
Datum: 18.10.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 92/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:1018.4U92.05.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 315/04

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 24. Mai 2005 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

1

Der Kläger verlangte in einem früheren Rechtsstreit von der Beklagten Schadensersatz wegen der vermeintlichen Verletzung von Pflichten aus einem Anlageberatungsvertrag, zumindest aus einem Anlagevermittlungsvertrag, hilfsweise aus einem Vermögensverwaltungsvertrag. Der Kläger begehrte damals die Rückzahlung der von ihm geleisteten Einlage nebst Agio abzüglich der in der Zeit vom April 1992 bis Mai 1998

2

erhaltenen Liquiditätsausschüttungen in Höhe von insgesamt 63.400,00 DM Zug um Zug gegen Übertragung der Anlage auf die Beklagte.

Der Senat wies durch Urteil vom 23. März 2004 die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Essen zurück, durch das die Klage abgewiesen worden war; der Bundesgerichtshof wies die Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschluss vom 22. Dezember 2004 zurück (18 O 37/02 LG Essen = 4 U 19/04 OLG Hamm = III ZR 235/04). 3

Über eine Verfassungsbeschwerde des Klägers gegen das Urteil dieses Senats gestützt auf die Verletzung rechtlichen Gehörs ist noch nicht entschieden. 4

Die Beklagte erwirkte am 9. September 2002 und am 21. Juni 2004 Kostenfestsetzungsbeschlüsse über insgesamt 6.758,53 € (2.571,82 € und 4.186,71 €). 5

Der Kläger hält die Vollstreckung aus diesen Kostenfestsetzungsbeschlüssen wegen des Einwands der Aufrechnung für unzulässig. 6

Er hat dazu in erster Instanz ausgeführt, die Beklagte habe ihm wegen pflichtwidriger Vermittlungstätigkeit die entgangenen Zinsen aus anderweitigen Anlagemöglichkeiten hinsichtlich der Einlage als Schaden zu ersetzen, den er zwar vorprozessual, nicht aber in dem Rechtsstreit geltend gemacht habe. Der Schaden belaufe sich bei einer angenommenen Verzinsung von 6 % pro Jahr auf 76.447,34 €. Diesem zur Aufrechnung gestellten Anspruch stehe die Rechtskraft des Urteils dieses Senats nicht entgegen. Dort habe der Senat seinen Schadensersatzanspruch nicht grundsätzlich abgelehnt, sondern nur erkannt, er habe nicht dargelegt, dass der Prospektfehler die fehlende Angabe der Innenprovision für seine Anlage ursächlich gewesen sei. Diesen Vortrag hole er nach. Insoweit hat der Kläger behauptet, er hätte die Anlage nicht gewählt, wenn er gewusst hätte, dass 27 % des eingezahlten Kapitals im Strukturvertrieb versickerten. 7

Der Kläger hat beantragt, 8

die Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen des Landgerichts Essen (18 O 37/02) vom 9. September 2002 und 21. Juni 2004 für unzulässig zu erklären. 9

Die Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Sie hat u.a. ausgeführt, dem Begehren des Klägers stehe die materielle Rechtskraft des genannten Senatsurteils entgegen, da dort dessen Schadensersatzanspruch schlechterdings abgewiesen worden sei. Im Übrigen bestehe die Forderung des Klägers nicht. Insoweit hat sie bestritten, dass ihm überhaupt ein Schaden entstanden ist und er den geltend gemachten Zins bei einer anderen Anlage erzielt hätte. 12

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 5. April 2005 das schriftliche Verfahren angeordnet, den Parteien Vorbringungsfristen bis zum 8. Mai 2005 gesetzt und den Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 24. Mai 2005 bestimmt. 13

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 20. Mai 2005 mitgeteilt, er wolle "in der anzuberaumenden mündlichen Verhandlung" weiter beantragen, die Zwangsvollstreckung aus zwei weiteren Kostenfestsetzungsbeschlüssen in Höhe von 2.215,66 € und 6.760,00 € des Landgerichts Essen vom 24. März 2005 für unzulässig zu erklären. Hilfsweise wolle er sämtliche Anträge auf eine weitere Aufrechnung stützen. Insoweit macht der Kläger aus abgetretenem Recht 14

eines weiteren von der Beklagten vermittelten Anlegers namens V Schadensersatzansprüche ebenfalls wegen entgangener Zinsen in Höhe von 15.997,20 € geltend. Nach der Anzeige vom 18. Mai 2005 ist die Abtretung an diesem Tag erfolgt.

