
Datum: 10.12.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 34 U 87/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:1210.34U87.15.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 3 O 162/14

Tenor:

Auf die Berufungen der Beklagten wird das am 27.02.2015 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund – 3 O 162/14 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits und die außergerichtlichen Kosten der Streithelferin werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Gegenstandswert für den Rechtsstreit erster und zweiter Instanz wird auf insgesamt 41.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

A.

1

2

3

Der Kläger beteiligte sich – unter Mitwirkung der Firma B3 – am 12.12.2007 mit einem Betrag von 40.000,00 € als Treugeber-Kommanditist an der Fondsgesellschaft G GmbH & Co. G2 KG.	
Der Emissionsprospekt zum streitgegenständlichen Fonds wurde von der B2 Beteiligungs-GmbH herausgegeben. Der Prospekt wurde unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Q, seinerzeit Partner bei der Streithelferin erstellt. Er datiert vom 06.11.2007 und wurde am 22.11.2007 erstmals in der D und korrigiert nochmals am 19.12.2007 in der Börsenzeitung veröffentlicht.	4
Der Kläger rügt diverse Prospektfehler, für die die Beklagten gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB sowie gemäß § 826 BGB hafteten.	5
Die Klage richtet sich gegen folgende Beteiligte:	6
Die frühere Beklagte zu 1, die C mbH ist die Treuhandkommanditistin, über die sich die Anleger an der Gesellschaft beteiligten, sie ist außerdem Gründungsgesellschafterin. Über ihr Vermögen wurde durch Beschluss des Insolvenzgerichts (AG Bielefeld, Az. 43 IN 92/14) vom 24.04.2014 das Insolvenzverfahren eröffnet. Das Verfahren ist insoweit seit der am 14.02.2014 erfolgten Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots (§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. InsO) durch das AG Bielefeld, Az. 43 IN 92/14, gemäß § 240 ZPO unterbrochen. Das Landgericht hat daraufhin das Verfahren gegen die C abgetrennt.	7
Der Beklagte zu 1 ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der B2 Beteiligungs-GmbH, die Herausgeberin des Beteiligungsprospekts, zudem Komplementärin des Fonds und Gründungsgesellschafterin ist. Er ist außerdem Geschäftsführer und Alleingesellschafter der weiteren Gründungskommanditistin, der B GmbH.	8
Der Beklagte zu 2 ist der Sohn des Beklagten zu 1 und Geschäftsführer der H sowie der H2 mit Sitz in H3, die wiederum mit 95% Mehrheitsgesellschafterin der H ist.	9
Bei dem G4 handelte es sich um die vorletzte von insgesamt sieben Beteiligungsgesellschaften, die in kurzer Zeit von der in Gütersloh ansässigen G-Gruppe aufgelegt worden waren. Die G5 waren als geschlossene Immobilienfonds mit kurzer Laufzeit konzipiert, die als sog. Projektentwicklungsfonds die Errichtung und Vermarktung einer Immobilie zum Gegenstand hatten. Ausweislich des Fondsprospekts zu G4 betrug die Summe der eingeworbenen Anlegergelder bei den G5 insgesamt 79,9 Mio. €, bei G4ca. 25 Mio. € (vgl. vordere Umschlagklappe des Prospekts).	10
Der G4 Fonds war als vermögensverwaltender Fonds mit kurzer Laufzeit konzipiert, bei dem das Kommanditkapital in den Erwerb von Genussrechten einer Kapitalgesellschaft in H3 investiert werden sollte. Ebenso wie der Nachfolgefonds G6 war der G4 konzeptionell darauf ausgerichtet, dass die Anleger über die Genussrechte „indirekt am boomenden Immobilienmarkt von H3“ teilnehmen (vgl. S. 9 des Prospekts).	11
Im Kapitel „Wesentliche Risiken der Beteiligung“, in dem mehrfach auf das Risiko eines Totalverlusts hingewiesen wird, heißt es (S. 13):	12
<i>„Bei Nichteintritt der Prognosen kann es zum Totalverlust der gezeichneten Einlage (inkl. Agio) kommen. Das Beteiligungsangebot richtet sich deshalb an erfahrene Anleger, die solche Verluste im Rahmen einer entsprechenden Portfolio-Mischung in Kauf nehmen können.“</i>	13
Der Gegenstand der Fondsgesellschaft wird im Gesellschaftsvertrag angegeben als:	14

„Beteiligung an Gesellschaften in den VAE (Vereinigten Arabischen Emiraten), die den Erwerb und Weiterverkauf von unbebauten und bebauten Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten und/oder von projektierten oder erstellten Wohn- oder Gewerbeimmobilien aller Art sowie allen damit zusammenhängenden Dienstleistungen (wie zum Beispiel Architektur- und Planungsleistungen, Verwaltung, Maklertätigkeit) zum Unternehmensgegenstand haben. Die Beteiligung an solchen Unternehmen kann in jedweder Art, insbesondere auch in schuldrechtlicher Form, als Fremd- oder Eigenkapital erfolgen“ (§ 2 Nr. 1, S. 81 des Prospekts).

Auf S. 65 heißt es dazu erläuternd:

„Anlagegegenstand der Fondsgesellschaft ist eine fremdkapitalähnlich ausgestaltete Genussrechtsbeteiligung an der H in H3. Diese Genussrechtsschuldnerin ist eine Körperschaft nach dem Recht der Vereinigten Arabischen Emirate, deren 95 prozentige Anteilseignerin die H2 ist. Die Fondsgesellschaft kann an den Gewinnen der Genussrechtsschuldnerin partizipieren, indem sie von Zeit zu Zeit Genussrechte verkauft. Die Kaufpreise der Genussrechte werden in erster Linie von der Höhe der von der Genussrechtsschuldnerin realisierten Gewinne bestimmt. Der erste Verkauf von Genussrechten soll nicht vor Ablauf eines Jahres nach Vollplatzierung bzw. Fondsschließung erfolgen, so dass auf der Ebene des Anlegers steuerfreie Veräußerungsgewinne vereinnahmt werden können.“

Konzeptgemäß konnte und sollte die Fondsgesellschaft ihre Gewinne allein durch den Handel mit den Genussrechten erzielen. Während der durch die Genussrechte verbrieft Gewinnanspruch gegen die Genussrechtsschuldnerin, die H (im Folgenden: H) erst Ende 2018 fällig wurde (S. 14 des Prospekts), sollte der Fonds selbst hingegen schon Ende 2011 aufgelöst werden.

S. 11 des Prospekts:

„Durch Veräußerung von Genussrechten nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist werden auf Ebene des Fonds steuerfreie Veräußerungsgewinne erzielt.“

S. 13 des Prospekts:

„Ob und in welchem Umfang der Anleger die prognostizierten Ausschüttungen erhält, hängt im Wesentlichen vom wirtschaftlichen Erfolg der H (im Folgenden Genussrechtsschuldnerin) ab. Alle Risiken, die die Gewinnsituation der Genussrechtsschuldnerin beeinträchtigen, vermindern die Werthaltigkeit der Genussrechte und damit den durch eine Veräußerung der Genussrechte zu erzielenden Gewinn der Fondsgesellschaft.“

S. 14 des Prospekts:

„Verkaufsrisiko der Genussrechte

Die Gewinnberechtigung durch das Genussrecht wird erst zum 31.12.2018 fällig. Während der Fondslaufzeit können deshalb Gewinne in der Fondsgesellschaft nur durch die Veräußerung von Genussrechten realisiert werden. Unabhängig vom Geschäftserfolg der Genussrechtsschuldnerin besteht dadurch stets das Risiko, keinen Erwerber für die Genussrechte zum prognostizierten Preis zu finden.“

S. 29 des Prospekts:

27

<i>„Seit Jahren steigen aufgrund der großen Nachfrage und begrenzten Angebots die Preise für Immobilien und Mieten – und das teilweise um mehr als 30 % p.a. Diese steile, seit mehreren Jahren anhaltende Wertentwicklung der Immobilien in H3 war die Grundlage für die Erlösprognosen im Prospekt.“</i>	
Hintergrund dieser gegenüber den G5 geänderten Fondskonzeption war das Auslaufen des Doppelbesteuerungsabkommens mit H3 zum Jahresende 2008. Die Konstruktion des Rechteerwerbs über Genussrechte, über die die Fondsgesellschaft nicht vor Ende 2018 verfügen konnte, sollte steuerfreie Einnahmen der Anleger ermöglichen.	28
Der Prospekt des G4 enthielt einen Kapitalrückflussplan (vgl. Investitions-, Finanz- und Kapitalrückflussplan Prognose, S. 46 ff. des Prospekts), der insgesamt drei Vorabausschüttungen an die Anleger in Höhe von jeweils 12 % des eingebrachten Eigenkapitals ohne Agio vorsah. Die Vorabausschüttungen sollten jeweils Mitte 2009, 2010 und 2011 erfolgen und ebenso wie die laufenden Fondskosten durch den anteiligen Verkauf von Genussrechten gedeckt werden (S. 49 des Prospekts). Dazu sollte mit dem Verkauf der Genussrechte sofort nach Ablauf der Spekulationsfrist von einem Jahr begonnen werden und immer so viele Genussrechte verkauft werden, dass die laufenden Kosten und die Ausschüttungen gesichert waren (vgl. Sensitivitätsanalyse S. 51 ff des Prospekts). Die Endausschüttung war nach dem Verkauf des verbliebenen Bestandes der Genussrechte und anschließender Auflösung der Fondsgesellschaft zum 31.12.2011 vorgesehen (S. 49 des Prospekts). Es war in der Prognose kalkuliert, dass die Genussrechte jährlich 20 % im Wert stiegen, und zwar - während der Laufzeit des Fonds bis Ende 2011 - in vier aufeinanderfolgenden Jahren (vgl. S. 49):	29
<i>„Verkaufserlöse Genussrechte</i>	30
<i>Es wird davon ausgegangen, dass die Genussrechte um rd. 20 Prozent p.a. im Wert steigen. E GmbH & Co. G4 KG verkauft jährlich jeweils zum angestrebten Ausschüttungszeitpunkt maximal so viele Anteile der Genussrechte, wie zur Ausschüttung von 12 Prozent nominal p.a. Verzinsung des Kommanditkapitals nach Abzug der laufenden Kosten erforderlich sind. Zum Ende der Laufzeit des Fonds wird der gesamte Bestand der Genussrechte verkauft.“</i>	31
Die von der Fondsgesellschaft erworbenen Genussrechte sollten dabei nicht am gesamten Gewinn der H partizipieren. Zu der Gewinndeckelung heißt es im Prospekt (S. 71 oben):	32
<i>„Der maximale Gewinnanteil beträgt jährlich 20 % nominal berechnet auf das von der Gesellschaft begründete Genussrechtskapital und die vorangegangenen Gewinnbeteiligungen.“</i>	33
Der Gewinn war im Verhältnis zu den Gesellschaftern zudem nochmals begrenzt und zwar durch den Gesellschaftsvertrag (§ 18 Ziff. 3, S. 88 des Prospekts). Danach konnte jeder Anleger – je nach Beitrittszeitpunkt – maximal zwischen 46 und 51 % seines Kapitals als Gewinnanteil erhalten. Der Rest stand gemäß § 18 Ziff. 4 der Initiatoren-Kommanditistin zu (S. 88 des Prospekts).	34
Hinsichtlich der im Prospekt zugrunde gelegten Prognosen heißt es auf Seite 13:	35
<i>„Entscheidend für die Akquisition von attraktiven Immobilienprojekten sind ausgezeichnete Kenntnisse und Kontakte im lokalen Immobilienmarkt... Die Prognosen basieren auf der Marktkennntnis und dem Marktzugang von M, der als Geschäftsführer der Genussrechtsschuldnerin fungieren wird...“</i>	36

