
Datum: 26.05.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-15 U 138/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:0526.I15U138.03.00

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kleve vom 2. Juli 2003 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte zu 2. wird verurteilt, an den Kläger 102.130,55 EUR (199.750,- DM) nebst 6 % Zinsen aus 76.438,13 EUR seit dem 1. Januar 1991 und aus weiteren 25.692,42 EUR seit dem 29. Mai 1991 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers der Kläger zu 82 % und der Beklagte zu 2. zu 18 % zu tragen.

Der Kläger hat die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. Instanz zu 100% und die des Beklagten zu 2. zu 36 % zu tragen. Im übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers der Kläger zu 63 % und der Beklagte zu 2. zu 37 % zu tragen.

Der Kläger hat die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. zweiter Instanz zu 100 % und des Beklagten zu 2. zu 38 % zu tragen. Im übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweils anderen Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der

I.	1
Der Kläger begehrt von den Beklagten Schadensersatz wegen der Vermittlung betrügerischer Kapitalanlagen.	2
Wegen der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil verwiesen (§ 540 ZPO).	3
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe keinen Schadensersatzanspruch aus Nebenpflichtverletzung gegen die Beklagte zu 1., weil kein Beratungsvertrag mit dieser zustande gekommen sei. Dabei könne dahinstehen, ob der Kläger von dem Beklagten zu 2. in der Filiale der Beklagten zu 1. angesprochen worden sei. Denn aus dem Vorbringen des Klägers ergebe sich, dass der Beklagte zu 2. bei objektiver Betrachtung nicht im Namen der Beklagten zu 1. gehandelt habe. Es entspreche nicht normalem Geschäftsgefahren einer Bank, dass die Anlagebeträge dort abgehoben und sodann einem Mitarbeiter in dessen Privatwohnung übergeben würden. Auch sei den übergebenen Vertragsunterlagen zu entnehmen, dass bei den vorgestellten Kapitalanlagen kein Bezug zur Beklagten zu 1. bestanden habe. Deswegen sei unerheblich, ob sich der Kläger rein subjektiv vorgestellt habe, ein Geschäft mit Beteiligung der Beklagten zu 1. abzuschließen.	4
Eine Haftung der Beklagten zu 1. ergebe sich auch nicht aus unerlaubter Handlung i.V.m. § 31 BGB, da Voraussetzung hierfür sei, dass der Beklagte zu 2. in Ausübung der ihm übertragenen Aufgaben gehandelt habe. Dies sei nicht der Fall gewesen.	5
Dem Kläger stehe auch gegen den Beklagten zu 2. kein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung eines Beratungsvertrages zu, da ein solcher Beratungsvertrag nicht mit dem Beklagten zu 2., sondern mit der Fa. L. bzw. der Firma, über die der Kläger die Kapitalanlagen erhalten habe, zustande gekommen sei. Dies ergebe sich auch nicht daraus, dass der Beklagte zu 2. eine Provision erhalten habe, da diese nicht vom Kläger gezahlt worden sei. Diese Provision begründe auch keine Haftung wegen eines eigenen wirtschaftlichen Interesses. Der Beklagte zu 2. habe auch kein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen. Hierfür reiche seine Tätigkeit als Filialleiter und dass er Wortführer bei den Verhandlungen gewesen sein soll, nicht aus. Auch eine Beihilfe zu einem Verstoß nach §§ 32, 54 KWG könne nicht festgestellt werden. Ein möglicher Anspruch wegen Beihilfe zum Betrug sei verjährt.	6
Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers mit der er eine Verurteilung des Beklagten zu 2. in Höhe von nur noch 272.135,10 EUR (= 532.249,99 EUR) und der Beklagten zu 1. in Höhe von lediglich 2.000,- EUR begehrt.	7
Der Kläger behauptet, er habe im Sommer 1995 einen weiteren Betrag von 150.000,- DM angelegt und Herrn P. ausgehändigt. Der Beklagte zu 2. habe ihm wegen der vergleichsweise niedrigen Zinsen in einem Vieraugengespräch, zu dem er ihn in sein Büro gebeten habe, empfohlen, seine Ersparnisse nicht länger bei der Beklagten zu 1. zu belassen, sondern sie statt dessen einer Kapitalanlagegesellschaft anzuvertrauen, bei der es mit jährlich 14 % verzinst werde und ihm erklärt, er müsse keine Bedenken haben, es handele sich um eine sichere Sache. Der Kläger ist der Ansicht, seinem entsprechenden	8

Beweisantritt habe das Landgericht nachgehen müssen, weil sich hieraus die Voraussetzungen für einen zwischen ihm und dem Beklagten zu 2. konkludent abgeschlossenen Rat- und Auskunftsvertrag ergäben. Er, der Kläger, behauptet, er habe auf die persönliche Integrität des ihm bekannten Beklagten zu 2. und auf dessen fachliche Kompetenz als Anlageberater einer seriösen Bank vertraut. Entsprechend der Anweisung des Beklagten zu 2. habe er den Betrag von 175.000,- DM schon vor dem Gespräch mit nach Hause genommen, damit er diesem dem Anlagebetrag bei dem Gespräch aushändigen könne. In dem Gespräch in der darauffolgenden Woche sei es der Beklagte zu 2. gewesen, der an Herrn P. gewandt diesen gefragt habe "Wieviel Zinsen geben wir ihm denn? Machen wir 14 %?" Er habe dann den Betrag von 175.000,- DM dem Beklagten zu 2. ausgehändigt. An den drei nachfolgenden Anlagegeschäften, bei denen er weitere 75.000,- DM, 132.500,- DM und 150.000,- DM angelegt habe, sei der Beklagte zu 2, zwar nicht beteiligt gewesen. Ausschlaggebend für diese Anlageentscheidung sei aber die Anlageempfehlung des Beklagten zu 2. gewesen. Wenn der Beklagte zu 2., wie er behauptete, keine Kenntnis von der empfohlenen Kapitalanlage gehabt habe, habe er sie ihm nicht empfehlen dürfen, zumal ein erfahrener Anlageberater wie der Beklagte zu 2. wegen der doppelt so hoch wie marktüblichen Rendite gewusst habe, dass Anlagebetrug in Rede gestanden habe. Deswegen hafte der Beklagte zu 2. auch nach § 826 BGB. Dieser habe bewusst die Augen vor der Möglichkeit eines Anlagebetruges verschlossen. Dieser Anspruch sei auch nicht verjährt. Er habe erstmals durch Rechtsanwalt H. am 21. Juni 2000 Kenntnis davon erlangt, dass der Beklagte zu 2. Provisionseinnahmen erhalten habe. Erst dadurch sei ihm bekannt, dass der Beklagte zu 2. um der Provision willen die Augen vor dem Kapitalanlagebetrug verschlossen habe. Ohne die Anlageempfehlung des Beklagten zu 2. habe er, der Kläger, für die übliche Sparform (Festgeld/Sparbriefe) den marktüblichen Zins erzielt, der im Durchschnitt 6 % betragen habe.

