zurückgreifen und Papiere daraus veräußern, um die Liquidität des Fonds sicherzustellen. Ab dem Jahr 2002 sollte sogar planmäßig auf das Wertpapierdepot zugegriffen werden, um die Ausschüttungen an die Anleger leisten zu können: Nach der Ertrags-/Liquiditätsberechnung war ab dem Jahr 2002 davon auszugehen, dass die Einnahmen die Ausgaben nicht mehr decken würden und die prognostizierten Ausschüttungen deshalb nur durch einen Rückgriff auf das Wertpapierdepot gewährleistet waren. Infolge der Verpfändung des Depots war aber weder vor noch nach 2002 die Veräußerung der Wertpapiere zur Schließung einer unerwartet auftretenden, realistischerweise bei einem solchen Investitionsvolumen nie völlig auszuschließenden bzw. der (sogar) prognostizierten Liquiditätslücke möglich. Diese mit der Verpfändung verbundene Gefahr mangelnder Liquidität des Fonds - und sei es nur bezüglich der Gewährleistung der Ausschüttungen, die der Anleger regelmäßig in seine persönliche Finanzplanung einbezieht - ist ein den Vertragszweck möglicherweise gefährdender Umstand und damit für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung.

21 3. Der festgestellte Prospektfehler war, wie das Berufungsgericht weiter zutreffend erkannt hat, für die Anlageentscheidung des Klägers ursächlich. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht es der Lebenserfahrung, dass ein Prospektfehler für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 346; Urteil vom 1. März 2004 - II ZR 88/02, ZIP 2004, 1104, 1106; Urteil vom 2. Juni 2008 - II ZR 210/06, BGHZ 177, 25 Rn. 19; Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Rn. 16; Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, ZIP 2010, 176 Rn. 23). Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens 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 (BGH, Urteil vom 5. Juli 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 112 ff.; Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, ZIP 2009, 764 Rn. 6). Bei einem Immobilienfonds, von dem der durchschnittliche Anleger Werthaltigkeit erwartet, ist regelmäßig davon auszugehen, dass er bei richtiger Aufklärung über wichtige, die Werthaltigkeit der Anlage (negativ) beeinflussende Umstände dem Fonds nicht beigetreten wäre, auch wenn er mit erheblichen Steuervorteilen geworben wurde (BGH, Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, ZIP 2009, 764 Rn. 6; Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 66/08, WM 2010, 972 Rn. 19; Urteil vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, ZIP 2006, 568 Rn. 24). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt allenfalls bei hochspekulativen Geschäften in Betracht (BGH, Urteil vom 13. Juli 2008 - XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58, 66 f.; vgl. aber Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, ZIP 2009, 1264 Rn. 22 zur grundsätzlich geltenden Kausalitätsvermutung), zu denen die Beteiligung an einem Immobilienfonds grundsätzlich nicht gehört (BGH, Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 66/08, WM 2010, 972 Rn. 19; Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 18; Urteil vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, ZIP 2006, 568 Rn. 24).

22 Das Verschulden der Beklagten wird bei einer Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 BGB) nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

23 4. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht den Betrag der gezahlten Einlage der Schadensberechnung zugrunde gelegt.

24 a) Zur Feststellung des Schadens des Klägers kommt es nicht auf eine fehlende Werthaltigkeit der Beteiligung und - entgegen der Ansicht der Beklagten - auch nicht auf das Vorhandensein von Garantien und Andienungsrechten an. Grund für die Haftung der Beklagten ist vielmehr der Eingriff in das Recht des Klägers, zutreffend informiert über die Verwendung seines Vermögens

selbst zu bestimmen und sich für oder gegen die Anlage zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 112 f.; Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, ZIP 2009, 764 Rn. 6). Der Schaden des nicht pflichtgemäß aufgeklärten Anlegers besteht daher bereits in dem Erwerb der bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht vorgenommenen Beteiligung. Ist der Kläger durch die unzutreffende Aufklärung dazu veranlasst worden, dem Fonds beizutreten, kann er verlangen, im Wege der Naturalrestitution so gestellt zu werden, als wenn er sich an dem Fonds nicht beteiligt hätte, und hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung der für den Erwerb der Anlage gemachten Aufwendungen abzüglich erhaltener Ausschüttungen gegen Rückgabe der Anlage.