...Die Prognosen basieren auf den Erfahrungen mit der Entwicklung des Immobilienmarktes, die E-Unternehmensgruppe im Zusammenhang mit mehreren Vorgänger-Fondsgesellschaften gewonnen hat. Die Höhe der von der Genussrechtsschuldnerin erzielbaren Gewinnmargen bei Kauf und Verkauf von Immobilienprojekten hängen wesentlich von der weiteren Wertentwicklung im lokalen Immobilienmarkt ab...

37

In dem Kapitel „Sensitivitätsanalyse Abweichung von Prognose“ auf den Seiten 51ff. finden sich Tabellen zu drei Szenarien (Rendite 20 %, 15 % und 25 % bezogen auf das Genussrechtskapital sowie jeweils drei verschiedene Wechselkurse zum Zeitpunkt der Veräußerung der Genussrechte). Diese beinhalten im Abschnitt „Finanzierungsplan/Mittelherkunft“ jeweils eine „Deckelung des Gewinns“, die in der Fußnote 1) wie folgt erläutert wird:

38

„Begrenzung des Gewinnanteils gem. Genussrechtsvereinbarung“

39

Die Sensitivätsberechnung weist in Fußnote 2 zudem auf die vom Beitrittszeitpunkt abhängige Gewinndeckelung nach § 18 des Gesellschaftsvertrages hin (S. 88 des Prospekts).

40

Zur Genussrechtsschuldnerin, der H, heißt es auf S. 34:

41

„Die Fondsgesellschaft beteiligt sich über Genussrechte indirekt an der H, Dubai, die dort den Erwerb und den Weiterverkauf von Immobilienprojekten, in unterschiedlichen Entwicklungsstadien, betreibt. Die durch die Fondsgesellschaft erworbenen Genussrechte vermitteln ein Partizipationsrecht an den Gewinnen, die die H durch den An- und Verkauf von Immobilienprojekten erzielt.“

42

Das Geschäftsmodell der H wird auf Seite 70 des Prospekts wie folgt dargestellt:

43

„Die Genussrechtsschuldnerin kann beim Erwerb und Verkauf von Immobilienprojekten grundsätzlich zwei verschiedene Arten von Vertragspositionen einnehmen: Projektentwickler und Erwerber/Verkäufer von nicht hergestellten Immobilieneinheiten. In der Position als Projektentwickler, auch in Form eines Joint Venture mit einem lokalen Partner, erwirbt die Genussrechtsschuldnerin ein Grundstück und verpflichtet sich zur Durchführung eines bestimmten Bauvorhabens... Es ist jedoch auch möglich, die Vertragsposition als Projektentwickler wieder zu übertragen... Primär möchte die Genussrechtsschuldnerin jedoch nicht als Projektentwickler auftreten, sondern lediglich Einheiten geplanter Immobilienprojekte erwerben und durch Weiterverkauf von der zwischenzeitlichen Wertsteigerung profitieren. Hier findet also ein Handel von Immobilieneinheiten (z.B. einzelne Etagen eines Hochhauses) statt, die noch nicht hergestellt sind. Auch in diesem Fall erlangt der Erwerber kein Eigentum am Objekt. Zum Projektgeschäft der Emittentin gehört auch jede Form der Gewinnbeteiligung an vergleichbaren Geschäften durch Dritte.“

44

Zur Zusammenarbeit der H mit anderen Unternehmen heißt es auf Seite 34:

45

„Sie [die H] bedient sich dabei renommierter Unternehmen vor Ort, die sie beim Immobilienhandel, der Projektentwicklung und allen damit zusammenhängenden Dienstleistungen (wie z.B. Architektur und Planungsleistungen, Verwaltung, Maklertätigkeit) unterstützen.“

46

Unter der Überschrift „Der Geschäftsbesorger und Immobilienmakler in H3“ heißt es auf Seite 35:

47

„Die H wird die H2 mit der Recherche, Evaluierung, Vermittlung und Abwicklung der Immobiliengeschäfte beauftragen.“	48
Unter „Weitere vertragliche Beziehungen und rechtliche Verhältnisse“ heißt es auf Seite 71:	49
„Managementvertrag	50
<i>Die H2 ist zu 95 Prozent an der H beteiligt. Zwischen den beiden Gesellschaften besteht ein Managementvertrag als Rahmenvereinbarung für den Kauf und Verkauf von Immobilienprojekten. Die H beauftragt die H2, bestimmte Immobilienprojekte zu erwerben bzw. zu verkaufen. Für diese Tätigkeit als Stellvertreter bzw. Kommissionär erhält die H2 eine marktübliche, auf den jeweiligen Kauf- bzw. Verkaufspreis bezogene Provision.“</i>	51
Das Geschäftsmodell des Fonds schlug wirtschaftlich fehl. Zu dem prospektierten Verkauf von Genussrechten durch die Fondsgesellschaft kam es nicht, die Genussrechte wurden stattdessen mit Sales Transfer Agreement vom 18.06.2008 an die G2 verkauft. Die Fondsgesellschaften G4 und G6 sind ohne Insolvenzverfahren im Handelsregister gelöscht und Liquidationsbilanzen erstellt worden. Die Staatsanwaltschaft Bielefeld - Az. 6 Js 36/11 - hat gegen die Beklagten zu 1 und 2 Anklage wegen gewerbsmäßiger Untreue in 109 Fällen erhoben. Das Landgericht Bielefeld hat die Eröffnung des Hauptverfahrens mit rechtskräftigem Beschluss vom 28.07.2014 abgelehnt.	52
Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben.	53
Die Streithelferin, der seitens des Beklagten zu 1 der Streit verkündet worden ist, ist mit Schriftsatz vom 27.11.2014 (Bl. 237 d.A.) auf Seiten des streitverkündenden Beklagten zu 1 dem Rechtsstreit beigetreten.	54
Der Kläger hat geltend gemacht, der Prospekt enthalte eine Vielzahl von unrichtigen vorteilhaften Angaben und verschweige verschiedene nachteilige Aspekte i.S.d. § 264a StGB.	55
Er rügt unter anderem, der Verlauf der Vorgängerfonds sei falsch dargestellt. Es seien keine Gewinne realisiert worden, sondern die Ausschüttungen stets zu Lasten des Fondsvermögens erfolgt. Bereits Anfang 2008 sei die G-Gruppe in Zahlungsschwierigkeiten geraten. Es sei ein Immobilienhandel durch die Genussrechtsschuldnerin prospektiert, während diese gar keine eigene Geschäftstätigkeit entfaltet habe und wegen der ihr – unstreitig – fehlenden Lizenz zum Handel mit Immobilien auch gar nicht habe entfalten können. Entgegen der Prospektdarstellung habe die Genussrechtsschuldnerin keine Immobilienprojekte entwickelt, vermarktet oder sonst in irgendeiner Weise durchgeführt, so dass sie über eigene Investitionsobjekte damit gar nicht verfügt habe. Darüber hinaus habe sie auch nicht die erforderlichen finanziellen Mittel besessen, um selbst am Immobilienmarkt tätig zu werden. Denn tatsächlich habe die Genussrechtsschuldnerin das Genussrechtskapital als zinsloses Darlehen an die G2 weitergeleitet und damit deren Geschäftstätigkeit finanziert. In diesem Zusammenhang seien wesentliche Verträge - u.a. Genussrechtsvereinbarungen und Gewinn-Partizipationsverträge - nicht im Prospekt dargestellt worden, ebenso wenig wie die Möglichkeit der G2, die über das gesamte Kommanditkapital der H verfügt habe, letztere aufzulösen oder zu veräußern. Wegen der fehlenden Existenz der Genussrechtsschuldnerin im Zeitpunkt des Abschlusses wesentlicher Verträge seien diese möglicherweise angreifbar oder unwirksam.	56

Weil die Anlegergelder nicht wie in der Genussrechtsvereinbarung vorgesehen auf ein Konto der Genussrechtsschuldnerin, sondern auf ein Privatkonto des Beklagten zu 2 in H3 gezahlt worden seien, seien die Genussrechte ohnehin schon nicht wirksam entstanden. Die Anlegergelder seien auch nicht wie prospektiert in H3 investiert worden. Die Zahlen in der von den Beklagten als Beleg vorgelegten Bestätigung der Wirtschaftsprüfer K deckten sich nicht mit eigenen Aufstellungen der Beklagten zu 1 und 2. Seien die in der Bestätigung genannten Investitionsbeträge der H in die verschiedenen Bauprojekte in H3 zutreffend, so hätte die Genussrechtsschuldnerin mehrfach deutlich mehr investiert, als ihr später laut profit participation agreement bei vollständigem Verkauf der Einheiten zugestanden habe. Auf die in der Person des Beklagten zu 2 bestehenden Interessenkonflikte sei nur unzureichend hingewiesen. Der Prospekt verschweige ferner, dass die eigentlich als Auftragnehmerin der Genussrechtsschuldnerin tätige G2 auch in Diensten der K2 stehe, die wiederum für die Vorgängerbeträge tätig gewesen sei. Daraus resultierten Interessenkonflikte.