Die Beklagte zu 1. sei schadensersatzpflichtig, weil das Verhalten des Beklagten zu 2. in einem inneren Zusammenhang mit der dem Beklagten zu 2. anvertrauten Verrichtung stehe. Der Beklagte zu 2., der von der Beklagten zu 1. mit der Vermögensberatung der Kunden betraut gewesen sei, sei verpflichtet gewesen, ihnen keine Kapitalanlagen anzuraten, deren Seriosität und Risiko er nicht verlässlich geprüft habe. 9

Der Kläger beantragt, 10

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 11

1. den Beklagten zu 2. zu verurteilen, an ihn, 272.135,10 EUR zu zahlen nebst Zinsen i.H.v.10 % von 89.476,08 EUR seit dem 1. Januar 1991, von weiteren 38.346,89 EUR seit dem 29. Mai 1991, von weiteren 67.618,35 EUR seit dem 23. September 1992 und von weiteren 76.693,78 EUR seit dem 21. September 1995,

2. die Beklagte zu 1. zu verurteilen, an ihn 2.000,- EUR nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Januar 1991 zu zahlen. 13

Die Beklagten beantragen, 14

die Berufung zurückzuweisen. 15

Die Beklagte zu 1. bezieht sich auf ihr Vorbringen erster Instanz. Sie ist der Ansicht, die Tatsache, dass das Verhalten des Beklagten zu 2. nicht in einem inneren Zusammenhang mit der ihm anvertrauten Aufgabe gestanden habe, ergebe sich aus der Berufungsbegründung selbst. Eine angebliche Vorsatztat nach § 826 BGB sei nicht schlüssig dargelegt. Selbst wenn 16

die Behauptung des Klägers zuträfe, wäre das Verhalten des Beklagten zu 2. aufgrund der eindeutigen äußeren Umstände so außergewöhnlich, dass eine Zurechnung ausscheidet. Sie erhebt abermals die Einrede der Verjährung. Im übrigen bestreitet sie, dass der Kläger bei der von ihm verfolgten Anlagepraxis 6 % Zinsen erzielt hätte.

Der Beklagte zu 2. bezieht sich auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils. Er macht sich die Behauptung des Klägers zu dem von ihm erbetenen Vieraugengespräch hilfsweise zu eigen und ist der Ansicht, hieraus ergebe sich, dass er die Beklagten zu 1. und seine Stellung als Filialleiter habe außen vor lassen wollen. Er ist der Ansicht, weil er den Kläger an einen Kapitalanlagevermittler verwiesen habe, habe er davon ausgehen dürfen, dass dieser dort hinreichend beraten werde. Er behauptet, der Kläger sei auch in Anlagegeschäften nicht unerfahren gewesen, er habe im Laufe der Jahre mehrfach Sparbriefe gezeichnet. Das Vorbringen des Klägers sei auch hinsichtlich der angeblich geleisteten Beträge und ihrer Herkunft in der Klageschrift und in der Berufungsbegründung widersprüchlich und werde wegen der weiteren Teilbeträge mit Nichtwissen bestritten. Der Beklagte zu 2. beruft sich weiter auf die Einrede der Verjährung und ist der Ansicht, auf die mit Nichtwissen bestrittene Kenntnis von dem Erhalt der Provisionen im Jahr 2000 komme es nicht an, da dem Kläger nach seinem eigenen Vorbringen noch im Jahr 1999 auch angesichts der Entlassung des Beklagten zu 2. klar geworden sei, dass die Beklagten als Schädiger in Betracht kommen könnten und er damit Kenntnis von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen gehabt habe. Unbestritten habe es auch bereits am 26. Juli 1999 ein Telefongespräch zwischen dem Prozessbevollmächtigten des Klägers und einem Mitarbeiter der Beklagten zu 1. gegeben. Der Beklagte zu 2. ist der Ansicht, der angebliche Schaden sei nicht schlüssig dargelegt, weil die angeblichen Zahlungen durch die Unterlagen nicht bewiesen seien und sich der Kläger ausgezahlte Renditen anrechnen lassen müsse.

II. 18

Die Berufung ist zulässig, jedoch nur teilweise begründet. 19

1. 20

Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1., wovon das Landgericht mit zutreffender Begründung ausgegangen ist, unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Schadensersatz, weil die Beklagte zu 1. für das Verhalten des Beklagten zu 2. nicht haftet. 21

a) Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1. keinen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung eines Beratungsvertrages, weil zwischen ihm und der Beklagten zu 1. bezüglich der von Herrn P. vermittelten Kapitalanlagen kein Beratungsvertrag zustande gekommen ist. 22

In diesem Zusammenhang kann es dahinstehen, ob der Beklagte zu 2., der im Sommer 1990 ausweislich des berichtigten Tatbestandes des angefochtenen Urteils noch Anlageberater bei der Beklagten zu 1., nicht aber bereits Filialleiter in R. war und unstreitig den Kontakt zu Herrn P. hergestellt hat, dem Kläger zu diesen Kapitalanlagen geraten und diese seinerseits als sicher hingestellt hat. Denn aufgrund der Gesamtumstände hat der Beklagte zu 2. auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers hierbei nicht im Namen der Beklagten zu 1. gehandelt. 23

Für die Abgrenzung zwischen Vertreter- und Eigengeschäft nach § 164 BGB gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze. Damit ist entscheidend, wie die Gegenpartei das Verhalten des Handelnden verstehen durfte, wobei alle Umstände, wie z.B. Zeit und Ort der 24

Erklärung, die berufliche Stellung der Beteiligten und die erkennbare Interessenlage zu berücksichtigen sind (Palandt-Heinrichs, BGB, 62. Auflage 2003, § 164 BGB Rz. 4).

