
Datum: 25.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 78/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0225.28U78.09.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 21 O 154/06
Normen: § 826 BGB
Leitsätze:

Der Betreiber eines Strukturvertriebs ist Kapitalanlegern wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er die für ihn tätigen Werber dahingehend schult, Risiken der Anlage (hier: "SecuRente") gegenüber Anlageinteressenten zu verharmlosen oder gar nicht zur Sprache zu bringen.

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird das am 11. März 2009 verkündete Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 25. Mai 2009 - unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel - teilweise abgeändert und neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 15.670,26 € nebst Zinsen aus 13.260,61 € in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16. November 2007 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Schaden der Klägerin auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des Beklagten beruht.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e:	1
I.	2
Die Klägerin, die sich im Jahre 1999 als atypisch stille Gesellschafterin am sogenannten "Unternehmenssegment VII" der mittlerweile insolventen J AG (im Folgenden: "J") beteiligte, nimmt den Beklagten, der einen Strukturvertrieb unterhielt, auf vertraglicher und deliktischer Grundlage auf Schadensersatz in Anspruch.	3
Der Beklagte betrieb seit 1991 das Einzelunternehmen "G" in I3. Es hatte den Vertrieb von Kapitalanlagen der "J" übernommen. Die "G" bot Kapitalanlegern u.a. eine Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter an der "J" an. Diese gehörte zur sogenannten "H4".	4
Der Beklagte legte die Hierarchie der "G" fest und schulte die Vertriebsmitarbeiter der höheren Hierarchiestufen. Zu Schulungszwecken erstellte er gemeinsam mit einem anderen Mitarbeiter, der die Rolle des Kunden übernahm, dialogartige Audiodateien auf Kassette bzw. CD. Ferner fertigte der Beklagte einen schriftlichen Leitfaden für ein Mustergespräch (Anlage K 15). Die Audiodateien geben den Leitfaden wieder. Zu den Schulungsunterlagen gehörte auch ein sog. "Terminierungskatalog" zur Entkräftung von Gegenargumenten der beworbenen Person. Darin heißt es unter anderem, dass das Unternehmen des Beklagten mit dem Finanzamt "Hand in Hand" zusammenarbeite. Auch der Zeuge P wurde anhand dieser Vorgaben geschult. P bekleidete später die Funktion eines sogenannten Abteilungsdirektors. Das entsprach der Stufe 6 von 7 Stufen der Unternehmenshierarchie. Er hielt seinerseits Schulungen nachgeordneter Werber ab.	5
Der Zeuge P, der die Klägerin aus einer früheren Tätigkeit für einen Lebensversicherer kannte, wandte sich vor dem 16. März 1999 telefonisch an die Klägerin und stellte ihr die Geldanlagemöglichkeit bei der "J" vor. Die Klägerin, deren Ehemann, der in erster Instanz vernommene Zeugen H, eine Kapitallebensversicherung der "I" unterhielt, suchte eine Anlage zur Altersvorsorge. Dazu war die Anlage bei der "J" nach eigenen Angaben des Beklagten nicht geeignet.	6
Am 16. März 1999 suchte P die Klägerin auf. Er benutzte eine Visitenkarte der "G3". P unterbreitete der Klägerin und ihrem Ehemann Berechnungsblätter auf Briefpapier der "G" (K 2). Nach Angaben des Zeugen P führte er das Gespräch nach den Vorgaben des Mustergesprächs. Ebenfalls am 16. März 1999 verfasste der Ehemann ein Kündigungsschreiben an seinen Lebensversicherer (K 30). Der Ehemann der Klägerin löste den Lebensversicherungsvertrag auf, damit die Klägerin das erforderliche Geld für die Anlage bei der "J" aufbringen konnte.	7