Das gesamte Fondskonzept sei nicht plausibel und das Marktrisiko für den Verkauf von Genussrechten werde verharmlosend dargestellt. Kein vernünftiger Mensch sei bereit, 2018 zur Zahlung fällige Genussrechte, die bereits vom Gewinn her auf 20 % gedeckelt seien, in den Jahren 2009, 2010, und 2011 ohne einen Abschlag auf die Laufzeit zu kaufen. Der für die Genussrechte prognostizierte Wertzuwachs von 20 % p.a. und die Erlösprognosen seien nicht nachvollziehbar. Es sei vollkommen unklar, auf welcher Basis die angenommene Wertsteigerung beruhe. Ohnehin sei die Darstellung deshalb falsch, weil von Beginn an festgestanden habe, dass die Genussrechte an die G2 verkauft werden sollten. Eine Marktpreisbindung sei daher von Anfang an unwahrscheinlich gewesen. Unverständlich sei außerdem die Fußnote zur „Deckelung des Gewinns“ in den Sensitivitätsanalysen auf S. 51 ff. des Prospekts, weil der Prospekt die Genussrechtsvereinbarung nicht enthalte.

58

Der Fonds sei, wie sich aus einem „Konsolidierungskonzept“ des Rechtsanwalts Q vom 24.06.2008 ergebe, ausschließlich darauf ausgerichtet gewesen, die wirtschaftlichen Aktivitäten des Beklagten zu 2 bei einem Minimalmaß an Kontrollmöglichkeiten der Anleger zu fördern und die Gewinne der G2 und nicht der Genussrechtsschuldnerin, der H zukommen zu lassen. Der Prospekt verschweige unter Verstoß gegen die VermVerkProspV, dass die Anlage auch in Österreich vertrieben worden sei. Anlegergelder für den Fonds G6, aber auch Anlegergelder in Höhe von über 4 Mio. € des streitgegenständlichen Fonds seien u.a. für Investitionen in die Fa. F GmbH und die W GmbH und private Anschaffungen des Beklagten zu 2 verwendet worden.

59

Zudem seien die Angaben im Prospekt objektiv und vorsätzlich falsch. So habe der Beklagte zu 1 gewusst, dass es keinerlei Kontrollmöglichkeiten der Verwendung des Kapitals auf Seiten H3s gegeben habe und die H2 die eigentlich agierende Gesellschaft gewesen sei. Die Darstellung der profit participation agreements im Prospekt habe der Beklagte zu 1 entgegen dem Rat des Rechtsanwalts Q unterlassen. Auch habe er die maßgeblichen Verträge unterzeichnet, obwohl er gewusst habe, dass es zum Zeitpunkt der Unterzeichnung die Fondsgesellschaft noch gar nicht gegeben habe, so dass die Verträge schlichtweg wertlos gewesen seien. Um den geplanten, im Prospekt jedoch verschwiegenen Erwerb der Genussrechte durch die H2 sowie die Verwendung dieses Erwerbs als Prognosegrundlage habe er ebenfalls gewusst. Von einem Vorsatz des Beklagten zu 2 sei auszugehen, da er ebenfalls sämtliche maßgeblichen Verträge unterzeichnet habe.

60

Die Tätigkeit des Rechtsanwalts Q könne die Beklagten nicht entlasten. Insoweit sei auch zu bedenken, dass der Beklagte zu 1 im Rahmen der Vollständigkeitserklärung (Anlage KS 24, Anlagenband zum Schriftsatz vom 10.02.2015) erklärt habe, die Anforderungen an einen

61

Prospekt nach dem IDW-Standard (Anlage KS 25, Anlagenband) zu kennen. Daraus ergebe sich auch, dass er die Wesentlichkeit von Einzelangaben gemäß § 8 VermVerkProspVO gekannt habe.

Die Kenntnis des Beklagten zu 2 von den für die Prospekterstellung und -prüfung maßgeblichen Umständen ergebe sich aus der Anweisung des Beklagten zu 1 an ihn, im Rahmen der Prospektprüfung alle maßgeblichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Es sei davon auszugehen, dass sich entweder der Beklagte zu 2 die prospektierten Wertsteigerungen der Genussrechte schlicht ausgedacht habe in der Hoffnung, die Werte ließen sich irgendwie erreichen, oder aber es sich um reine Augenwischerei gehandelt habe. Jedenfalls habe der Beklagte zu 2 gewusst, dass es keine Grundlage für die Wertsteigerung gegeben habe. Dem Beklagten zu 2 sei auch bewusst gewesen, dass nie auch nur eine andere Investitionsform als die praktizierte angestrebt worden sei. 62

Zur Begründung eines Anspruchs gemäß § 826 BGB hat der Kläger ausgeführt, die weitschweifige Darstellung im Prospekt, die Genussrechtsschuldnerin werde selbst handeln, verstoße gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, wenn letztlich das Geld nur an Dritte für deren vermeintliche Investitionen weitergegeben werde. 63

Der Kläger hat beantragt, 64

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 40.000,00 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 65

2. festzustellen, dass die Beklagten ihm zum Schadensersatz aus vorsätzlich unerlaubter Handlung verpflichtet sind. 66

Die Beklagten haben beantragt, 67

die Klage abzuweisen. 68

Der Beklagte zu 1 sei nicht verantwortlich für den Prospekt gewesen. Im Prospekt sei als Verantwortliche die Komplementärin der Fondsgesellschaft genannt. Das Fondskonzept sei durch Rechtsanwalt Q entwickelt worden. Er habe die Beklagten umfangreich bei der Prospekterstellung beraten. Der Prospekt enthalte weder unrichtige vorteilhafte Angaben noch verschweige er nachteilige Tatsachen. 69

Zu den einzelnen Prospektfehlern hat der Beklagte zu 1 wie folgt vorgetragen: 70

Das prospektierte Fondskonzept entspreche dem geplanten. Zur Bestätigung seiner Behauptungen in Bezug auf das Fondskonzept verwende der Kläger Darstellungen, die nie oder nur deutlich geändert umgesetzt worden seien. Das Konsolidierungskonzept des Rechtsanwalts Q datiere deutlich nach Prospekterstellung und sei nie umgesetzt worden. 71

Die Sensitivitätsanalyse sei für den aufmerksamen Leser durchaus nachvollziehbar und plausibel. Die Gewinndeckelung sei ebenfalls ausreichend dargelegt. Dem Beklagten zu 1 sei auf entsprechende Nachfrage durch mehrere Gesprächspartner in H3 bestätigt worden, dass es dort einen Markt für Genussrechte an Immobilienfirmen gebe. Zwar habe es letztlich einen Veräußerungs- und Übertragungsvertrag vom 18.06.2008 mit der G2 gegeben, hierbei habe es sich jedoch nicht um einen unbedingten Kaufvertrag, sondern um eine Call-Option gehandelt. Die Option sei nie gezogen worden. Zudem sei kein Verkauf zum Nennwert erfolgt, vielmehr sei vereinbart gewesen, dass die Käuferin auch die entstandenen Gewinne zu zahlen habe. 72