Für den Kläger war nach den objektiven Umständen ersichtlich, dass der Beklagte zu 2. bei der Empfehlung, die Ersparnisse anderweitig anzulegen, nicht im Namen der Beklagten zu 1. als deren Anlageberater gehandelt hat. Denn nach dem Vorbringen des Klägers in der Berufungsbegründung hat der Beklagte zu 2. ihm empfohlen, seine Ersparnisse nicht bei der Beklagten zu 1. zu belassen, sondern sie statt dessen einer Kapitalanlagegesellschaft anzuvertrauen. Die bei der Beklagten zu 1. angesparten Gelder sollten, wie der Beklagte zu 2. in diesem Gespräch deutlich gemacht habe, nicht etwa von dem Konto des Klägers bei der Beklagten zu 1. an die Anlagegesellschaft überwiesen, sondern von dem Kläger abgehoben und bei dem folgenden Gespräch mit Herrn P. in der Wohnung des Klägers ausgehändigt werden. Entsprechend ist verfahren worden und das Geld aufgrund des bei diesem Gespräch geschlossenen Vertrages von dem Kläger in bar ausgehändigt worden. Der Inhalt des angebotenen Geschäfts und insbesondere diese ungewöhnliche Abwicklungsweise spricht dafür, dass es sich hierbei nicht um ein von der Beklagten zu 1. vermitteltes Anlagekonzept im Rahmen ihrer Organisation gehandelt hat. Der Kläger legt auch nicht dar, dass der Beklagte zu 2. ihm dieses Geschäft als eine neue, von der Beklagten zu 1. vermittelte Anlageform vorgestellt hätte. Vielmehr macht die nach Behauptung des Klägers von dem Beklagten zu 2. bei dem Gespräch in der Wohnung des Klägers getätigte Äußerung, er, der Beklagte zu 2. habe "selbst in seiner Funktion als Mitarbeiter der Beklagten zu 1., derartig günstige Anlagen nur sehr selten kennen gelernt" deutlich, dass er sich bei diesem Gespräch nicht in dieser Funktion gesehen hat. Hinzu kommt, dass die aufgrund der in der Privatwohnung des Klägers durchgeführten Gespräche geschlossenen schriftlichen Verträge unstreitig keinen Bezug zur Beklagten zu 1. erkennen lassen und dass die weiteren Anlagen ohne Mitwirkung eines Mitarbeiters der Beklagten zu 1. von dem Kläger getätigt worden sind.

Allein daraus, dass der Beklagte zu 2. Anlageberater der Beklagten zu 1. gewesen ist, als er nach Behauptung des Klägers diesen auf eine andere Anlageform angesprochen haben soll, kann nicht geschlossen werden, dass er im Namen der Beklagten zu 1. gehandelt hat, gerade weil der Vertragsschluss und die Abwicklung des Geschäfts nicht über die Beklagte zu 1. in deren Räumen und unter zur Verfügung stellen ihres Geschäftsbetriebs durch Tätigkeit von Überweisungen stattfinden sollte, sondern in der Privatwohnung des Klägers.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Anwendung der Grundsätze des unternehmensbezogenen Geschäfts. Zwar deuten Rechtsgeschäfte im Rahmen eines Unternehmens nach einer in ständiger Rechtsprechung angewandten Auslegungsregel auf ein Handeln im Namen des Inhaber hin, wenn nicht besondere Umstände etwas anderes ergeben. Bezieht sich der Vertrag auf einen zum Unternehmen gehörenden Gegenstand, so wird grundsätzlich der Unternehmensinhaber Vertragspartner (BGH NJW-RR 1998, 1342, Palandt-Heinrichs, a.a.O. § 164 Rz. 2 m.w.N.). Die genannten hier gegebenen besonderen Umstände ließen einen Schluss darauf, dass der Beklagte zu 2. für die Beklagte zu 1. die Kapitalanlage vermitteln wollte, jedoch nicht zu, so dass unabhängig davon, ob mit dem Beklagten zu 2. ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist, jedenfalls kein unternehmensbezogenes Geschäft vorgelegen hat, durch das die Beklagte zu 1. verpflichtet worden ist.

Schließlich sind auch keine Anhaltspunkte im vorliegenden Fall gegeben, die für eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht der Beklagten zu 1. zum Abschluss eines Beratungsvertrages über die Vermittlung der hier in Rede stehenden Produkte sprechen würden.

b) Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1. des weiteren keinen Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 II, 31 BGB i.V.m. §§ 263, 27 StGB; §§ 826, 31 BGB; § 831 BGB, weil zum einen der Beklagte zu 2. nicht in Ausübung der ihm übertragenen Aufgaben gehandelt hat (aa) und Ansprüche aus unerlaubter Handlung verjährt wären (bb). 29

aa) Da der Beklagte zu 2. bei der Vermittlung des Kapitalanlagegeschäfts im Sommer 1990 und damit zum Zeitpunkt des angeblichen Abschlusses des Beratungsvertrages der Grundlage für die Folgegeschäfte gewesen sein soll, ausweislich des berichtigten Tatbestandes nur Anlageberater und Kreditsachbearbeiter der Beklagten zu 1., noch nicht aber deren Filialleiter war, war er kein verfassungsmäßiger Vertreter der Beklagten zu 1. im Sinne des § 31 BGB. Nach der Rechtsprechung besteht zwar auch eine Repräsentantenhaftung für solche Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame und wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (BGH Urt. v. 05.03.1998, III ZR 183/96, www.jurisweb.de S. 4 = NJW 1998, 1854; Senat, Urt. v. 21.03.2001, 15 U 178/00, www.jurisweb.de S. 3 f). Zu diesem Personenkreis zählt der BGH Filialleiter einer Bank (BGH NJW 1977, 2259; a.a.O. S. 5). Diesem ist ein Anlageberater und Kreditsachbearbeiter einer Bank jedoch nicht vergleichbar, weil er lediglich eine sachbearbeitende Tätigkeit hat. Der Kläger hat auch nicht vorgetragen, dass der Beklagte zu 2. in dieser Funktion leitender Angestellter gewesen ist. 30

Deswegen kommt eine Haftung der Beklagten zu 1. nur über § 831 BGB in Betracht. Hiernach haftet der Geschäftsherr jedoch nur, wenn der Schaden in Ausführung der Verrichtung, zu der der Gehilfe bestellt worden ist, und nicht nur gelegentlich der Verrichtung zugefügt worden ist. So kann im allgemeinen die Begehung einer vorsätzlichen Straftat durch den Verrichtungsgehilfen dem Geschäftsherrn nicht zugerechnet werden (OLG Frankfurt WM 1997, 18, 23, GA 121 ff). Des weiteren kann auch die Rechtsprechung zur Organhaftung zur Konkretisierung herangezogen werden, da die Voraussetzungen für eine Organ- bzw. Repräsentantenhaftung jedenfalls nicht enger sind, als die für einen Verrichtungsgehilfen. Nach diesen Grundsätzen geschieht eine Handlung dann nicht mehr in Ausführung der zustehenden Verrichtungen, wenn sie nicht mehr in dem dem Repräsentanten zustehenden Wirkungskreis fällt, sondern so sehr außerhalb des Aufgabenkreises steht, dass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Handeln und dem allgemeinen Rahmen der ihm übertragenen Obliegenheiten nicht mehr erkennbar und daher der Schluss geboten ist, dass der Repräsentant nur bei Gelegenheit, nicht aber in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung gehandelt habe (BGH Urt. v. 13.01.1987, VI ZR 303/85, www.jurisweb.de S. 3 = NJW 1987, 1193; Senat, a.a.O., S. 4). 31

Vorliegend war der Beklagte zu 2. zwar als Anlageberater tätig, weswegen die Vermittlung von Kapitalanlagen grundsätzlich in seinen Aufgabenbereich fiel. Aus der maßgebenden - objektiven - Sicht des Klägers stand aus den bereits oben unter a) genannten Gründen - insbesondere deswegen, weil die beabsichtigte Anlage nicht in den Geschäftsräumen der Beklagten zu 1., sondern in der Wohnung des Klägers vermittelt worden ist - das Handeln des Beklagten zu 2. jedoch nicht mehr in einem inneren Zusammenhang zwischen der ihm von der Beklagten zu 1. aufgetragenen Verrichtung und der von ihm vorgenommenen Vermittlung des Kontakts zu Herrn P.. 32

bb) Des weiteren wären etwa gleichwohl bestehende Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte zu 1. aus unerlaubter Handlung aus den gleichen Gründen verjährt wie Ansprüche 33

aus unerlaubter Handlung gegen den Beklagten zu 2..