Die Klägerin unterschrieb einen Zeichnungsschein der J AG (K 1). Die Klägerin unterschrieb den Zusatz: "Der ‚Emissionsprospekt zur J Rente‘ ... der J AG ist mir ausgehändigt worden". Der Emissionsprospekt lag der Klägerin zu dieser Zeit jedoch nicht vor. Die Klägerin vereinbarte, eine Einmalanlage von 15.750 DM (8.052,85 €) zu leisten. Ferner sollte sie zwanzig Jahre - also etwa bis zum Erreichen des Rentenalters der 1953 geborenen Klägerin - monatlich 200 DM zahlen sowie ein Agio von 5%. Nach dem Zeichnungsschein hätte die Klägerin somit Einlagen in Höhe von 66.150 DM erbringen müssen (33.821,96 €).	
Später nahm die "J" das Angebot an und übersandte der Klägerin den Emissionsprospekt auf dem Stand vom 8. Juni 1998 (K 60). Die Klägerin las den Emissionsprospekt ansatzweise.	9
Am 21. Februar 2000 meldete der Beklagte die Einzelfirma nachträglich zum 31. Dezember 1998 ab. Am 15. Dezember 2000 gründete er die "G2 AG".	10
Bis März 2003 entrichtete die Klägerin monatlich 200 DM an die "J". Insgesamt leistete sie 13.206,61 €. Im Jahr 2004 mandatierte die Klägerin ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten und beauftragte sie, Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit der Anlageberatung bei der "J" zu prüfen. Ihre Prozessbevollmächtigten nahmen durch Schreiben vom 12. Dezember 2004 vorgerichtlich die "G2 GmbH & Co. KG" in Anspruch.	11
Ihre am 18. April 2006 bei dem Landgericht eingegangene Klage hat die Klägerin zunächst gegen die "G2 GmbH & Co. KG" gerichtet. Die Klägerin hat Rückzahlung der Einmalanlage begehrt (8.052,85 €) sowie der geleisteten Raten nebst Agio (5.153,76 €), insgesamt 13.206,61 €, ferner entgangene Anlagezinsen wegen der aufgelösten Lebensversicherung in Höhe von zunächst 3.891,22 €, berechnet auf der Basis einer Verzinsung von jährlich 6%.	12
Am 25. Mai 2006 schloss die Klägerin mit der "J" einen Zahlungsvergleich (19 O 26/05 – LG Dortmund). Dort heißt es unter anderem: "Ansprüche gegen den oder die Abschlussvermittler bzw. die tätig gewordene Vermittlungsgesellschaft sind von diesem Vergleich ausdrücklich ausgenommen." Die Klägerin konnte 1.427,57 € vollstrecken. Durch Beschluss vom 14. Juni 2007 eröffnete das Amtsgericht Göttingen das Insolvenzverfahren über das Vermögen der "J".	13
Mit Schriftsatz vom 9. November 2007, bei den Prozessbevollmächtigten des Beklagten eingegangen am 15. November 2007, hat die Klägerin die Klage auf den Beklagten persönlich erstreckt. Die Klägerin hat sich unter anderem darauf berufen, dass die Schulungen der Werber auf Mustergesprächsvorlagen beruht hätten, die der Beklagte vorgegeben habe.	14
Am 1. Januar 2008 eröffnete das Amtsgericht Hof das Insolvenzverfahren auch über das Vermögen der "G2 GmbH & Co KG".	15
Das Landgericht hat die Klägerin persönlich angehört, den Zeugen P vernommen sowie den Ehemann der Klägerin. Es hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 13.206,61 € nebst weiteren 3.891,22 € nebst Verzugszinsen zu zahlen sowie festgestellt, dass der Beklagte sich in Annahmeverzug befindet. Die von der Klägerin weiter beantragte Feststellung, dass der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruhe, hat das Landgericht im Urteilstenor nicht ausgesprochen. Das Landgericht hat in der Sache ausgeführt, dass der Beklagte die Anleger bewusst über mögliche Risiken der Geldanlage getäuscht habe. Der Beklagte habe seine Mitarbeiter dahingehend geschult, dass sie nur positive Aspekte der Anlage hervorheben, hingegen von Fragen hinsichtlich bestehender Risiken ablenken sollten. Nach dem Konzept des Beklagten	16