Die in der Bestätigung der Wirtschaftsprüfer K genannten Investitionsbeträge seien zutreffend. Vom Kläger angeführte andere Tabellen seien lediglich interne überschlägige Berechnungen. Differenzen zwischen der Bestätigung der H und jener von K seien auf starke Wechselkursschwankungen im Jahr 2008 zurückzuführen. Anlegergelder seien nicht prospektwidrig verwendet worden (Testat K, Anlagen B 4, B 5, Anlagenband).	73
Ein Beteiligungsprospekt für den österreichischen Markt sei zwar erstellt, aber nicht herausgegeben oder Dritten überlassen worden.	74
Die Darstellung des Verlaufs der Vorgängerfonds im Prospekt sei zutreffend. Die Ausschüttungen seien bis zur Prospektauflegung prospektgemäß erfolgt. In den jeweiligen Prospekten sei nicht ausgeführt, ob die Ausschüttungen aus Gewinnen oder aus liquidem Fondsvermögen erfolgen sollten.	75
Der Beklagte zu 1 habe die Prospekterstellung der Streithelferin – namentlich Rechtsanwalt Q – überlassen, die den Prospekt in Abstimmung mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft K3 erarbeitet habe. Er habe sich auf deren Sachkunde verlassen dürfen und daher jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt. Bei Prüfung des fertiggestellten Prospekts habe er keine Fehler entdeckt. Die Vollständigkeitserklärung nach IDW S 4 habe er zwar unterzeichnet, aber weder gelesen noch deren Inhalt aufgenommen oder verstanden.	76
Der Beklagte zu 2 hat mit Nichtwissen bestritten, dass der Vermittler dem Kläger das Fondskonzept anhand des Prospekts erläutert habe. Er hat sich im Übrigen das Vorbringen des Beklagten zu 1 zu Eigen gemacht.	77
Dem Kläger sei zum Zeitpunkt des Beitritts überhaupt kein Schaden entstanden, da zu jenem Zeitpunkt das Gesellschaftsvermögen durch den Beitritt weiterer Anleger stetig angestiegen sei. Außerdem sei der Beklagte zu 2 nicht Täter eines Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a StGB. Im Gegensatz zur zivilrechtlichen Prospektverantwortlichkeit sei nicht an das typisierte Vertrauen der Anleger anzuknüpfen, sondern Täterschaft werde ausschließlich durch eigenes Handeln begründet. Bei den vom Kläger behaupteten Prospektfehlern handele es sich überwiegend um Wertungen und lediglich ins Blaue hinein aufgestellte Vermutungen, nicht jedoch um Tatsachen. Er hat weiter bestritten, dass Gelder auf sein Privatkonto geflossen und zweckwidrig verwendet worden seien. Er habe auch keinen Vorsatz in Bezug auf die Entstehung eines Schadens oder auf einen Kapitalanlagebetrug gehabt.	78
Das Landgericht hat der Klage gegen die Beklagten zu 1 und 2 stattgegeben , sie jedoch nur zur Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche aus der Beteiligung verurteilt. Der Kläger habe gegen die Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB.	79
§ 264a StGB sei Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Der objektive Tatbestand stimme mit dem der Prospekthaftung im engeren Sinne überein. Der Emissionsprospekt zum streitgegenständlichen Fonds enthalte unrichtige vorteilhafte Angaben bzw. verschweige nachteilige Tatsachen im Sinne von § 264a StGB. Die Darstellung des Fondskonzepts sei beschönigend und unrichtig (Verweis auf OLG Hamm, Urteil vom 23.01.2014 – 34 U 216/12).	80
Der zentrale Tätigkeitsbereich der Genussrechtsschuldnerin werde unzureichend und irreführend beschrieben, weil die H selbst keine Immobilien habe erwerben können. Nur wenigen, knappen Passagen des Prospekts sei zu entnehmen, dass für die Genussrechtsschuldnerin die G2 tätig werde, wobei auch die prospektierte Behauptung, jene trete als Stellvertreter oder Kommissionär auf, unzutreffend sei. Lediglich die ausschließlich	81

nachrangig erwähnte Variante einer Gewinnbeteiligung an Immobiliengeschäften durch Dritte sei praktiziert worden. Da der Erfolg der Fondsgesellschaft ausschließlich vom wirtschaftlichen Erfolg der Genussrechtsschuldnerin abhing, sei es für die Anleger von entscheidender Bedeutung gewesen, dass der Prospekt eine zumindest mittelbare Investition der Anlegergelder in Sachwerte suggerierte, die tatsächlich nie erfolgt sei.

Darüber hinaus sei die prospektierte Annahme, die Rendite aus dem Verkauf der Genussrechte werde 20 % pro Jahr betragen, nicht nachvollziehbar und plausibel. Es handele sich nicht um eine durch Fakten belegte, mithin völlig ungesicherte Fantasierendite (Verweis auf OLG Hamm, Urteile vom 16.10.2014 – 34 U 150/13 und vom 29.01.2015 – 34 U 169/13). Die angenommene Wertsteigerung der Genussrechte werde, obwohl Grundlage der Prognoserechnung und Voraussetzung für das Gelingen des Fondskonzepts, an keiner Stelle mit Tatsachen untermauert, sondern nur schlicht unter Hinweis auf den boomenden Immobilienmarkt behauptet. Es sei bereits unklar, wie sich mit den Genussrechten eines Unternehmens, das selbst auf dem Immobilien- und Bausektor in H3 überhaupt keine Marktposition eingenommen habe und hierzu ohne Lizenz auch rechtlich gar nicht in der Lage gewesen sei, überhaupt Handel treiben und noch dazu – trotz Gewinndeckelung und Laufzeit bis 2018 – jährlich eine Gewinnsteigerung von 20 % erzielen lassen sollte. 82

Beide Beklagte seien taugliche Täter eines Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a StGB. Maßgeblich sei deren Einfluss auf die Gesellschaft bei der Initiierung des infrage stehenden Prospekts. Der Beklagte zu 1 sei als Geschäftsführer aller in Deutschland tätigen Gesellschaften maßgeblich beteiligt gewesen. Der Beklagte zu 2 habe auf das Geschäftsgebaren der Fondsgesellschaft und die Gestaltung des konkreten Modells besonderen Einfluss ausgeübt. Er habe die Geschäfte aller in H3 tätigen Gesellschaften als alleiniger Geschäftsführer geführt und das Fondskonzept sei auf ihn zugeschnitten gewesen. Auch ein Verschulden der Beklagten sei zu bejahen. Sie hätten den Inhalt des Prospekts und die die Prospektfehler begründenden Tatsachen gekannt. Ein fahrlässiger Verbotsirrtum aufgrund der Hinzuziehung von Experten bei der Prospekterstellung schließe die Sanktion als Vorsatztat nicht aus. 83

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen. 84

Dagegen wenden sich die **Beklagten** mit ihren zulässig erhobenen **Berufungen** unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag. 85

Der Beklagte zu 1 meint, er sei nicht Täter im Sinne des § 264a StGB. Der Geschäftsführer einer GmbH sei nicht handelnder Täter, wenn er nicht selbst oder durch Dritte die Prospektfehler veranlasst habe. Der Beklagte habe außerdem keine Kenntnis von den festgestellten Prospektfehlern gehabt, die im Übrigen auch nicht vorlägen. Die vom Landgericht beschriebene ausschließliche Geschäftstätigkeit der Genussrechtsschuldnerin durch Gewinnbeteiligung an der G2 werde im Prospekt genannt und hinreichend beschrieben. Die Prospektverantwortlichen seien außerdem der Meinung gewesen, die Hinweise auf die seit Jahren rasant wachsende Wirtschaft in H3, das enorme Wachstum der Bevölkerung, den riesigen Bedarf an Wohnraum und die jährlichen Wachstumsquoten des Bau- und Immobiliensektors in H3 seit 2001 sowie die gestiegenen Preise für Immobilien genügten, um auf eine Rendite von 20 % für Immobilienunternehmen schließen zu können. Die Beklagten hätten diese Prognose damals für vertretbar gehalten. Zwar fehle es an einer nachvollziehbaren, kaufmännischen Regeln entsprechenden Kalkulation, diese sei nach der BGH-Rechtsprechung aber auch nicht verlangt. Er habe keine rechtlichen Kenntnisse darüber gehabt, wie solche Prognosen im Prospekt zu untermauern seien. 86

Der Beklagte zu 2 ist der Auffassung, eine angebliche Hintermanneigenschaft führe noch nicht dazu, dass er auch als prospektverantwortlicher Hintermann im Sinne des § 264a StGB qualifiziert werden könne. Der Beklagte zu 2 habe weder gesellschaftsrechtliche Funktionen bei der Fondsgesellschaft gehabt noch Einfluss auf die Geschäftsleitung durch Weisungen ausüben können. Ein rein wirtschaftliches Interesse könne nicht das entscheidende Kriterium für eine Hintermanneigenschaft sein.

Die Beklagten beantragen,

88

das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 27.02.2015 abzuändern und die Klage abzuweisen.

89

Der Kläger beantragt,

90

die Berufungen zurückzuweisen.

91

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil. Da beide Beklagte das Vorliegen von Prospektfehlern mit ihren Berufungen nicht angegriffen hätten, sei dieser Punkt einer Überprüfung durch das Berufungsgericht entzogen.

92

Die vorhandenen Fehler erfüllten auch den objektiven Tatbestand des § 264a StGB. Insofern gehe das OLG Hamm fehl, wenn es im Urteil vom 11.06.2015 (Az. 34 U 170/13) ausführe, die vom OLG selbst angenommenen Prospektfehler könnten nicht zu einer Tatbestandsverwirklichung eines Kapitalanlagebetrugs führen. Dieser Schlussfolgerung lägen die Nichtberücksichtigung der Entscheidung des BGH vom 01.03.2010 (Az. II ZR 213/08) und eine fehlerhafte Interpretation der Entscheidung des BVerfG vom 29.02.2008 (Az. 1 BvR 371/07) zu Grunde. Der Senat habe selbst – im Widerspruch zur oben genannten Entscheidung – in der Entscheidung 34 U 187/12 (dort Urteil S. 19 f.) entschieden, dem Anleger sei verschwiegen worden, dass das gesamte Genussrechtskapital in Genussrechte eines Unternehmens investiert werde, welches auf dem Immobilienmarkt gar nicht selbst auftrete. Die Tatsache, dass die Genussrechtsschuldnerin nicht über eine Lizenz zum Immobilienhandel verfügte, sei dabei ein gesonderter aufklärungsbedürftiger Punkt, der, wenn er im Prospekt dargestellt worden wäre, jedem Anleger klar vor Augen geführt hätte, dass ausschließlich die Investition in vergleichbare Geschäfte Dritter erfolgen sollte und eine andere Tätigkeit nicht geplant gewesen sei.

93

Widersprüchlich sei es außerdem, zwar die fehlenden Grundlagen der Erlösprognosen als Prospektfehler zu werten, andererseits aber festzustellen, aus dem Prospekt sei ersichtlich, dass derartige Grundlagen nicht vorhanden seien, weswegen der Tatbestand des § 264a StGB nicht erfüllt sei. Wenn es nach dem Prospektinhalt „offenkundig“ sei, dass eine Tatsachengrundlage und nachvollziehbare Basis für die prognostizierte Entwicklung fehlten, dann liege auch keine Fehlerhaftigkeit derselben im Rahmen der Prospekthaftung nach VerkProspG vor. Es sei mitnichten so, dass der Prospekt keine Prognosegrundlage nenne, er nenne nur keine taugliche und zutreffende Prognosegrundlage. Dem Anleger werde im Prospekt suggeriert, es gebe Tatsachengrundlagen. Durch die unzutreffenden Angaben zu den Erlösgrundlagen im Prospekt werde gleichzeitig verschwiegen, dass es überhaupt keine gebe und sich die Beklagten die Prognosen nur ausgedacht hätten.