Der Kläger hat durch seinen Prozessbevollmächtigten in erster Instanz eingeräumt, dass er im Laufe des Jahres 1999 erfahren habe, dass beide Beklagten als Schädiger in Betracht kämen. Nach der Verjährungsregelung des § 852 BGB a.F. begann damit der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist mit dieser Kenntnis. Die am 30. Dezember 2002 eingereichte Klage konnte deswegen die Verjährungsfrist nicht nach § 209 I BGB a.F. unterbrechen, weswegen auch keine Hemmung der Verjährung nach Art. 229 § 6 III EGBGB i.V.m. § 204 I Nr. 1 BGB n.F. gegeben ist, weil der Kläger selber nicht vorträgt, dass er in den letzten Tagen des Jahres 1999 erst diese Kenntnis erlangt hat. Dies ist, wie das Landgericht zutreffend begründet hat, ausgeschlossen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung auch nicht. 34

Soweit der Kläger sich nunmehr darauf beruft, er habe erst im Juni 2000 davon Kenntnis erhalten, dass der Beklagte zu 2. Provisionseinnahmen erhalten habe, kann er sich darauf nicht berufen. Denn er hat im Schriftsatz vom 10. Juni 2003 eingeräumt, dass er im Jahr 1999 aufgrund einer Information des Herrn P. Kenntnis davon erhalten habe, dass er das Kapital möglicherweise infolge Betruges verloren habe. Zudem sei ihm aufgrund der ihm im Jahre 1999 bekannt gewordenen Entfernung des Beklagten zu 2. aus dem Dienst bei der Beklagten zu 1. klar geworden sei, dass die Beklagten als Schädiger in Betracht kommen. Des weiteren ist unstreitig, dass ein etwaiger Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1. bereits in einem Telefongespräch mit dem Innenrevisor der Beklagten zu 1. Herrn X., auf das sich der Kläger selber in erster Instanz bezogen hat, am 26. Juli 1999 (GA 118) thematisiert worden ist. Es kann auch dahinstehen, wann der Kläger Kenntnis von den Provisionszahlungen an den Beklagten zu 2. erhalten hat. Die Frage, ob der Beklagte zu 2. Verrichtungsgehilfe der Beklagten zu 1. war, hängt nicht von Provisionszahlungen ab, weil es bei der Frage, ob der Beklagte zu 2. bei Gelegenheit der Verrichtung den Schaden mitverursacht hat, auf die objektive Sicht des Klägers ankommt, der von Provisionszahlungen nichts wusste und auch ohne diese ein innerer Zusammenhang nicht gegeben war (s.o.). 35

2. 36

a) Der Kläger hat gegen den Beklagten zu 2. hingegen einen Anspruch auf Schadensersatz in der ausgeurteilten Höhe wegen positiver Forderungsverletzung eines mit diesem stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages. 37

aa) Zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist nach den Umständen stillschweigend ein Auskunftsvertrag zustande gekommen ist, der eine Anlageberatung oder -vermittlung zum Inhalt gehabt hat. 38

Nach ständiger Rechtsprechung liegt der Anlageberatung bzw. -vermittlung regelmäßig ein Vertrag zugrunde, der mangels ausdrücklicher Vereinbarung meist stillschweigend zustande kommt (BGHZ 74, 102, 106; NJW 1987, 1815, 1816 = BB 1987, 850 ff; BGHZ 123, 126; v. Heymann, Die neuere Rechtsprechung zur Bankenhaftung bei Immobilien-Kapitalanlagen, NJW 1999, 1577, 1579 m.w.N.; Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Auflage 1997, § 5 Rz. 10 f m.w.N.). Dabei nimmt die Rechtsprechung regelmäßig dann einen stillschweigenden Auskunftsvertrag an, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und diesem als Grundlage für Vermögensdispositionen dient, der Auskunftgeber sich als sachkundig bezeichnet oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat (BGHZ 74, 102, 106; BGH Urt. v. 13.02.1992, III ZR 28/90, www.jurisweb.de S. 5 = NJW 1992, 2080 ff; Assmann/Schütze, a.a.O. Rz. 11 m.w.N.) bzw. wenn der Interessent deutlich macht, dass er bezogen auf eine bestimmte Anlageentscheidung die besonderen Kenntnisse 39

und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen will und dieser die gewünschte Tätigkeit beginnt (BGH Urt. v. 13.01.2000, III ZR 62/99, www.jurisweb.de S. 3 = NJW-RR 2000, 998; BGH Urt. v. 13.05.1993, III ZR 25/92, www.jurisweb.de S. 2 = NJW-RR 1114 ff; OLG Celle Urt. v. 04.10.2001, 11 U 297/00, www.jurisweb.de Rz. 52 = OLGR Celle 2002, 39 ff; Palandt-Sprau, a.a.O., § 675 Rz. 42). Die Sachkunde des Auftraggebers und die Bedeutung der Auskunft für den Empfänger reichen jedoch nicht aus. Vielmehr stellen diese Umstände lediglich Indizien dar, die, wenn auch mit erheblichem Gewicht, in die Würdigung der gesamten Gegebenheiten des konkreten Falles einzubeziehen sind. Für den stillschweigenden Abschluss eines Auskunftsvertrages ist entscheidend darauf abzustellen, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Rückschluss darauf zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben. Hierbei können weitere Umstände berücksichtigt werden, die für einen Verpflichtungswillen des Auskunftgebers sprechen können, wie z.B. dessen eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Geschäftsabschluss, ein persönliches Engagement in Form von Zusicherungen nach Art einer Garantieübernahme oder die Einbeziehung des Auskunftgebers in die Vertragsverhandlungen als unabhängige neutrale Person (BGH Urt. v. 13.02.1992, III ZR 28/90, www.jurisweb.de S. 5 = NJW 1992, 2080 ff m.w.N.).