Das Landgericht hat diesen Schriftsatz der Beklagten nicht zugestellt. 15

Es hat sodann die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die 16
Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung sein Begehren, die Unzulässigkeit der 17
Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen festzustellen, weiter, erweitert
um die beiden Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 24. März 2005. Hilfsweise regt er an, das
Verfahren und das Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht Essen
zurückzuverweisen.

Er führt dazu aus, sein Vorbringen in dem Schriftsatz vom 20. Mai 2005 sei gem. § 531 18
Abs. 2 Nr. 3 ZPO zuzulassen, da das Landgericht verfahrensfehlerhaft die mündliche
Verhandlung nicht wiedereröffnet habe. Dabei habe es die Voraussetzungen des § 156
Abs. 1 ZPO im Hinblick darauf verkannt, dass es sich um neue Tatsachen handle. Das
Landgericht habe des weiteren verkannt, dass ein Anlass zu einer weiteren mündlichen
Verhandlung nach den §§ 128 Abs. 1 und 2, 301 Abs. 1 ZPO bestanden habe. Dabei sei von
dem Landgericht übersehen worden, dass die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen bei
seinem Vorgehen drohe, so dass es nicht durch Teilurteil über den ursprünglichen
Klageantrag habe entscheiden dürfen. Außerdem habe das neue Angriffsmittel wegen
besonderer Eigenheiten nur in einer mündlichen Verhandlung erörtert werden können.

Soweit das Landgericht die ursprünglich erhobene Klage abgewiesen habe, habe es sich zu 19
Unrecht gem. § 322 ZPO an die Entscheidung des Senats gebunden gesehen. Die im
Senatsurteil entschiedene Rechtsfolge sei keine Vorfrage dafür, ob ihm Anlagezinsen
entgangen seien. Die entgangenen Anlagezinsen könnten neben dem Ersatz der verlorenen
Einlage geltend gemacht werden. Das Senatsurteil habe über eine offene Teilklage
entschieden, da er ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass er den entgangenen Gewinn
noch nicht geltend mache. Die rechtskräftige Entscheidung über eine Teilklage entfalte aber
keine Bindungswirkung für den anderen Teil. Die Feststellung, dass die Beklagte ihre
Vertragspflichten ihm gegenüber nicht verletzt habe, sei kein präjudizieller Streitgegenstand,
sondern lediglich eine gemeinsame Vorfrage, die nicht mit Bindungswirkung entschieden sei.

In einer Hilferwägung hält der Kläger eine Rechtskrafterstreckung auch deshalb nicht für 20
möglich, weil der Senat in dem genannten Urteil mit seiner Hilfsbegründung zur
Ursächlichkeit des Prospektmangels für seine Anlageentscheidung sein Recht auf rechtliches
Gehör verletzt habe, wie er in seiner Verfassungsbeschwerde im einzelnen ausgeführt habe.
Mangels eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises sei es ihm nicht möglich gewesen
klarzustellen, dass und warum er seine Anlageentscheidung von dem Prospektmangel
abhängig gemacht hätte. Dieser Verfahrensverstoß sei entgegen der Ansicht des
Landgerichts nicht geheilt worden, da er mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht mehr
durch Tatsachenvortrag und Rechtsansichten auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs
habe Einfluss nehmen können, da dieser die Frage der Kausalität nicht als revisibel
angesehen habe.

Der Kläger begründet des weiteren seinen Schadensersatzanspruch, indem er von einem 21
Auskunftsvertrag zwischen den Parteien ausgeht und an Prospektmängeln herausstellt, dass
die Innenprovision von 27 % nicht offengelegt und keine Klarheit über die sog. weichen