94

Außerdem handele es sich bei der Deckelung des Gewinns auf S. 51 ff. des Prospekts um eine nachteilige Tatsache, die für sich genommen bereits den Tatbestand des § 264a StGB erfülle. Die Gewinndeckelung sei nicht Teil der Prognoserechnung und im Prospekt an falscher Stelle genannt, denn die vertraglichen Regelungen gäben eine solche Deckelung

95

des Gewinns nicht her. Diese Darstellung sei nachteilig, weil der Anleger erwarten könne und dürfe, dass die im Prospekt abgedruckte Erlösprognose auf tragfähigen Grundlagen beruhe, während genau dies nicht der Fall gewesen sei. Außerdem hätten die Beklagten von Beginn an mit einer Fondslaufzeit bis 2018 – analog zur Gewinnberechtigung der Genussrechte – gerechnet und dies im Prospekt falsch angegeben.

Im Hinblick auf den Vorsatz des Beklagten zu 1 im Rahmen des § 264a StGB sei zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Erklärung über die Vollständigkeit des Prospekts in Kenntnis der Prospektanforderungen gemäß den Prüfungsstandards für die Prüfung von Kapitalanlagen IDW S 4 unterzeichnet und ihm entsprechend die gültige Fassung des IDW S 4 vorgelegen habe. Der Beklagte könne sich nicht damit herausreden, ihm sei die Vollständigkeitserklärung untergeschoben worden und er habe nicht gewusst, was er da unterschreibe, weil er bereits zuvor mindestens vier wortlautidentische Vollständigkeitserklärungen für Vorgängerfonds unterzeichnet habe. 96

Den Beklagten könne die Unrichtigkeit der Prognosen im Sinne einer fehlenden Tatsachengrundlage nicht verborgen geblieben sein, denn die Erlösprognosen stammten unstreitig vom Beklagten zu 2. Es gebe auch keine Erklärung dafür, dass der Beklagte zu 2 in einer die Haftung ausschließenden Weise davon hätte ausgehen dürfen, es sei zulässig, sich Prognosen einfach auszudenken. 97

B. 98

Die zulässig erhobenen Berufungen der Beklagten haben Erfolg. Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten zu. 99

I. 100

Etwaige Ansprüche des Klägers gegen die Beklagten zu 1 und 2 aus § 13 VerkProspG i.V.m. §§ 44 ff. BörsG a.F sind verjährt und nicht mehr durchsetzbar (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Klage ist weit nach dem 19.12.2010, dem Tag des Ablaufs der Verjährungsfrist von drei Jahren nach Prospektveröffentlichung (§ 46 BörsenG a.F.), erhoben worden. 101

Ansprüche aus Prospekthaftung im weiteren Sinne scheitern, weil die Beklagten weder (zukünftige) Vertragspartner der Anleger waren noch persönliches Vertrauen in Anspruch genommen haben. 102

II. 103

Der Kläger hat gegen keinen der Beklagten Ansprüche aus deliktischer Haftung. 104

1. Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 246 Abs. 1, 266 Abs. 1 StGB wegen Untreue oder Unterschlagung scheiden mangels Erfüllung des objektiven Tatbestandes der strafrechtlichen Schutzgesetze aus.

a) In der Klageschrift ist zwar vorgetragen, dass sich eine zweckwidrige Zahlung von 500.000 € an die G2 aus Mitteln der Anleger des Fonds G6 zweifelsfrei belegen lasse. Dies vermag aber eine deliktische Haftung bei G4per se nicht zu begründen.

b) Unabhängig davon begründet die Überweisung von Geldern vom Clearingkonto auf ein Konto der G2, die im Übrigen mit 95 % Anteilsbesitz Mehrheitsgesellschafterin der

Genussrechtsschuldnerin war, keinen Vorwurf der Untreue oder Unterschlagung. Nachdem die Einzahlungen der Anleger zum Zwecke des Genussrechtserwerbs auf das Clearingkonto überwiesen worden waren, vermischte sich Kapital aus verschiedenen Quellen auf dem Konto, das der Beklagte zu 2 auch für andere Geschäftstätigkeiten nutzte. Eine Zweckbindung ausschließlich zugunsten der Genussrechtsschuldnerin bestand nach Eingang auf dem Clearingkonto nicht mehr. Eine belastbare Grundlage für die Behauptung, dass mit dem Anlegergeld Genussrechte nicht erworben worden wären, zeigt der Kläger damit nicht auf; auch ein Strafverfahren hat es insoweit nicht gegeben.

Im Übrigen reicht aus den o.g. Gründen auch ein bloßer zeitlicher Zusammenhang zwischen Überweisungen auf das Clearingkonto und Zahlungen an Dritte für einen Deliktsvorwurf nicht aus. Eine Beteiligung der G2, die nicht ausschließlich für die Genussrechtsschuldnerin tätig war, an der Fa. F GmbH / W GmbH oder Zahlungen der G2 über 2,6 Mio. € in 2007 an die jetzt insolvente L GmbH begehen damit für sich genommen keinen Bedenken. Gleiches gilt für Überweisungen zwecks Ausschüttung an die Anleger der Fonds G2 und G3. Der Kläger trägt hier vor, es habe sich um Mittel sowohl aus G6 als auch aus G4 (vgl. Klageschrift S. 31 f., Bl. 31 f. d.A.) gehandelt, ohne dass sich aus seinem Vortrag oder den vorgelegten Unterlagen ein zwingender Schluss auf die Überweisung gerade dieser Anlegergelder vom Clearingkonto für Ausschüttungen zugunsten anderer Fonds ergab.

c) Pflichtverletzungen, die zu einer Haftung gemäß § 266 StGB führen könnten, ergeben sich 105
auch nicht im Zusammenhang mit dem Erwerb der Genussrechte durch die Fondsgesellschaft. Den vorliegenden Schriftstücken lässt sich nicht entnehmen, dass die Genussrechte nicht wirksam begründet worden sind – im Gegenteil liegt ein Beleg für die wirksame Entstehung der Genussrechte vor.

Schon die Behauptung des Klägers, die Wirksamkeit des Erwerbs der Genussrechte hinge 106
von einer Überweisung des vereinbarten Geldbetrags auf ein persönliches Konto der Genussrechtsschuldnerin, also der H ab, findet im Genussrechtsvertrag keine Grundlage. Ein bestimmtes Zielkonto für die Überweisung des Genussrechtskapitals ist weder in der Genussrechtsvereinbarung vom 02.10.2007 noch in den Übernahmeverträgen vom 21.10.2007 vorgesehen. Für die Annahme, dass dem Überweisungsakt als solchem rechtsbegründende Wirkung zukommen sollte, lässt sich den Regelungen der vorgenannten Vereinbarungen auch im Übrigen nichts Konkretes entnehmen. Im Emissionsprospekt findet sich ebenfalls kein Hinweis darauf, dass die Genussrechte nur durch Direktüberweisung auf ein bestimmtes Empfängerkonto begründet werden würden. Ein bestimmtes Empfängerkonto für die Anlegergelder in H3 wird im Prospekt nicht genannt.

Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Zahlung nicht vertragsgemäß erfolgt wäre. Die 107
Zahlung auf ein Konto des Beklagten zu 2 geschah auf Weisung des für die H vertretungsbefugten Beklagten zu 2 und entsprach damit dem Willen der Genussrechtsschuldnerin. Im Übrigen hat die H später Zahlungen der Fondsgesellschaft an sie auf die Genussrechtsvereinbarung ebenso wie das Bestehen von Genussrechten selbst bestätigt. Die Bestätigung vom 02.06.2008, unterzeichnet durch den Beklagten zu 2 als „managing director“ der H, ist im Parallelverfahren 34 U 187/12 als Anlage Ks 17 zu den Akten gereicht worden und liegt sowohl dem Gericht als auch den Parteien vor. Auch die Staatsanwaltschaft Bielefeld hat eine zweckwidrige Verwendung von Anlegervermögen beim Fonds G4 nicht ermitteln können (vgl. den aus Parallelverfahren bekannten Vermerk der StA Bielefeld vom 15.03.2011 in 6 Js 39/10, dort Bl. 690).

2. Es besteht auch kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB.

§ 264a StGB stellt zwar nach einhelliger höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar (BGH, Urteile vom 01.03.2010 – II ZR 213/08, NJW-RR 2010, 911, Rn. 24; vom 29.05.2000 – II ZR 280/98, NJW 2000, 3346 und vom 21.10.1991 – II ZR 204/90, Rn. 17ff.). Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen jedoch nicht vor.