Nach den Gesamtumständen ist zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2. ein solcher Auskunftsvertrag zustande gekommen. 40

Für den konkludenten Abschluss eines solchen Auskunftsvertrag spricht zunächst, dass der Beklagte zu 2. als Anlageberater der Beklagten zu 1. sachkundig und die Anlageentscheidung für den Kläger grundsätzlich von Bedeutung war. Nach dem Vorbringen des Beklagten zu 2. soll zwar der Kläger ihn auf die Möglichkeit einer höheren Verzinsung angesprochen haben. Für den Beklagten zu 2. ersichtlich hätte der Kläger gerade in diesem Fall dessen Fachkompetenz als Anlageberater in Anspruch nehmen wollen. Aber auch dann, wenn der Beklagte zu 2. seinerseits, wie der Kläger behauptet, diesen daraufhin angesprochen hätte, ob er sein Geld nicht gewinnbringender anlegen wolle, wäre für den Beklagten zu 2. für diesen ersichtlich dessen besondere Sachkunde als Anlageberater ausschlaggebend für die Entscheidung des Klägers gewesen, sein Geld anderweitig als bei der Beklagten zu 1., deren langjähriger Kunde er unbestritten war, anzulegen. Dass die zu treffende Anlageentscheidung für den Kläger auch grundsätzlich von Bedeutung war, liegt auf der Hand. 41

Der Beklagte zu 2. hatte auch insoweit ein eigenes Interesse daran, dass der Kläger über Herrn P. eine andere Kapitalanlage tätigt, als er - insoweit unstreitig - für die Vermittlung des Erstkontakts eine Provision von der kapitalsuchenden Firma erhalten sollte, sofern es im Anschluss daran zum Abschluss von Verträgen gekommen ist. 42

Soweit das Landgericht in seiner Begründung die Provision als Indiz für einen Auskunftsvertrag nicht als geeignet angesehen hat, weil es sich nur um ein mittelbares Interesse gehandelt habe, kann dem so nicht gefolgt werden. Denn die von dem Landgericht zitierten Entscheidungen betreffen, soweit sie sich mit der Frage beschäftigen, ob ein eigenes wirtschaftliches Interesse eine Haftung begründen kann, nicht mit einer Haftung aus einem zwischen den Handelnden geschlossenen Auskunftsvertrag, sondern mit der Haftung des Vertreters aus dem durch die Anbahnung von Vertragsverhandlungen eines Vertreters begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses aus culpa in contrahendo (BGH Urt. v. 20.01.1992, VIII ZR 80/91, www.jurisweb.de S. 3 = NJW-RR 1992, 605; BGH Urt. v. 17.10.1989, XI ZR 173/88, www.jurisweb.de S. 2 f = NJW 1990, 43). Hier geht es jedoch um 43

die Frage, ob eine an den Beklagten zu 2., der nicht der Vertreter der Kapitalanlagegesellschaft war, von der Kapitalanlagegesellschaft gezahlte Provision ausreichend ist, um den konkludenten Abschluss eines Auskunftsvertrages zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2. zu bejahen. In diesem Zusammenhang kann die Zahlung einer Provision durch den Kapitalsuchenden als ein Indiz für das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages gewertet werden (OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.11.1998, 3 U 7/98, www.jurisweb.de S. 6 = NJW-RR 1999, 990 ff).

Ein weiteres Indiz für den Abschluss eines Auskunftsvertrages ist, dass der Beklagte zu 2., sowohl wenn er, wie er behauptet, von dem Kläger auf gewinnbringendere Anlageformen angesprochen worden sein sollte, als auch, wenn er diesen auf anderweitige Anlagemöglichkeiten von sich aus angesprochen haben sollte, im eigenen Namen tätig geworden ist, indem er den Kläger - insoweit unstreitig - an Herrn P. verwiesen hat. Es kann letztlich dahinstehen, ob der Beklagte zu 2. darüber hinaus in dem ersten Vieraugengespräch mit dem Kläger oder jedenfalls in dem Beratungsgespräch mit Herrn P. in der Wohnung des Klägers die getätigte Anlage tatsächlich selbst empfohlen und als sicher dargestellt hat. Hierauf kommt es schon wegen der übrigen bereits genannten Indizien, die für den Abschluss eines Auskunftsvertrages sprechen, nicht an. Dabei ist insbesondere entscheidend, dass der Beklagte zu 2. den Kläger nicht nur aus dem Beratungsverhältnis zu der Beklagten zu 1. "herausgelöst" hat, indem er ihn an einen nicht für die Beklagte zu 1. tätigen Kapitalanlagenvermittler verwiesen hat, sondern selbst an dem Beratungsgespräch in der Wohnung des Klägers teilgenommen hat. Dadurch hat er wegen seiner Fachkunde und Stellung als Anlageberater den Anschein der Seriosität des empfohlenen Kapitalanlagenvermittlers P. und der von diesem in dem Beratungsgespräch angepriesenen Kapitalanlagen verstärkt und den Eindruck erweckt, dass die empfohlene Kapitalanlage auch aus seiner Sicht als Anlageberater keinen Bedenken begegnen. 44

bb) Der Beklagte zu 2. hat die ihm aus diesem Auskunftsvertrag obliegende Pflicht dadurch verletzt, dass er die in dem in seiner Gegenwart geführten Beratungsgespräch vermittelte Kapitalanlage nicht auf Plausibilität überprüft hat. Dabei kann dahinstehen, ob der Beklagte zu 2. nach den Umständen des Falles als Anlageberater oder Anlagevermittler tätig geworden ist, weil er auch die geringeren Anforderungen, die an eine Auskunft durch einen Anlagevermittler gestellt werden, verletzt hat. 45

Von einem Anlagevermittler werden lediglich richtige und vollständige Informationen über die für den Anlageentschluss wesentlichen tatsächlichen Umstände erwartet (Assmann/Schütze Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, Rn. 2 ff zu § 5; Senat, Urt. v. 15.03.2000, 15 U 137/99, Urt. v. 7.11.2001, 15 U 25/01). Hierzu bedarf es grundsätzlich vorab der eigenen Information des Anlagevermittlers hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Kapitalanlage und der Bonität des Kapitalsuchenden. Liegen hierzu objektive Daten nicht vor oder verfügt der Anlagevermittler mangels Einholung entsprechender Informationen nur über unzureichende Kenntnisse, muss er dies dem anderen Teil zumindest offenlegen (BGH Urt. v. 13.05.1993, III ZR 25/92, www.jurisweb.de S. 3 = NJW-RR 1993, 1114 ff; Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 280 Rz. 53). 46

Der Beklagte zu 2. hat gegen diese Pflicht schon deswegen verstoßen, weil ihm, wie er behauptet, Festgeldanlagen nicht bekannt gewesen seien und er von dem Inhalt der geschlossenen Kapitalanlageverträge keine Kenntnis gehabt hat. Hierüber hat er den Kläger auch nicht aufgeklärt. 47

bb) Die Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. ist jedenfalls zum Teil auch kausal für den von dem Kläger erlittenen Schaden geworden. 48