25 b) Gegen die - für sie günstige - Berechnung des ersatzfähigen Schadens des Klägers wendet sich die Beklagte zu Recht nicht.

26 5. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung für unbegründet gehalten.

27 Die im Emissionsprospekt und im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Verjährungsklauseln sind unwirksam.

28 a) Bei der im Emissionsprospekt (S. 62) verwendeten Klausel

> "Alle etwaigen Schadensersatzansprüche aus der Beteiligung verjähren mit Ablauf von sechs Monaten seit Kenntniserlangung des Anlegers von den unzutreffenden und/oder unvollständigen Angaben, spätestens jedoch drei Jahre nach Beitritt zu der Beteiligungsgesellschaft"

handelt es sich zwar - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - um eine nach § 2 AGBG (= § 305 Abs. 2 BGB) durch die Erklärungen in der Beitrittserklärung in das Vertragsverhältnis der Parteien einbezogene Allgemeine Ge-

schäftsbedingung; die Klausel ist jedoch, anders als die Revision meint, (jedenfalls) nach § 11 Nr. 7 AGBG (§ 309 Nr. 7b BGB) unwirksam.

29 aa) Diese Klausel des Emissionsprospekts unterliegt der AGB-rechtlichen Kontrolle, da es sich nicht um eine gesellschaftsvertragliche Regelung handelt und daher die Bereichsausnahme nach § 23 Abs. 1 AGBG (§ 310 Abs. 4 BGB) nicht einschlägig ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2002 - II ZR 41/00, juris Rn. 24; Urteil vom 11. Dezember 2003 - III ZR 118/03, ZIP 2004, 414, 415 f.; Urteil vom 19. November 2009 - III ZR 108/08, BGHZ 183, 220 Rn. 11 ff.).

30 bb) Die Klausel schließt - wenn auch nur mittelbar - die Haftung auch für grobes Verschulden aus. Als Begrenzung der Haftung für grobe Fahrlässigkeit im Sinne des Klauselverbots nach § 11 Nr. 7 AGBG (§ 309 Nr. 7b BGB) sieht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung auch eine generelle Verkürzung der Verjährungsfrist an (BGH, Urteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07, ZIP 2008, 1481 Rn. 34 f.; Urteil vom 6. November 2008 - III ZR 231/07, WM 2008, 2355 Rn. 17; Urteil vom 18. Dezember 2008 - III ZR 56/08, NJW-RR 2009, 1416 Rn. 20 f. m.w.N.; Urteil vom 23. Juli 2009 - III ZR 323/07, juris Rn. 8). Die Verjährungsbeschränkung befasst sich zwar nicht unmittelbar mit der Frage des Haftungsmaßes. Da sie keine Ausnahme enthält, ist davon auszugehen, dass alle Ansprüche unabhängig von der Art des Verschuldens erfasst werden. Mittelbar führt die generelle Verkürzung der Verjährungsfrist also dazu, dass die Beklagte zu 1 nach Fristablauf die Verjährungseinrede hinsichtlich aller etwaigen Schadensersatzansprüche unabhängig von dem jeweiligen Haftungsmaßstab erheben kann und so ihre Haftung für jedwede Art des Verschuldens entfällt. Die Klausel lässt es nicht zu, sie auf einen unbedenklichen Inhalt zurückzuführen (s. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 45).

31 b) Ob die Ansicht des Berufungsgerichts zutrifft, die Klausel in § 12 Nr. 2 GV

> "Schadensersatzansprüche der Gesellschafter untereinander verjähren drei Jahre nach Bekanntwerden des haftungsbegründenden Sachverhalts, soweit sie nicht kraft Gesetzes einer kürzeren Verjährung unterliegen. Derartige Ansprüche sind innerhalb von sechs Monaten nach Kenntniserlangung von dem Schaden gegenüber dem Verpflichtenden schriftlich geltend zu machen"

erfasse Schadensersatzansprüche aus vorvertraglichen Pflichtverletzungen nicht, kann dahingestellt bleiben. Die Klausel ist ebenfalls unwirksam.