Der Kapitalanlagebetrug gemäß § 264 a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfordert in der hier allein in Betracht kommenden Variante, dass der Täter im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Beteiligungen an dem Ergebnis eines Unternehmens in Prospekten hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt (so Tiedemann in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. § 264a Rn. 82; Wohlers/Mühlbauer in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 264a Rn. 38; Grotherr DB 1986, 2584, 2586 f; zitiert nach BGH, Urteil vom 11.04.2013 – III ZR 79/12, (auch 80/12), juris Rn. 37).

a) Der Emissionsprospekt der Fondsgesellschaft G4 war ein Prospekt im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB. Er wurde beim Vertrieb von Beteiligungen von Anlegern als Treugeberkommanditisten, die an dem Ergebnis der Fondsgesellschaft beteiligt werden sollten, gegenüber einem größeren, nicht begrenzten Kreis von Personen eingesetzt. 108

b) Der Senat hat bereits in einem Parallelverfahren festgestellt, dass der Emissionsprospekt fehlerhafte Angaben im Sinne des § 13 VerkProspG a.F. sowie im Sinne einer vertraglichen Haftung aus c.i.c. enthielt, weil das Fondskonzept mangelhaft dargestellt wurde und die Erlösprognosen sowie die Sensitivitätsanalysen nicht plausibel waren (Urteil vom 29.01.2015 – 34 U 169/13, juris Rn. 125 ff.). 109

An diesen Ausführungen hält der Senat fest. 110

c) Die demnach fehlerhaften Darstellungen im Prospekt stellen jedoch keine unrichtigen, für die Anlageentscheidung erheblichen vorteilhaften Angaben im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB dar bzw. beinhalten kein Verschweigen nachteiliger Tatsachen. 111

Diese Tatbestandsvoraussetzung zu prüfen und abweichend vom landgerichtlichen Urteil zu beantworten, ist dem Senat nicht verwehrt. Die Beklagten greifen die rechtliche Wertung des Landgerichts entgegen der Auffassung des Klägers auch zu diesem Punkt an (Berufungsbegründung des Beklagten zu 1, S. 1 und 5, Bl. 362 und 366 d.A.). Ohnehin ist die Frage, ob die festgestellten Tatsachen die Voraussetzungen des Merkmals einer zivilrechtlichen Anspruchsnorm oder eines strafrechtlichen Tatbestandes erfüllen, ausschließlich rechtlicher Natur und durch den Senat ohne Bindung an die erstinstanzliche Entscheidung zu prüfen (vgl. Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO -Wulf, Stand: 01.06.2015, § 513 Rn. 2 f.). 112

Angaben im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB sind alle ausdrücklichen oder konkludenten Aussagen über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines bestimmten Sachverhalts. Sie können sich auf Tatsachen beziehen, erfasst werden nach herrschender Meinung aber auch Prognosen, Wertungen, Meinungsäußerungen und Berechnungen – lediglich reine Werturteile ohne jeden Tatsachenkern oder erkennbar ohne Anspruch auf spezifische 113

Sachkunde abgegeben scheiden aus. Unrichtig sind Tatsachenbehauptungen, wenn sie nicht mit der Wahrheit übereinstimmen (Wohlers/Mühlbauer, a.a.O., § 264a Rn. 54 f.).

Abzugrenzen hiervon sind schwer verständliche oder zwar irreführende, aber nicht unrichtige Angaben, die nicht vom Wortlaut des § 264a Abs. 1 StGB erfasst sind und deswegen aufgrund des im Strafrecht geltenden Analogieverbots nicht in den Tatbestand des § 264a StGB fallen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.02.2008 – 1 BvR 371/07, juris Rn. 17).

Vorteilhaft sind die Angaben, wenn sie – ihre Richtigkeit unterstellt – die Aussichten für eine positive Anlageentscheidung konkret verbessern (Wohlers/Mühlbauer, a.a.O., § 264a Rn. 63). Erhebliche Umstände im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB sind nur solche – wertbildenden – Gesichtspunkte, die nach Art des Geschäfts für einen durchschnittlichen Anleger von Bedeutung sein können; maßgeblich sind dabei die Erwartungen des Kapitalmarkts (BGH, Urteil vom 12.05.2005, 5 StR 283/04, juris Rn. 29).

aa) Zur Beschreibung des Geschäftsmodells der Genussrechtsschuldnerin enthält der Prospekt keine unter den Tatbestand von § 264a StGB fallenden Darstellungen. Die im Emissionsprospekt als eine von mehreren Möglichkeiten zur Betätigung der Genussrechtsschuldnerin getroffene Aussage, die Genussrechtsschuldnerin werde selbst am Immobilienmarkt teilnehmen, ist eine Angabe von Tatsachen. Die Tatsache ist – allerdings nur außerhalb des Kontextes und nur isoliert betrachtet – auch unrichtig, weil die H aufgrund ihrer fehlenden Lizenz zu keinem Zeitpunkt berechtigt war, selbst Immobilien in H3 zu erwerben und zu veräußern und dementsprechend auch nicht am Immobilienhandel teilgenommen hat. 114

Die Möglichkeit des Eigenerwerbs durch die H wird im Beteiligungsprospekt aber nicht ausschließlich genannt, sondern als eine von drei möglichen Varianten der Geschäftstätigkeit der Genussrechtsschuldnerin. Im Rahmen der erforderlichen Gesamtschau der Aussagen des Emissionsprospekts erscheint die Darstellung des Geschäftsmodells deswegen zwar irreführend und schwer verständlich, nicht aber unrichtig und falsch. Zwar wird im Emissionsprospekt an mehreren Stellen ein durch die H selbst zu betreibender Immobilienhandel erwähnt (S. 9 f., 34), andererseits wird auch die tatsächlich praktizierte und – mangels Lizenz zum Immobilienhandel – von Beginn an wohl einzig realistische Betätigung einer Gewinnbeteiligung an der G2 genannt (S. 70). 115

Damit korrespondiert auch § 2 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrags, in dem es heißt, die Fondsgesellschaft beteilige sich 116

„an Gesellschaften in den VAE..., die den Erwerb und den Weiterverkauf von unbebauten und bebauten Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten und / oder von projektierten oder erstellten Wohn- oder Gewerbeimmobilien aller Art sowie allen damit zusammenhängenden Dienstleistungen ... zum Unternehmensgegenstand haben.“ 117

Die Angaben im Emissionsprospekt sind in der Gesamtschau daher irreführend, weil sie den Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit der H verschleiern und ein weder geplantes noch praktiziertes Geschäftsmodell als präferiertes suggerieren. Der Prospektinhalt und die Darstellung des Geschäftsmodells sind aber nicht insgesamt unrichtig, da der Prospekt die weitere, später tatsächlich praktizierte Investitionsvariante (Beteiligung an dritten Gesellschaften bzw. deren Gewinn) nennt. Irreführende Angaben aber reichen – wie oben ausgeführt – zwar für die Annahme einer zivilrechtlichen Prospekthaftung aus, nicht aber zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 264a Abs. 1 StGB. 118

Entgegen der Auffassung des Klägers steht dieses Verständnis des Prospekts als irreführend, aber nicht unrichtig nicht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des 119

Senats. Auch in der vom Kläger zitierten Entscheidung zu 34 U 187/12 hat der Senat mitnichten festgestellt, dem Anleger werde „verschwiegen“, dass das gesamte Genussrechtskapital in Genussrechte eines Unternehmens investiert werde, das auf dem Immobilienmarkt in H3 gar nicht selbst auftrete. Im Urteil heißt es, das werde dem Anleger „vorenthalten“ sowie, dass der Anleger dies bei gründlicher Lektüre dem Prospekt zu entnehmen vermöge. Jene Entscheidung befasste sich im Übrigen ausschließlich mit dem Vorliegen von Prospektfehlern; ohnehin würde ein Widerspruch zu früheren Entscheidungen des Senats eine Neubewertung des Sachverhalts nicht ausschließen.

bb) Der im Prospekt nicht benannte Umstand, dass die H schon nicht über die notwendige Lizenz zum Immobilienhandel in H3 verfügte, stellt keine eigenständige verschwiegene, nachteilige Tatsache dar. Die Tatsache geht vielmehr in dem irreführend dargestellten Geschäftsmodell vollständig auf. In der Darstellung vorteilhafter Angaben ist spiegelbildlich stets auch das Verschweigen nachteiliger Tatsachen enthalten. Das negative Spiegelbild zur Angabe, die H werde selbst Immobilienhandel und Projektentwicklung betreiben, ist die Tatsache, dass eben diese Tätigkeiten unterbleiben werden. Weswegen sich die H nur an Gewinnen anderer Firmen beteiligt, ist dabei für den Anleger nicht mehr maßgeblich. Die fehlende Lizenz zum Grundstückserwerb ist lediglich ein den nicht ausgeführten Immobilienhandel erläuternder Umstand. Dieser Tatsache kommt deswegen keine gesonderte Bedeutung zu. 120

cc) Auch die nicht plausible Erlösprognose von 20 % pro Jahr und die in diesem Zusammenhang erstellten Sensitivitätsanalysen sind keine Angaben, die den objektiven Tatbestand des § 264a Abs. 1 StGB erfüllen. 121

Dahinstehen kann, ob die Erlösprognose sowie die Sensitivitätsanalyse überhaupt Angaben im Sinne des § 264a StGB sind (für die Einbeziehung von Prognosen Wohlers/Mühlbauer, a.a.O., Rn. 58 m.w.N., die zitierte Rechtsprechung ist allerdings ausschließlich zivilrechtlich; Bosch in: Satzger u.a., StGB, 2009, § 264a Rn. 15 m.w.N., dagegen Hoyer in: Systematischer Kommentar zum StGB, 143. Lfg., Stand Juni 2014, § 264a Rn. 15 m.w.N.; Bock in: Graf u.a., Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 264a Rn. 14 m.w.N.). Jedenfalls stellen im Prospekt genannte Grundlagen für Prognosen Tatsachen im Sinne des § 264a StGB dar. 122

(1) Dies führt hinsichtlich der Erlösprognose von 20 % jährlich dazu, dass schon mangels vorhandener Tatsachenangaben eine Überprüfung anhand objektiver Kriterien nicht durchführbar ist. Dem Prospekt lassen sich keine Tatsachengrundlagen der Prognose entnehmen, die objektiv überprüfbar wären. Nach dem Prospektinhalt ist es offenkundig, dass eine nachvollziehbare Basis für die prognostizierte Entwicklung fehlt. Der Erlösprognose für die Wertentwicklung von Genussrechten liegt ersichtlich keinerlei tragfähige Berechnung zugrunde oder diese wird jedenfalls im Prospekt nicht genannt. Es gibt schlicht keine Berechnungsgrundlage, deren Wahrheitsgehalt und Berechtigung überprüfbar wäre. 123

Bereits im Vorwort des Prospekts (S. 5) heißt es, es handele sich um ein „neues und innovatives Produkt“. Schon dies legt es nahe, dass sich das Produkt abseits bekannter Pfade bewegt, was eine brauchbare Erlösprognose zwangsläufig erschweren muss. Sodann wird auf glänzende Wirtschaftsdaten und weiterhin blendende Aussichten für die Entwicklung des Immobilienmarktes in H3 verwiesen: 124

„Vor diesem wirtschaftlichen Hintergrund ergeben sich auch weiterhin aussichtsreiche Investitionsmöglichkeiten in Immobilien“. 125

Ausführlicher noch folgen Aufzählungen und Zusammenfassungen von Wirtschaftsdaten und rosigen Zukunftsaussichten auf den Seiten 21 bis 29. Warum allerdings ein über Jahre hinaus weiterhin boomender Immobilienmarkt in H3 zu erwarten war, wird nicht anhand von Tatsachen erläutert. Im Anschluss daran wird die erst seit 2004 erworbene fachliche Kompetenz der G-Gruppe sowie deren Stellung als Marktführer für geschlossene, in H3 investierende Immobilienfonds dargestellt.