(1) Unbestritten hat der Kläger bei dem ersten Gespräch mit Herrn P. 175.000,- DM (= 89.476,08 EUR) zwecks Anlage in bar ausgehändigt. Der Beklagte zu 2. bestreitet zwar den Abschluss von Kapitalanlageverträgen mit Nichtwissen. Da er für die Vermittlung dieses Vertrages ausweislich der überreichten und insoweit nicht bestrittenen Provisionsabrechnungen jedoch und zwar mehrfach eine Provision in Höhe von 2.625,- DM und damit 1,5 % des Anlagebetrages erhalten hat (Vertragsnummer des Vertrages vom 04.01.1991 ausweislich Anlage K 2 - GA 26 ff - 5/9512/463-OT/SP), ist dieses Bestreiten mit Nichtwissen nicht zulässig. Denn der Beklagte zu 2. hätte im Hinblick auf die unbestritten erhaltenen Provisionszahlungen zumindest darlegen müssen, warum er, obwohl es zu einem Vertragsschluss nicht gekommen sein soll, die Provision hierfür erhalten hat, nachdem er den Erhalt der Provisionszahlungen eingeräumt hat. 49

Der Beklagte zu 2. hat nach der Vorlage des Urteils des Landgerichts Darmstadt gegen B. u.a. (Anlage K 15, GA 90 ff) auch nicht mehr bestritten, dass B. die dort abgeurteilten Taten begangen hat und es sich bei den Firmen S., P. und E. letztlich um solche gehandelt hat, die nur dem Zweck dienten, Anlagegelder unter dem Vorwand des Handels mit Bankpapieren anzuwerben, die von dem Angeklagten für eigene Zwecke verwandt worden sind. Denn der Beklagte zu 2. hat im Schriftsatz vom 20. Mai 2003 selbst auf das Strafurteil des Landgerichts Darmstadt verwiesen und den Schaden nur noch mit dem Hinweis bestritten, der Kläger sei in diesem Urteil nicht als Geschädigter aufgeführt. Im Hinblick hierauf kann davon ausgegangen werden, dass der Kläger diese 175.000,- DM, die ausweislich der Anlage K 2 bei E. angelegt worden sind, verloren hat. 50

Es ist des weiteren davon auszugehen, dass der Kläger bei entsprechender Aufklärung durch den Beklagten zu 2. darüber, dass dieser keine eigenen Erkenntnisse über die Anlage hatte, die im Beratungsgespräch vermittelt worden ist, davon abgesehen hätte, die Anlage zu tätigen. Für das Gegenteil obliegt nach h.M. dem Beklagten zu 2. die Beweislast (Palandt-Heinrichs, 61. Auflage 2002, § 282 Rz. 15). Diesen Beweis hat er nicht geführt. 51

(2) Hinsichtlich der weiteren getätigten Anlagen ist die Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. jedenfalls für die zweite Anlage bei der Firma E. in Höhe von 75.000,- DM, nicht jedoch für die behaupteten Anlagen bei der X Bank kausal geworden. 52

Eine Haftung des Beklagten zu 2. für die weitere Anlage bei der Fa. E. ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Beklagte zu 2., wie der Kläger in der Berufungsbegründung eingeräumt hat, an dem Zustandekommen weiterer Verträge nicht beteiligt war und weder bei der Vermittlung dieser Anlagen durch Herrn P. noch bei Abschluss des jeweiligen Vertrages dabei gewesen ist. 53

Bei der Vermittlung von Börsentermingeschäften ist anerkannt, dass die durch einen Aufklärungsmangel begründete Vermutung, dass der Kunde von diesem Geschäft bei gehöriger Aufklärung abgesehen hätte, Wirkung auch bezüglich von Folgegeschäften äußern kann (BGH Beschluss v. 22.06.1993, XI ZR 215/92, www.jurisweb.de S. 2 = NJW 1993, 2434; OLG Stuttgart, Urt. v. 15.02.1995, 9 U 185/94, www.jurisweb.de S. 1 (Ls.) = ZIP 1995, 641; OLG Zweibrücken, Urt. v. 15.05.1995, 7 U 81/94, www.jurisweb.de S. 1 (Ls.) = ZIP 1995, 1251). Dies gilt aber nur, wenn die Geschäfte, die später abgeschlossen worden sind, dem Erstgeschäft vergleichbar sind und sich insoweit der Aufklärungsmangel ausgewirkt hat. Dies kann bei der weiteren Anlage bei der Fa. E. bejaht werden. Dadurch, dass zwischen dem Kläger und dem Beklagten aus den oben genannten Gründen ein Auskunftsvertrag hinsichtlich der dann von Herrn P. in dem Beratungsgespräch vermittelten Kapitalanlage bei der Fa. E. zustande gekommen ist, besteht eine Vermutung dahingehend, dass der Kläger wegen der mangelnden Aufklärung des Beklagten zu 2. über die nicht durchgeführte 54

Plausibilitätsprüfung Folgegeschäfte abgeschlossen hat, nur insoweit, als die gleiche Anlageform bei der gleichen Firma vom Kläger nochmals gewählt worden ist. Hingegen besteht diese Vermutung nicht, soweit der Kläger von Herrn P. ohne Zutun des Beklagten zu 2. weitere Kapitalanlagen vermittelt erhalten hat, die nicht Gegenstand des ersten Beratungsgesprächs waren. Denn diese Kapitalanlageverträge sind nach eigener Darstellung des Klägers, der Einzelheiten dieser Verträge nicht mitgeteilt und keine schriftlichen Verträge vorgelegt hat, weder mit der Firma E. geschlossen worden, noch hat der Kläger dargelegt, dass es sich um die gleiche Anlageform gehandelt hätte.

(aa) Ausweislich der Anlage K 1 soll am 1. Juli 1991 ein weiterer Vertrag mit E. geschlossen worden sein über einen Betrag von 75.000,- DM (= 38.346,89 EUR). Da es sich um einen Vertrag mit der gleichen Kapitalanlagefirma und gleicher Art handelt, wie bei dem ersten Vertrag, ist nach dem oben aufgestellten Grundsatz eine Haftung des Beklagten zu 2. auch für diese Anlage zu bejahen, weil insoweit seine ursprüngliche Vermittlung kausal auch für die Folgeanlage geworden ist. 55

Wegen der überreichten, insoweit nicht bestrittenen Provisionsabrechnungen kann mangels substantiierten Bestreitens des Beklagten zu 2. ebenfalls davon ausgegangen werden, dass die Anlage tatsächlich getätigt und das Geld eingezahlt worden ist. 56

Die in der Anlage K 1 genannte Vertragsnummer für den weiteren, auf den 1. Juli 1991 datierten Betrag findet sich ebenfalls auf der Provisionsübersicht wieder. Die dort ausgewiesene Provision entspricht 1,5 % des Anlagebetrages von 75.000,- DM. Dagegen, dass es sich um eine Provision für diesen Vertrag handelt, spricht nicht, dass diese Provision erst am 31.12.1992 gezahlt worden sein soll. Denn aus den Provisionsabrechnungen ergibt sich insbesondere anhand des ersten geschlossenen Vertrages mit der Fa. E., dass der Beklagte zu 2. den Provisionsbetrag für eine Anlage nicht nur einmalig, sondern jährlich erhalten hat, solange der Kapitalanlagevertrag noch bestand. Im Hinblick darauf hätte es dem Beklagten zu 2. auch in diesem Zusammenhang obliegen, darzulegen, warum diese Provisionen gezahlt worden sind, obwohl es zu einer Kapitalanlage nicht gekommen sein soll. 57