Kosten geschaffen worden sei, die insoweit unzureichend nur in einer Gesamtsumme von 11.116.500,00 DM dargestellt worden seien. Er bestreitet, einen Prospektprüfungsbericht erhalten zu haben, in dem die Innenprovision offengelegt worden sei. Er behauptet, er hätte die Anlage nicht gezeichnet, wenn er die exorbitant hohe Innenprovision gekannt hätte. Dem stehe, wie er näher ausführt, seine Kenntnis von der Gesamtsumme der sog. weichen Kosten nicht entgegen. Er könne sich auf die in ständiger Rechtsprechung bestätigte Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens berufen. Die Beklagte habe nicht dargetan, dass die tatsächliche Vermutung hier widerlegt sei. Er habe im Erstprozess von der Beklagten unbestritten ausgeführt, dass für seine Anlageentscheidung die Lage der Immobilie und keinesfalls der Aspekt der Steuerersparnis relevant gewesen sei. Die Behauptung der Beklagten, es sei ihm in erster Linie auf die Steuerersparnis angekommen, sei frei erfunden, da er weder vorher noch nachher eine Beteiligung mit Verlustzuweisung gezeichnet habe, obwohl er in den Folgejahren zum Teil ein wesentlich höheres Einkommen erzielt habe (Beweis: Zeugnis der S).	
Mit näheren Ausführungen vertieft er sein Vorbringen zu seiner Schadensberechnung und dem abgetretenen Anspruch des Zedenten V.	22
Der Kläger beantragt,	23
das angefochtene Urteil abzuändern und die Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen des Landgerichts Essen 18 O 37/02 vom 9. September 2002, vom 21. Juni 2004 und aus zwei weiteren vom 24. März 2005 für unzulässig zu erklären;	24
hilfsweise, das Verfahren und das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht Essen zurückzuverweisen.	25
Die Beklagte beantragt,	26
die Berufung zurückzuweisen.	27
Sie führt u.a. aus, das Landgericht habe sich zu Recht an das genannte Senatsurteil gebunden gesehen. In jenem Rechtsstreit sei es um die Rückgabe einer Kommanditbeteiligung gegen Ersatz des Vertrauensschadens gegangen. Der Anspruch auf Schadensersatz lasse sich nicht von dem Anspruch auf Rücknahme der Beteiligung trennen. Er sei nicht teilbar, da es um die Rückabwicklung eines Geschäftsverhältnisses gehe. Der Kläger sei weiterhin Kommanditist. Nur wenn er nicht Kommanditist geworden wäre, hätte er sein Geld anderweitig anlegen können. Selbst wenn man dem nicht folge, erstrecke sich die Rechtskraft des die Klageabweisung bestätigenden Senatsurteils auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch, da hier ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliege.	28
Das Senatsurteil entfalte auch nicht nur eine eingeschränkte Rechtskraft, da dort der Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör nicht verletzt worden sei.	29
Mit näheren Ausführungen stellt sie einen Prospektmangel auch im Hinblick auf die Frage nach der Innenprovision in Abrede. Dazu behauptet sie, ihr sei lediglich eine Innenprovision von 12 % zugeflossen (Beweis: Zeugnis des Geschäftsführers der Beklagten N; Sachverständigengutachten).	30
Selbst wenn ein Prospektmangel unterstellt werde, so sei ein solcher für die Anlageentscheidung des Klägers nicht kausal gewesen. Zudem sei dem Kläger kein Schaden	31