Soweit auf S. 13 zur Ermittlung der Prognosen ausgeführt wird, 127

„Die Prognosen basieren auf der Marktkennntnis und dem Marktzugang von Herrn M, der als Geschäftsführer der Genussrechtsschuldnerin fungieren wird. ... Die Prognosen basieren auf den Erfahrungen mit der Entwicklung des Immobilienmarktes, die die G-Gruppe im Zusammenhang mit mehreren Vorgänger-Fondsgesellschaften gewonnen hat.“, 128

wird das Fehlen der Tatsachengrundlage oder jedenfalls deren Nichtnennung im Prospekt offensichtlich. 129

S. 49 führt sodann aus: 130

„Es wird davon ausgegangen, dass die Genussrechte um rd. 20 % p.a. im Wert steigen.“ 131

Auf S. 51 heißt es weiter, die Prospektherausgeberin halte den Eintritt dieses Szenarios für wahrscheinlich. 132

Eine Begründung für diesen Wert oder eine Erläuterung der überaus günstigen Perspektive erfolgt nicht. Zahlen zum Immobilienmarkt in H3 werden, wenn überhaupt, nur ganz global genannt, obwohl gerade hier eine Präsentation der Wertentwicklung der durch die Vorgängerfonds angestoßenen Projekte als Beispielsmodelle nahe gelegen hätte. Auf S. 65 wird immerhin erläutert, dass die Fondsgesellschaft an den Gewinnen der Genussrechtsschuldnerin partizipieren könne, indem sie von Zeit zu Zeit Genussrechte verkaufe, wobei die Kaufpreise der Genussrechte in erster Linie von der Höhe der von der Genussrechtsschuldnerin realisierten Gewinne bestimmt werde. Damit wird – wie an anderer Stelle auch – die technische Ermittlung der Gewinne erwähnt, eine Erklärung für die Prognose enthält aber auch diese Passage nicht. 133

Der Prospekt beschränkt sich insgesamt vielmehr auf die Feststellung, die Prognose beruhe auf der Marktkennntnis der G-Gruppe in H3 und damit ausschließlich der Kenntnis des Beklagten zu 2. Selbst Beispielsfälle für eine sonstige, d.h. von den eigenen Erfahrungen der G-Gruppe mit den Vorgängerfonds abgesehen, positive Entwicklung am Immobilienmarkt fehlen. 134

Nicht zuletzt fußte die Angabe der Wertentwicklung von Genussrechten ersichtlich nicht auf Erfahrungswerten für diese Art von Geschäftsmodellen. Die gesamte G-Gruppe verfügte zum Zeitpunkt der Erstellung und Veröffentlichung des Emissionsprospekts noch über keinerlei Erfahrung mit dem Handel von Genussrechten. 135

Die Erlösprognose entbehrte damit im Ergebnis – soweit aus dem Prospekt ersichtlich – jeder der Überprüfung zugänglichen Tatsachengrundlage. Bezogen auf die für § 264a StGB allein maßgebliche Tatsachengrundlage der Prognosen war der Prospekt deswegen nicht unrichtig. Wie der Senat bereits in früheren Entscheidungen (z.B. im Urteil vom 29.01.2015 – 34 U 169/13, juris Rn. 172 ff.) ausgeführt hat, lag zwar ein Prospektfehler vor, weil die Prognose nicht plausibel war. Dies beruhte darauf, dass der Wertanstieg der Genussrechte nicht 136

nachvollziehbar war und eine taugliche Tatsachenbasis für die Prognose nicht mitgeteilt wurde. Weder war dem gesamten Prospekt eine Aussage zum Marktpreis der Genussrechte noch sonst ein Anhaltspunkt für die prognostizierte Rendite des Genussrechtskapitals von 20 % jährlich zu entnehmen. Gerade weil diese auf das Fondskonzept bezogenen konkreten Schlussfolgerungen aus der breiten Darstellung des günstigen wirtschaftlichen Umfelds und des boomenden Immobilienmarkts in H3 fehlen, sind die Prognosen nicht plausibel und die Ausführungen im Prospekt zu deren Grundlagen irreführend. Dies zu erkennen, erforderte eine von den Anlegern vorzunehmende *Wertung*. Reine Wertungen aber stellen keine Tatsachen im Sinne des § 264a StGB dar (Wohlers/Mühlbauer, a.a.O., Rn. 65).

Die fehlende Tatsachengrundlage ist auch mitnichten verschwiegen, wie der Kläger meint. Die Erkenntnis, dass eine Tatsachengrundlage für die Prognose fehlt, beruht ausschließlich auf einer *Wertung*. Der Prospekt enthält hierzu weder unrichtige Tatsachen im Sinne des § 264a StGB noch verschweigt er solche. 137

(2) Die Berücksichtigung der Deckelung des Gewinnanteils auf 20 % gemäß der Genussrechtsvereinbarung in den Sensitivitätsanalysen auf S. 51 ff. des Prospekts, die insbesondere in den Fußnoten zum Ausdruck kommt, sich aber auch in den Berechnungen wiederfindet, stellt keine vorteilhafte Angabe dar. Im Prospekt wird nämlich eine – tatsächlich aufgrund des geplanten freihändigen Verkaufs der Genussrechte nicht bestehende – Deckelung des Gewinnanteils geschildert, die für die Anleger nachteilig wäre. Die Erklärung beschränkt sich folglich auf die Beschreibung einer ausschließlich nachteiligen Tatsache, vorteilhafte Angaben beinhaltet dieser unrichtig dargestellte Sachverhalt nicht. Die Gewinndeckelung bildet auch keine Tatsachengrundlage für die Prognose, weil sie selbst auf keiner Grundlage fußt, ihr also keinerlei Tatsache zugrunde lag. Dass die Prognose aber im Prospekt keine Grundlage findet, ist – wie oben bereits ausgeführt – eine nicht als Tatsache im Sinne des § 264a StGB anzusehende Wertung. Deswegen kann im Umkehrschluss ein etwaiges Verschweigen der fehlenden Tatsachengrundlage nicht – wie der Kläger meint – seinerseits eine verschwiegene nachteilige Tatsache sein. 138

Die Behauptung des Klägers, die Beklagten hätten von Beginn an mit einer Fondslaufzeit bis 2018 gerechnet und dies im Prospekt falsch angegeben, wird weder durch den Prospekt noch die vorgelegten Unterlagen belegt. Im Prospekt ist auf S. 11 und 14 darauf hingewiesen, dass die Fondslaufzeit 2011 enden, die Gewinnberechtigung der Genussrechte aber erst zum 31.12.2018 bestehen sollte. Der spätere Verkauf der Genussrechte an die G2 hätte die Einhaltung der geplanten Laufzeit grundsätzlich auch ermöglicht. 139

dd) Weitere Prospektfehler hat der Senat bereits in Parallelverfahren nicht feststellen können. Auf das oben bereits zitierte, den Parteien bekannte Urteil des Senats vom 29.01.2015 – 34 U 169/13, veröffentlicht in juris, wird verwiesen (dort Rn. 183 ff.). Da der Tatbestand des § 264a StGB jedenfalls nicht weiter reicht als die zivilrechtliche Prospekthaftung, scheidet die Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 264a StGB aus. 140

Lediglich ergänzend sei ausgeführt, dass der Kläger im Zusammenhang mit der Behauptung, im Prospekt zu G4 sei die Entwicklung der Vorgängerfonds falsch dargestellt worden, selbst nicht substantiiert behauptet, die Vorgängerfonds hätten sich – jedenfalls bis zur Veröffentlichung des Prospekts – nicht wie prospektiert entwickelt, dass also prospektierte Ausschüttungen unterblieben wären. Außerdem hätten sich etwaige Zahlungsschwierigkeiten anderer Gesellschaften der G-Gruppe jedenfalls nicht auf die Fondsgesellschaft G4 ausgewirkt. Der Kläger hat den zweckwidrigen Einsatz von Anlegergeldern aus dem Fonds G4 selbst nicht substantiiert behauptet (vgl. oben zu II. 1 b) am Ende), auch die Staatsanwaltschaft hat diesbezüglich kein Fehlverhalten feststellen können. Im Gegenteil ist 141

sogar belegt, dass mit den Anlegergeldern die Genussrechte wie vereinbart erworben wurden.