(bb) Da es sich bei den übrigen gezahlten Beträgen um angebliche Kapitalanlagen gehandelt hat, die nicht die Fa. E. und/oder die gleiche Anlageform betroffen haben, kann aus den oben genannten Gründen nicht davon ausgegangen werden, dass die Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. auch für diese Geschäfte kausal geworden ist. Zudem hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, dass bezüglich dieser Beträge überhaupt Kapitalanlageverträge geschlossen und die Gelder in Erfüllung dieser Verträge an die X. Bank gezahlt worden sind, deren Geschäfte ebenfalls betrügerisch gewesen sein sollen. 58

Der Kläger hat bereits nicht schlüssig dargelegt, dass er die weiteren Beträge von 132.250 DM (= 67.618,35 EUR, Anlage K 3, GA 31) und 18.250,- DM (Anlage K 4, GA 32) - wobei er diesen Betrag in der Berufungsbegründung nicht mehr in seine Berechnung eingestellt hat - selbst in voller Höhe an die Henderson Pacific Private Bank gezahlt hat. Denn die Quittung bzw. Empfangsbestätigung ist für "K., Franz/Par Invest" ausgestellt. Bei letzterer Firma handelt es sich aber um eine eigenständige juristische Person, die im Strafurteil des Landgerichts Darmstadt (Anlage K 15) in der Aufstellung der Anlagegeschäfte z.B. unter Fall-Nr. 98 als Geschädigte aufgeführt worden ist, wenngleich allerdings auffällig ist, dass diese Firma auf der gleichen Straße in Zürich ansässig ist, wie die Scheinfirma, über die die Anlagegeschäfte getätigt worden sind. Zwar könnten die Provisionsabrechnungen des Beklagten zu 2. vermuten lassen, dass er auch für Geschäfte des Klägers mit Henderson eine Provision erhalten hat, sofern das "X" in der Anlage K 19 "X" bedeuten sollte. Dies hat der Kläger aber nicht näher dargelegt, insbesondere die angeblichen Kapitalanlageverträge 59

nicht vorgelegt, weswegen er einen Schaden nicht schlüssig dargelegt hat.

(cc) Soweit der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz eine Anlage von weiteren 150.000,- DM im Sommer 1995 konkret behauptet, ist dieses Vorbringen neu i.S.d. § 531 ZPO und nicht zuzulassen. In erster Instanz hat der Kläger zwar einen Anlagebetrag von 550.000,- DM insgesamt behauptet. Seine Darlegung war jedoch insoweit un schlüssig, als er nur angebliche Anlagen von 175.000,- DM, 75.000,- DM, 132.250,- DM und 18.250,- DM konkret beziffert und damit lediglich bezüglich eines Anlagebetrages von 400.500,- DM dargelegt hat, dass und wo Anlagen getätigt worden sein sollen. 60

Selbst wenn man aber davon ausgehen sollte, dass der Kläger wegen der Benennung des angeblichen Gesamtanlagebetrages seinen Schaden bereits in erster Instanz der Höhe nach dargelegt habe und deswegen dieses neue Vorbringen nur eine zulässige Ergänzung sei, ist sein Vorbringen un schlüssig. Denn der Kläger legt auch insoweit nicht dar, was für eine Kapitalanlage bei welcher Firma er im Sommer 1995 getätigt haben will. Dass er diesen Betrag Herrn P. ausgehändigt habe, reicht für eine Haftung des Beklagten zu 2. nicht aus, da dieser aus den genannten Gründen nicht für sämtliche über Herrn P. getätigte Anlagegeschäfte haftet. 61

cc) Im Ergebnis hat der Kläger jedoch nur einen Schaden in Höhe von 102.130,55 EUR (= 199.750 DM) erlitten, da er sich die eingeräumten Auszahlungen von 32.000,- DM und 18.250,- DM (GA 167 R, 171), bei denen es sich nach seinem eigenen Vorbringen letztlich um Kapitalrückzahlungen gehandelt hat, weil das Geld nie angelegt worden ist und Zinsen von dem Initiator des Betrugs B. entsprechend nie gezahlt worden sind, auf seinen Schaden anrechnen lassen muss. 62

Entgegen der im nicht nachgelassenen Schriftsatz des Beklagten zu 2. vom 7. Mai 2004 geäußerten Ansicht, kann dem erstinstanzlichen Vorbringen des Klägers nicht entnommen werden, dass sein Schaden geringer gewesen sei, weil er Gewinneinnahmen in einer Höhe von 149.500,- DM gehabt hätte, die er wieder angelegt hätte. Denn der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung erster Instanz und dem nachfolgenden Schriftsatz ausführen lassen, dass er - lediglich - den Betrag von insgesamt 50.250,- DM zurückerhalten habe. Zudem hat sich der Kläger hinsichtlich der hier in Rede stehenden Anlagen bei der Fa. E. auf das Strafurteil des Landgerichts Darmstadt berufen, in dem festgestellt worden ist, dass die an diese Firma gezahlten Gelder nie angelegt worden sind, sondern es sich um ein Schneeballsystem gehandelt hat. Wie bereits dargelegt hat, dies auch der Beklagte zu 2. in erster Instanz nicht bestritten. Schon daraus ergibt sich, dass es Gewinneinnahmen nicht gegeben hat. 63

cc) Der Anspruch des Klägers ist nicht wegen eines Mitverschulden seinerseits nach § 254 BGB gemindert. 64

Derjenige, der - wie hier der Beklagte zu 2. - eine unrichtige Auskunft erteilt, kann dem anderen gegenüber in der Regel nicht entgegenhalten, dieser habe auf die Auskunft vertraut (BGH Urt. v. 26.09. 1997, V ZR 65/96, www.jurisweb.de S. 3 = NJW-RR 1998, 16; BGH Urt. v. 25.11.1981, IVa ZR 286/80, www.jurisweb.de. S. 4 = NJW 1982, 1095). Ein Mitverschulden kann vorliegen, wenn nach den Umständen des Falles Anlass zu Misstrauen bestand, insbesondere, wenn für den Interessenten ohne weiteres erkennbar ist, dass der Vermittler für die kapitalsuchende Seite handelt, der Vermittler von ihm z.B. keine Bezahlung fordert, sondern seine Provision von anderer Seite erhält (BGH Urt. v. 25.11.1981, IVa ZR 286/80, www.jurisweb.de. S. 4 = NJW 1982, 1095). Der Beklagte zu 2. hat jedoch nicht behauptet, dass der Kläger bereits bei Vermittlung der Kapitalanlageverträge gewusst habe, dass er, der 65

Beklagte zu 2. ebenfalls eine Provision von der kapitalsuchenden Firma erhält. Dass der Beklagte zu 2. ihm einen Anlagevermittler empfohlen hat, der erheblich bessere Konditionen zu bieten hatte, als die Beklagte zu 1., musste angesichts der Sachkunde des Beklagten zu 2. ebenfalls kein Grund sein, an der Seriosität der Auskunft des Beklagten zu 2. zu zweifeln.