entstanden. So habe er nicht plausibel machen können, dass er die Einlage anderweitig fest verzinslich angelegt hätte, da er sich ausdrücklich an einem Bauherrenmodell habe beteiligen wollen. Im Übrigen bestreitet die Beklagte die vom Kläger angeführte Höhe der Zinsen. Dieser habe sich auch die erhaltenen Beträge und Steuervorteile anrechnen lassen müssen.	
Schließlich sei ein unterstellter Anspruch des Klägers verwirkt, da er von 1986 bis 1999 geschwiegen habe.	32
Das Landgericht habe sein Ermessen nicht fehlerhaft ausgeübt, indem es sich gegen eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung entschieden habe. Ein Fall einer notwendigen Wiedereröffnung habe nicht vorgelegen. Die Erwägungen des Landgerichts zur Prozessökonomie seien zutreffend. Die Klage bezüglich der Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 24. März 2005 sei vor Schluss der Verhandlung nicht rechtshängig geworden. Das Vorbringen sei auch nicht zuzulassen, wobei sie rein vorsorglich zu dem Anspruch des Zedenten V im einzelnen Stellung nimmt.	33
Der Kläger hat u.a. erwidert, hinsichtlich des entgangenen Gewinns komme eine Vorteilsausgleichung nicht in Betracht.	34
Der Hinweis der Beklagten auf den Prospektprüfungsbericht gehe schon deshalb fehl, weil der vom 12. Dezember 1986 datiere, also nach der Zeichnung der Anlage durch ihn. Seinen Anteil an dem Bauherrenmodell habe er bei Freistellung von Rückzahlungsansprüchen an den Mitgesellschafter U verkauft. Die Ausschüttungen seien ebenso wie die erzielten Steuerersparnisse aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht auf die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung anzurechnen. Anfang 2004 sei er zur Rückzahlung der Ausschüttungen in Anspruch genommen worden. Steuervorteile seien bei der Ermittlung des Schadens nicht zu berücksichtigen, da der Kommanditist den erlangten Schaden wieder versteuern müsse und er durch den Verkauf der Beteiligung die erlangten Steuervorteile wieder versteuert habe (Beweis: Zeugnis S).	35
Dem Senat haben die Akten 18 O 37/02 LG Essen = 4 U 19/04 OLG Hamm zur Information vorgelegen.	36
<u>Entscheidungsgründe:</u>	37
Die Berufung des Klägers ist unbegründet.	38
Entgegen der Auffassung des Klägers kommt eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht schon deshalb nicht in Betracht, weil das Verfahren im ersten Rechtszug nicht an einem wesentlichen Mangel leidet (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).	39
Soweit das Landgericht die angefochtene Entscheidung von den Parteien unbeanstandet ohne mündliche Verhandlung gem. § 128 Abs. 2 ZPO getroffen hat, liegt darin kein wesentlicher Verfahrensmangel. Zwar haben die Parteien die Zustimmung zu dem schriftlichen Verfahren weder in der mündlichen Verhandlung noch schriftlich erteilt (vgl. dazu Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 128 Rdn. 4; Baumbach/Lauterbach/ Hefermehl, ZPO, 60. Aufl., § 128 Rdn. 18 - 21). Gleichwohl erweist sich die Anordnung des Landgerichts aber nicht als fehlerhaft.	40
Nach dem Vermerk des Einzelrichters vom 29. März 2005 (Bl. 85 R d.A.) regte der Beklagtenvertreter fernmündlich an, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden. Diesem Verfahren stimmten die Klägervertreter lt. Vermerk vom 5. April 2005 (Bl. 89 d.A.) aufgrund	41

einer telefonischen Rücksprache zu.

Dieses Vorgehen reicht aus, um von einer wirksamen Zustimmung der Parteien auszugehen, da an dem Inhalt ihrer telefonischen Erklärungen, den die Parteien auch nicht in Frage gestellt haben, nicht der geringste Zweifel besteht (vgl. dazu BVerwG NJW 1981, 1853). Da die Schriftform für die Zustimmung nach § 128 Abs. 2 ZPO nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, ist entscheidend für die Form der Erklärung die allgemein an Prozesshandlungen zu stellende Anforderung, dass durch sie in einer jeden Zweifel ausschließenden Form die Feststellung gewährleistet ist, welche Person die Erklärung abgibt und dass sie klar und vorbehaltlos erfolgt. Das ist vorliegend gegeben. 42

Entgegen der Auffassung des Klägers liegt auch kein Verfahrensmangel darin, dass das Landgericht auf dessen Schriftsatz vom 20. Mai 2005 hin die Verhandlung nicht gem. § 156 ZPO wiedereröffnet hat. 43

Der Fall einer notwendigen Wiedereröffnung nach § 156 Abs. 2 ZPO hat ersichtlich nicht vorgelegen. 44

Im Rahmen seines Ermessens nach § 156 Abs. 1 ZPO ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass keine Veranlassung bestanden hat, die Verhandlung wiederzueröffnen. Denn der bisherige Rechtsstreit war nach Ansicht des Landgerichts entscheidungsreif und der Kläger war nicht gehindert, sich mit einer weiteren Vollstreckungsgegenklage gegen die Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 24. März 2005 zu wehren. 45

Eine Wiedereröffnung war auch nicht wegen der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen geboten. Das verdeutlicht schon die Regelung in § 322 Abs. 2 ZPO, wonach bei der Aufrechnung im Prozess nur der Teil der Gegenforderung von der Rechtskraft erfasst wird, der bis zur Höhe des Betrages geht, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist. 46

Das Landgericht hat im Hinblick auf den hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Anspruch aus abgetretenem Recht auch zu Recht keinen Anlass zur Wiedereröffnung der Verhandlung gesehen. Insoweit greift ebenfalls einerseits der Umstand der Entscheidungsreife und andererseits der Umstand, dass das Landgericht sich dann, wenn es die in erster Linie zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung verneint hätte, mit einem gänzlich neuen Streitgegenstand hätte auseinandersetzen müssen. 47