32 aa) Der Senat kann die im Emissionsprospekt für eine Vielzahl von Gesellschaftsverträgen vorformulierten Vertragsbedingungen selbst frei auslegen, weil sie von der Beklagten bundesweit gegenüber zahlreichen Anlegern, mithin über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus, verwendet wurden. Das gilt nach Sinn und Zweck dieser revisionsrechtlichen Auslegungskompetenz unabhängig davon, ob es sich hier um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des AGB-Gesetzes oder um gesellschaftsvertragliche Regelungen handelt, die zwar unter die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG bzw. § 310 Abs. 4 BGB nF fallen mögen, jedoch - entsprechend der Rechtsprechung des Senats zu Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften - einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen.

33 bb) Es bedarf hier keiner Entscheidung darüber, ob die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG bzw. des § 310 Abs. 4 BGB nF im Hinblick auf die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 vom 21. April 1993, Seite 29-34) nicht eingreift, wenn sich Verbraucher an Publikumsgesellschaften beteiligen (so OLG Frankfurt/M., NJW-RR 2004, 991, 992 m.w.N.; OLG Oldenburg, NZG 1999, 896; KG, WM 1999, 731, 733; MünchKommBGB/Basedow, 5. Aufl.,

§ 310 Rn. 86; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 310 Rn. 49 m.w.N.; a.A. Ulmer/Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 310 Rn. 120 m.w.N.), oder ob Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften weiterhin einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle (§ 242 BGB) wie Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen (BGH, Urteil vom 14. April 1975 - II ZR 147/73, BGHZ 64, 238, 241 ff.; Urteil vom 27. November 2000 - II ZR 218/00, ZIP 2001, 243, 244; Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, ZIP 2006, 849 Rn. 9; kritisch MünchKommHGB/Grunewald, 3. Aufl., § 161 Rn. 124 f.). Denn die verjährungsverkürzende Klausel hält auch einer individualvertraglichen Billigkeitskontrolle gemäß §§ 157, 242 BGB nicht stand, da sie ohne ausreichenden sachlichen Grund einseitig die Belange der Gründungsgesellschafter zu Lasten der berechtigten Interessen der Anlagegesellschafter bevorzugt. Aufgrund der Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis auf weniger als fünf Jahre ist die Klausel unwirksam (BGH, Urteil vom 14. April 1975 - II ZR 147/73, BGHZ 64, 238, 241 f.; Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, ZIP 2006, 849 Rn. 9; Urteil vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04, ZIP 2006, 1631 Rn. 14).

34 cc) An dieser Rechtsprechung ist trotz der Angleichung der Verjährungsvorschriften festzuhalten (s. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 51). Die Frage der Unwirksamkeit einer Vereinbarung über die Verjährungsfrist in der Klausel eines Gesellschaftsvertrages wird von der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 6 EGBGB nicht berührt. Es kann zu keiner Heilung kommen, da jedes Rechtsgeschäft grundsätzlich nach dem Zeitpunkt seiner Vornahme zu beurteilen ist (Peters in Staudinger, BGB Neubearbeitung 2003, Art. 229 § 6 EGBGB Rn. 9 und 25). Die Klausel war nach bisherigem Recht unwirksam und bleibt es deshalb auch, selbst wenn sie jetzt im Rahmen des § 202 BGB nF zulässig wäre. Allein maßgeblich für die Beurteilung der Haftung der Beklagten zu 1 ist nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB das

Recht zum Zeitpunkt des Beitritts des Klägers, da der haftungsbegründende und -ausfüllende Tatbestand eines Schadensersatzanspruchs bereits im Zeitpunkt des Beitritts gegeben ist (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706, 1707; Urteil vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rn. 24 m.w.N.).