Im Ergebnis verbleibt es damit bei einem Anspruch des Klägers in Höhe von 102.130,55 EUR. 66

b) Dem Kläger steht gegen den Beklagten zu 2) kein weitergehender Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zu, weil der Beklagte weder als Vertreter der Beklagten zu 1. beim Abschluss des Auskunftsvertrages aufgetreten ist (s.o.) noch als Vertreter der Kapitalanlagegesellschaft gehandelt hat. 67

c) Der Kläger hat gegen den Beklagten zu 2. schließlich auch keinen weiteren Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 II BGB i.V.m. §§ 263, 27 StGB bzw. § 826 BGB. 68

aa) Der Kläger hat die Voraussetzungen für eine Haftung hiernach nicht ansatzweise dargetan. Denn eine Haftung aus unerlaubter Handlung würde in beiden Fällen bedingen, dass der Beklagte zu 2. von der betrügerischen Natur der von Herrn P. vermittelten Anlagegeschäfte wusste und in Kenntnis dessen die Vermittlung dieser Geschäfte durch seine Tätigkeit unterstützt hat. 69

Die Tatsache, dass die Rendite mit 14 % angegeben worden ist, konnte zwar für den Beklagten zu 2. als Fachmann Zweifel an der Seriosität des Geschäfts begründen, weil die marktübliche Rendite hierdurch wesentlich überschritten worden ist. Das reicht für sich genommen jedoch nicht aus, um von einer Beihilfe des Beklagten zu 2. zum Betrug oder einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung auszugehen. Hierzu hätte es näherer Erkenntnisse des Beklagten zu 2. über die Art der angeblichen Anlagegeschäfte bedurft. Dass der Beklagte zu 2. hierüber orientiert gewesen sei, hat der Kläger zwar behauptet, aber weder näher dargelegt noch ausreichend unter Beweis gestellt. Sein Beweisantritt in der Klageschrift bezieht sich ersichtlich nur darauf, dass es einen Handel mit Bankgarantien, der übrigens in den vorgelegten Verträgen nicht erwähnt wird, nicht gebe. Wie und wo der Beklagte zu 2. Kenntnis vom Inhalt der Verträge erhalten haben soll, teilt der Kläger nicht mit. Soweit die Provisionsabrechnungen von B. persönlich stammen sollen, besagt dies ebenfalls nichts darüber, ob dem Beklagten zu 2. B. auch persönlich bekannt war oder er nähere Einblicke in die von diesem getätigten Geschäfte hatte. Die bestrittene Behauptung, der Beklagte zu 2. habe B. bereits frühzeitig persönlich kennengelernt und in Luxemburg getroffen, ist weder zeitlich und nach den Umständen dargelegt, noch unter Beweis gestellt. 70

bb) Etwaige Forderungen aus unerlaubter Handlung wären zudem auch verjährt, wie das Landgericht mit zutreffender Begründung festgestellt hat. Dabei kann es dahinstehen, ob der Kläger von Provisionszahlungen an den Beklagten zu 2. erst im Jahr 2000 Kenntnis erhalten hat. Abgesehen davon, dass es sich hierbei um eine erstmals in der Berufungsbegründung aufgestellte und damit neue Tatsachenbehauptung handelt, die nach § 531 ZPO nicht zuzulassen ist, wäre dies für eine Haftung des Beklagten zu 2. nicht von entscheidender Bedeutung, weil bei Kenntnis der betrügerischen Geschäfte ein eigener Vorteil in Form einer Provision für eine Haftung des Beklagten zu 2. nicht Anspruchsvoraussetzung wäre. 71

d) Der Kläger hat des weiteren einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Zinsschadens aus positiver Forderungsverletzung in Höhe von 6 % des bei der Fa. E. angelegten Kapitals. 72

Der Beklagte zu 2. hat das Vorbringen des Klägers hierzu, er hätte ansonsten die bei der Firma E. angelegten Gelder in den üblichen Sparformen angelegt und diesen Zinssatz erzielt, nicht bestritten. Dieses Vorbringen des Klägers ist zwar neu, weil er erstmals in der Berufungsbegründung diese Behauptung aufgestellt hat. Gleichwohl ist dieses unstrittige Vorbringen nach § 531 ZPO zuzulassen. Auch wenn die Verfahrensbeschleunigung nicht mehr unmittelbares Ziel der Präklusionsregeln ist, soll unverändert eine ökonomische Verfahrensgestaltung erreicht werden und der zu diesem Zweck neu definierten Berufungsfunktion Rechnung getragen werden (BGH Beschl. v. 22.01.2004, V ZR 187/03, www.jurisweb.de S. 2). Mit dieser Funktion ist es nach Auffassung des Senats jedenfalls dann auch im Sinne einer materiell richtigen Entscheidung vereinbar, neues unstrittiges Vorbringen zu berücksichtigen, wenn - wie hier - eine Beweisaufnahme dadurch nicht veranlasst ist.

Der Kläger hat danach grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung von 6 % Zinsen bezüglich des bei der Fa. E. angelegten Kapitals ab dem Tag der Zahlung, wobei er hinsichtlich der ersten Anlage Zinsen erst ab dem 1. Januar 1991 verlangt. Da der Kläger nach seinem eigenen Vorbringen zwei Zahlungen in Höhe von 32.000,- DM und 18.250,- DM zurückerhalten hat, reduziert sich sein Anspruch auf Zinsen vom Tag der Rückzahlung an um den zurückgezahlten Betrag. Angesichts der Tatsache, dass der Kläger jedoch nicht dargelegt hat, wann diese Rückzahlungen erfolgt sind, muss zu seinen Lasten davon ausgegangen werden, dass, nachdem er die 175.000,- DM ausweislich der Abwicklungsaufstellung bereits im Dezember 1990 gezahlt hat, die Rückzahlungen in voller Höhe alsbald erfolgt sind, weshalb ihm insoweit Zinsen nur unter Abzug der Rückzahlungen und zwar erst (§ 308 ZPO) ab dem 1. Januar 1991 zuzusprechen sind. Im Hinblick hierauf steht ihm ein Zinsanspruch insgesamt nur im tenorierten Umfang zu. 74

2. 75

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 I ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 76

Ein begründeter Anlass, die Revision zuzulassen, ist nicht gegeben (§ 543 ZPO). 77