Erst recht bestand für das Landgericht keine Veranlassung, den Beschluss vom 5. April 2005 aufzuheben und Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen (§ 128 Abs. 1 ZPO), da schon die Voraussetzungen für eine Wiedereröffnung der Verhandlung gem. § 156 ZPO nicht gegeben waren. 48

Der Klageerweiterung in der Berufungsinstanz steht die Regelung in § 533 Nr. 2 ZPO entgegen, da die Tatsachen, auf die sie gestützt wird, neues Vorbringen darstellen und daher nach § 529 ZPO nicht zugrunde zu legen sind. 49

Somit geht es vorliegend allein um die Vollstreckungsgegenklage, mit der der Kläger die Erklärung anstrebt, dass die Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 9. September 2002 und 21. Juni 2004 wegen Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch aus eigenem Recht unzulässig ist. 50

Mit dieser Aufrechnung vermag der Kläger aber nicht durchzudringen, da ihm durch das genannte Senatsurteil der hier geltend gemachte Schadensersatzanspruch Ersatz der 51

Vorteile, die er durch eine anderweitige Anlage der Einlage hätte erzielen können rechtskräftig aberkannt worden ist.

Rechtskräftig aberkannt worden ist dem Kläger der Anspruch auf Zahlung von 74.955,37 € (210.000,00 DM Einlage nebst Agio abzüglich der von April 1992 bis Mai 1998 erhaltene Ausschüttungen der Gesellschaft in der Gesamthöhe von 63.400,00 DM) Zug um Zug gegen Übertragung seines Anteils in Höhe von 200.000,00 DM an der C GmbH & Co. KG. 52

Der nunmehr geltend gemachte Ersatz der Vorteile, die der Kläger durch eine anderweitige Anlage der Einlage von 200.000,00 DM hätte erzielen können, wird durch das genannte Senatsurteil nicht unmittelbar erfasst. Denn der Kläger hatte in jenem Rechtsstreit bereits in der Klageschrift darauf hingewiesen, er mache aus Vereinfachungsgründen mit der Klage noch nicht den entgangenen Gewinn geltend, sondern behalte sich das vor. 53

Gleichwohl schließt aber hier die Abweisung der offenen Teilklage die vom Kläger geltend gemachte Nachforderung aus, da die Rechtskraft des genannten Senatsurteils auch diesen Anspruch umfasst (§ 322 Abs. 1 ZPO). Dabei braucht der Senat nicht auf den Streit einzugehen, ob bei der Abweisung einer offenen Teilklage sich die Rechtskraft auf den nicht geltend gemachten Teil erstreckt oder nicht (vgl. dazu Zöller/Vollkommer, a.a.O., vor § 322 Rdn. 47 m.w.N.). Denn es handelt sich hier um einen einheitlichen Anspruch (vgl. dazu Zöller/Vollkommer, a.a.O., Rdn. 49). Der Kläger hat verlangt, so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn er der Gesellschaft nicht beigetreten wäre. In dem Fall sind dem Geschädigten seine Einlage und die Vorteile zu ersetzen, die er durch deren anderweitige Anlage hätte erzielen können, wobei er sich ggf. erzielte Einkünfte und ihm verbleibende Steuervorteile anrechnen lassen muss. Andererseits ist er verpflichtet, Zug um Zug gegen Ausgleich seines Schadens dem Schädiger die Rechte zu überlassen, die er aus dem Beitritt erlangt hat. Im Hinblick auf diese Verknüpfung der jeweiligen Vermögenspositionen miteinander geht der Senat von einem einheitlichen Schadensersatzanspruch aus, so dass die rechtskräftige Abweisung des einen Teils auch den anderen Teil erfasst. 54

Der Rechtskraftwirkung steht die vom Kläger angeführte Verletzung rechtlichen Gehörs nicht entgegen. Zum einen hindert ein Verfahrensverstoß grundsätzlich nicht den Eintritt der Rechtskraft (vgl. BGH NJW 1966, 1061). Zum anderen hat der Bundesgerichtshof in seiner oben genannten Nichtzulassungsbeschwerde trotz des dortigen Vorbringens des Klägers einen solchen Verstoß nicht gesehen, sondern gerade auf die vom Kläger mit dem Hinweis auf die Verletzung rechtlichen Gehörs angegriffene Hilfsbegründung des Senats abgestellt. 55

Der Senat hat die Revision im Hinblick auf § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zugelassen. 56

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 57