Der Kläger rügt in diesem Kontext des Weiteren, dass die Ausschüttungen entgegen der Angabe auf der Innenseite nicht prospektgemäß erfolgt seien, da nach den Prospekten zu diesen Fonds eine Ausschüttung nur im Falle – tatsächlich nicht erzielter – Gewinne habe erfolgen dürfen. Dem Prospekt ist aber eine konkrete Aussage dazu, dass für die G4 und G5 eine prospektgemäße Ausschüttung auch bedeutet, dass Gewinne in diesem Umfang erwirtschaftet worden seien, nicht zu entnehmen. Diese Bedingung ist nur den Prospekten der Vorgängerfonds zu entnehmen und müsste quasi in den hier zu beurteilenden Prospekt erst hineingelesen werden. Eine unrichtige vorteilhafte Angabe kann bei der gebotenen Berücksichtigung des Analogieverbots des Art. 103 Abs. 2 GG aber nur bei Angaben vorliegen, die auch dem Prospekt selbst zu entnehmen sind. 142

ee) Die Voraussetzungen des objektiven Tatbestands des § 264a StGB liegen demnach schon mangels unrichtiger Angaben nicht vor, obwohl Prospektfehler gegeben sind, die eine Haftung gemäß § 13 VerkProspG a.F. und aus c.i.c. zu begründen vermögen. Ein derartiges Auseinanderfallen der rechtlichen Würdigungen entspringt den unterschiedlichen Voraussetzungen der zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen und des Straftatbestandes. Zwar mag der Straftatbestand des § 264a StGB der zivilrechtlichen Prospekthaftung angenähert sein. Dennoch ist nicht jeder Prospektfehler im Sinne der zivilrechtlichen Prospekthaftung zwangsläufig eine unrichtige Tatsache im Sinne des § 264a StGB. Schon aufgrund seiner – anders als bei der zivilrechtlichen Haftung – gesetzlichen Fixierung der einzelnen Voraussetzungen des objektiven Tatbestands können sich durchaus Abweichungen bei der Subsumtion und in der Konsequenz in der rechtlichen Wertung ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.02.2008, 1 BvR 371/07, juris Rn. 17). Der Tatbestand des § 264a StGB ist mindestens insofern enger gefasst, als irreführende Angaben, die einen Prospektfehler bilden, gerade keine unrichtigen Tatsachen im Sinne des § 264a StGB darstellen. Denn nicht nur unrichtige, sondern auch objektiv richtige, d.h. wahrheitsgemäße Angaben können, beispielsweise wenn sie in den Inhalt verdrehender Weise oder in manipulativ wirkendem Kontext verwendet werden, irreführend sein. Diese Differenzierung widerspricht höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht. Entgegen der Auffassung des Klägers deckt sich diese zu einem unterschiedlichen Anwendungsbereich zwischen zivilrechtlicher Prospekthaftung und strafrechtlichem Kapitalanlagebetrug führende Auslegung gerade mit der (neueren) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 08.01.2013 – VI ZR 386/11, juris Rn. 15) ebenso wie des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 29.02.2008 – 1 BvR 371/07, juris Rn. 17). Demnach sind die erheblich weiter gefassten Normen des VermVerkProspV im Rahmen des § 264a StGB lediglich als Auslegungshilfe und nur insoweit von Bedeutung, als die dort verlangten Prospektangaben als erheblich im Sinne des § 264a StGB angesehen werden. Ein über dieses Tatbestandsmerkmal hinausgehendes Kriterium für die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestands vermögen sie nicht zu bilden (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 08.01.2013 – VI ZR 386/11, juris Rn. 15). 143

d) Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob eine Haftung der Beklagten zu 1 und 2 gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB auch wegen fehlender Kausalität ausgeschieden wäre. Der Senat hat deswegen nicht zu entscheiden, ob auch im Rahmen der deliktischen Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB die Kausalität etwaiger Prospektfehler für die Anlageentscheidung vermutet wird. 144

e) Auch die Voraussetzungen für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes sind nicht erfüllt, so dass eine Haftung der Beklagten zu 1 und 2 aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a 145

StGB auch aus diesem Grund abzulehnen ist.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss „der Handelnde die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss, – im Fall des § 264a StGB die Verwirklichung des objektiven Tatbestands, im Fall des § 826 BGB die Schädigung des Anspruchstellers – gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben (vgl. BGH, Urteil vom 15.07.2010 – III ZR 321/08, juris Rn. 20 m.w.N.). Es genügt dagegen nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2001 – VI ZR 350/00, juris Rn. 22). In einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 20.12.2011 – VI ZR 309/10, juris Rn. 9).

Der Vorsatz zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 264a StGB muss sich zumindest darauf beziehen, dass eine Angabe unrichtig ist oder eine Tatsache verschwiegen wird. Noch dazu muss der Täter wissen, dass die Angabe erheblich ist. Dazu trägt der Kläger, den die Darlegungs- und Beweislast für den Vorsatz im Rahmen der Ansprüche aus Delikt trifft (vgl. nur Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 823 Rn. 81 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 18.12.2012 – II ZR 220/10, juris Rn. 14), schon nicht substantiiert vor.

aa) Auch unter Berücksichtigung des erstinstanzlichen Vortrags zu den vom Senat tatsächlich festgestellten Prospektfehlern bleibt es bei wenig konkreten Ausführungen des Klägers. Sowohl der Beklagte zu 1 als auch der Beklagte zu 2 haben hingegen von Anfang an und ausführlich jeglichen Vorsatz hinsichtlich einer Verwirklichung des Tatbestandes des § 264a StGB bestritten.

(1) Zwar hat der Senat festgestellt, dass der Prospekt eine irreführende Darstellung des Geschäftsmodells der Genussrechtsschuldnerin enthält. Ganz abgesehen davon, dass – wie ausgeführt – irreführende Darstellungen keine unrichtigen Angaben im Sinne des § 264a StGB sind und daher schon der objektive Tatbestand nicht erfüllt ist, beruht die Feststellung der Irreführung außerdem auf einer wertenden Betrachtung, die der Täter des § 264a StGB auch persönlich nachvollzogen haben muss, damit ihm Vorsatz vorzuwerfen ist. Eine positive Kenntnis dieses Fehlers und erst recht die Kenntnis der rechtlichen Bewertung, dass der Fehler erheblich ist, lässt sich indes nicht schlicht aus dem Prospekt selbst ableiten. Denn die tatsächlich praktizierte Geschäftstätigkeit, nämlich die Beteiligung an den Geschäften Dritter in Form von Gewinnpartizipationsverträgen, ist im Prospekt auch genannt und stützt so die – durch die Darlegungen des Klägers nicht ausreichend erschütterte – Behauptung des Beklagten zu 1, er sei von einer in der Gesamtschau zutreffenden Darstellung ausgegangen, die sich der Beklagte zu 2 zu Eigen gemacht hat. Anders als im Rahmen der Ansprüche aus § 13 VerkProspG a.F. und c.i.c. reicht der vom Senat als nicht widerlegt angesehene Vorwurf grober Fahrlässigkeit für die Begründung des Deliktvorwurfs nicht.

(2) Dies gilt ebenso für den weiteren vom Senat angenommenen Prospektfehler der mangelhaften Prognosen und Sensitivitätsanalysen. Die im Ergebnis fehlende Basis für die Prognosen ist im Prospekt offen gelegt. Dass diese die prognostizierte Wertsteigerung von 20 % p.a. nicht trägt, drängt sich zwar auf. Entgegen der Auffassung des Klägers ist Vorsatz aber nicht immer bereits dann zu bejahen, wenn ein vernünftig denkender Dritter in der Situation des in Anspruch Genommenen über Erkenntnisse in Bezug auf die relevanten Tatumstände verfügt hätte oder hätte verfügen müssen, aufgrund derer auf der Hand liegt, dass für ein Vertrauen in das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs kein Raum ist. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. In einer solchen Situation ist vielmehr lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2011 – VI ZR 309/10, juris Rn. 9 f.).

bb) Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus dem Umstand, dass der Beklagte zu 1 mit seiner Unterschrift unter die Vollständigkeitserklärung vom 21.12.2007 erklärte, die Prospektanforderungen gemäß den Prüfungsstandards für die Prüfung von Kapitalanlagen IDW S 4 zu kennen (Anlage KS 25, Anlagenband). Auch daraus lässt sich nicht schließen, dass der Beklagte zu 1 die erforderliche rechtliche Würdigung zur Erheblichkeit einer etwa unrichtigen Angabe tatsächlich nachvollzogen hat und ihm nicht lediglich (grobe) Fahrlässigkeit insofern vorzuwerfen ist, als er die Anforderungen an einen Prospekt hätte kennen müssen. Insbesondere ist dazu auch an dieser Stelle die Tatsache der Einschaltung der Fachleute und Überprüfung des Prospekts von Bedeutung. Wenn die Fachleute – namentlich die Streithelferin in Gestalt des Rechtsanwalts Q – die Mängel der Erlösprognose nicht erkannten, ist der Schluss auf mindestens bedingt vorsätzliches Handeln im Sinne einer etwaigen Wertung der fehlenden Tatsachengrundlage als unrichtige vorteilhafte Angabe im Rahmen des § 264a StGB durch die Beklagten zu 1 und 2 nicht zwingend.	151
Insgesamt gesehen enthalten weder die objektiven Umstände noch die Darlegungen des Klägers ausreichend belastbare Anhaltspunkte zur Feststellung eines bedingt vorsätzlichen Handelns der Beklagten.	152
3. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagten gemäß § 826 BGB.	153
Auch wenn eine Sittenwidrigkeit nicht zwangsläufig strafrechtlich relevantes Verhalten voraussetzt, erscheint es sehr zweifelhaft, ob die festgestellten Prospektfehler vor dem Hintergrund der – verneinenden – Ausführungen zum objektiven Tatbestand des § 264a StGB Darstellungen beinhalten, die die Annahme von sittenwidrigem Handeln rechtfertigen. In jedem Fall scheidet aber Vorsatz aus.	154
III.	155
Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 101, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Streitwertfestsetzung folgt §§ 3, 5 ZPO. Der Senat hat den Feststellungsantrag mit Blick auf mögliche Vorteile im Falle einer Zwangsvollstreckung oder bei einer späteren Insolvenz der Beklagten mit einem Anteil von 2,5 % des Zahlungsantrags bewertet.	156
IV.	157
Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Dass eine Vielzahl von teilweise revisiblen Parallelverfahren anhängig ist, ist kein geeignetes Kriterium für die Zulassung der Revision. Es geht in dem Verfahren um die Anwendung der – auch zur Abgrenzung zwischen zivilrechtlicher Prospekthaftung und Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 264a StGB – gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in tatrichterlicher Würdigung auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls (vgl. auch BGH, Urteil vom 16.09.2010 – III ZR 333/09).	158