35 6. Die Revision hat (weiter) keinen Erfolg, soweit das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten hinsichtlich der Anträge auf Feststellung des Annahmeverzugs und der Verpflichtung der Beklagten, alle weiteren Schäden des Klägers aus seiner Fondsbeteiligung zu ersetzen (§ 249 BGB), zurückgewiesen hat. Hiergegen wird von der Revision auch nichts erinnert. Die Zug-um-Zug-Verurteilung hat der Senat im Hinblick auf die Stellung des Klägers als Treugeber klarstellend gefasst.

36 7. Zu Recht rügt die Revision allerdings als rechtsfehlerhaft, dass das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, soweit sie sich gegen die vom Landgericht zu Gunsten des Klägers ausgeurteilte Feststellung gewehrt hat, diesen von Zahlungsansprüchen bis zur Höhe aller im Zeitpunkt der Inanspruchnahme erhaltenen Ausschüttungen freizustellen, die Gläubiger des Fonds aufgrund des Auflebens der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB unmittelbar gegen den Kläger (Treugeber) geltend machen (Klageantrag zu 3).

37 a) Dieser Feststellungsantrag ist jedenfalls unbegründet. Auch wenn man als richtig unterstellt, die Ausschüttungen an die Anleger beruhten nicht auf erwirtschafteten Renditen, sondern seien als (teilweise) Einlagenrückgewähr zu werten, kommt eine Inanspruchnahme des Klägers nach §§ 171, 172 HGB nicht in Betracht. Da der Kläger selbst nicht Kommanditist, sondern als Treugeber nur wirtschaftlich über die Treuhandkommanditistin an der Fondsgesellschaft

beteiligt ist, ist nicht er, sondern die Treuhänderin Anspruchsgegnerin eines auf §§ 171, 172 HGB gestützten Anspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1980 - II ZR 250/78 - BGHZ 76, 127, 130 f.; Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, ZIP 2010, 1646 Rn. 33, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 186, 205; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, ZIP 2011, 906 Rn. 10 m.w.N.). Auch Gläubiger der Gesellschaft können ihn insoweit nicht in Anspruch nehmen (BGH, Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08, NZG 2009, 380 Rn. 35; Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 148/08, ZIP 2009, 1266 Rn. 15), so dass es an einer Grundlage für eine mögliche Freistellungsverpflichtung fehlt (BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, ZIP 2010, 1646 Rn. 33, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 186, 205; Urteil vom 23. Juli 2009 - III ZR 323/07, juris Rn. 20).

38 b) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung lässt sich der Antrag auch nicht damit begründen, eine sinngemäße Auslegung des Klageantrags zu 3) ergebe, dass es dem Kläger dabei um die Freistellung von Zahlungspflichten gehe, die ihren Ursprung im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder hätten. Es sei nicht auszuschließen, dass der Kläger Dritten gegenüber aus abgetretenem Recht des Treuhänders zahlungspflichtig sei (siehe hierzu BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, ZIP 2011, 906 ff., zVb in BGHZ 189, 45). Selbst bei einer solchen Auslegung wäre der Klageantrag zu 3) abzuweisen; die damit verbundene Rechtsfolge ist bereits von dem vom Berufungsgericht zu Recht zuerkannten Klageantrag zu 4) (Feststellung der Pflicht der Beklagten, dem Kläger weitere durch die Beteiligung entstandene Schäden zu ersetzen) umfasst.

39 8. In geringem Umfang hat die Revision auch Erfolg, soweit die Beklagte sich gegen die vollständige Abweisung ihrer Hilfszwischenfeststellungswiderklage wendet. Die Widerklage ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nur teilweise unzulässig. Im Umfang ihrer Zulässigkeit ist sie jedoch lediglich

hinsichtlich der an den Kläger möglicherweise noch erfolgenden Ausschüttungen begründet.

40 a) Das Berufungsgericht hat die Zulässigkeit des Zwischenfeststellungsantrags rechtsfehlerfrei verneint, soweit dieser vom Schaden des Klägers abzuziehende Positionen (Ausschüttungen bzw. eventuelle Steuervorteile) zum Gegenstand hat, die bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen (Tatsachen-)Verhandlung angefallen sind. Insoweit handelt es sich um einzelne Voraussetzungen/Elemente des einheitlich zu behandelnden Schadensersatzanspruchs des Klägers, über deren Bestehen oder Nichtbestehen bereits mit der Klage entschieden worden ist.

41 b) Zulässig ist die Feststellungswiderklage jedoch insoweit, als sie Abzugsposten zum Gegenstand hat, die in dem auf den Tag der letzten mündlichen Verhandlung errechneten Zahlungsantrag nicht als "Elemente" enthalten sind. Insoweit zielt die Zwischenfeststellungswiderklage auf die - vorgreifliche - Feststellung von Pflichten, die sich aus dem Rechtsverhältnis der Parteien ergeben, nämlich auf die Pflicht des Klägers, sich im Rahmen der Vorteilsausgleichung aus dem schädigenden Ereignis erlangte Vorteile anspruchsmindernd auf seinen Schaden anrechnen zu lassen. Für eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO genügt die bloße Möglichkeit, dass aus dem streitigen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien weitere Ansprüche erwachsen (BGH, Urteil vom 17. Mai 1977 - VI ZR 174/74, BGHZ 69, 37, 42 m.w.N.; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 26 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Kläger nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz bis zu seinem endgültigen Ausscheiden aus dem Fonds noch anrechenbare Vorteile erlangt.

42 c) Soweit die Feststellungswiderklage zulässig ist, ist sie nur im Umfang der nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug möglicherweise noch erfolgenden Ausschüttungen, nicht jedoch bezüglich eventueller "im Rahmen der Steuerveranlagung anrechenbarer Kapitalertragssteuern, Zinsertragssteuern, Solidaritätszuschlag sowie Steuervorteile aufgrund von Verlustzuweisungen, die der Kläger insgesamt während seiner Beteiligung an der B. GmbH & Co. KG - B. Ertragsfonds 1 - erhalten hat und/oder noch erhalten wird" begründet.

43 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheidet aufgrund typisierender Betrachtungsweise (§ 287 ZPO) eine Vorteilsanrechnung bezogen auf die steuerlichen Vorteile, die der Anleger aus seiner Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds erlangt hat, im Rahmen des nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB geltend gemachten Schadensersatzes grundsätzlich aus, wenn die entsprechende Schadensersatzleistung ihrerseits der Besteuerung unterworfen ist (siehe nur BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, BGHZ 186, 205 Rn. 36 ff.; Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 25 f., jew. m.w.N.). Soweit die Schadensersatzleistung - als Rückfluss der zuvor angefallenen Betriebsausgaben oder Werbungskosten als Einnahme entweder nach § 15 oder nach § 21 EStG - vom Anleger zu versteuern ist, ohne dass es bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise darauf ankommt, ob der Anleger die Schadensersatzleistung tatsächlich versteuert (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, BGHZ 186, 205 Rn. 49), sind die erzielten Steuervorteile nur dann anzurechnen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Anleger derart außergewöhnliche Steuervorteile erzielt hat, dass es unbillig wäre, ihm diese zu belassen (BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, BGHZ 186, 205 Rn. 36; Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 25 f., jew. m.w.N.).

44 Dass die für derartige außergewöhnliche Vorteile darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, ZIP 2010, 1397 Rn. 25 f.; Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, BGHZ 186, 205 Rn. 36 ff., 45; Urteil vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09, ZIP 2011, 868 Rn. 8 ff., jew. m.w.N.) dahingehenden Vortrag gehalten hat, wird von der Revision nicht aufgezeigt und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Bergmann Caliebe Drescher

Born Sunder

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 11.07.2007 - 23 O 100/05 -
KG, Entscheidung vom 09.04.2010 - 14 U 156/07 -