sei eine Falschberatung beabsichtigt gewesen. Das Landgericht hat ausgeführt, dass der Feststellungsantrag mit Rücksicht auf § 826 BGB begründet sei; der Beklagte sei der Initiator der Falschinformationen. Über kritische Punkte (Gefahr des Totalverlustes, etwaige Nachschusspflicht) hätten die Anleger nicht informiert werden sollen. Es hätten ausschließlich Vorteile der Anlage in den Vordergrund gestellt werden sollen. Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Mit der Berufung macht der Beklagte im Wesentlichen geltend: Er hafte nicht auf vertraglicher Grundlage. P sei nicht für die "G", sondern für die "H4" tätig geworden. Die Voraussetzungen des § 826 BGB seien allein durch das Verwenden der Schulungs-CD bzw. des Gesprächsleitfadens nicht erfüllt. Ein bloßer Beratungsfehler genüge nicht zur Annahme einer sittenwidrigen Handlung. Die Anweisung, Risiken zu verschweigen und Vorteile in den Vordergrund zu rücken, führe nicht zu einer Haftung nach § 826 BGB. Das Landgericht habe keine Feststellungen dazu getroffen, dass er die Anleger vorsätzlich habe schädigen wollen. Der Klägerin sei überdies ein erhebliches Mitverschulden anzulasten, weil sie dem Emissionsprospekt nicht vollständig gelesen habe. Der Anspruch der Klägerin sei zudem verjährt. Der Schaden der Klägerin, die eine unsichere Anlage gezeichnet habe, sei schon 1999 entstanden. Die Klägerin habe den Schaden grob fahrlässig verkannt. Die Verjährungsfrist sei mit Ablauf des Jahres 2005 verstrichen. Etwaige Steuervorteile seien der Klägerin schließlich im Wege der Vorteilsausgleichung in Abzug zu bringen; es sei Sache der Klägerin, die Höhe erzielter Steuervorteile darzulegen. 17

Der Beklagte beantragt, 18

das angefochtene Urteil des Landgerichts Dortmund abzuändern und die Klage abzuweisen. 19

Die Klägerin beantragt, 20

die Berufung zurückzuweisen. 21

Mit der Berufungserwiderung trägt die Klägerin im Wesentlichen vor: Das Landgericht habe 22 die Verurteilung des Beklagten sowohl auf die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung als auch auf § 826 BGB gestützt. Sein Einzelunternehmen "G" habe der Beklagte über den 31. Dezember 1998 hinaus betrieben. Der Zeuge P sei aus ihrer Sicht für das Einzelunternehmen des Beklagten aufgetreten. P habe ihr gesagt, dass er für die "G" tätig sei. Selbst wenn die KG zur Zeit ihres Gesprächs mit P bereits existiert hätte, ergebe sich eine vertragliche Haftung des Beklagten, weil P unter der Bezeichnung "G" aufgetreten sei. Zwischen dem Beklagten und ihr sei ein Beratungsvertrag, jedenfalls aber ein Auskunftsvertrag zustande gekommen; P sei durch Verwendung von Berechnungsblättern als Anlageberater aufgetreten. P habe, wie die Klägerin im Einzelnen ausführt, seine Beratungs- bzw. Aufklärungspflichten in mehrfacher Hinsicht verletzt. Die Klägerin führt unterlassene Hinweise auf die 6. KWG-Novelle, auf kritische Presseberichterstattung, das Risiko des Totalverlustes, eine etwaige Nachschusspflicht, die Ungeeignetheit der Anlage zur Altersvorsorge sowie die Kostenstruktur an.

Die Klägerin meint, der Beklagte hafte auch aus § 826 BGB. Das Verhalten des Beklagten 23 sei, wie die Klägerin im Einzelnen vorträgt, sittenwidrig gewesen. Der Beklagte habe Anleger und Mitarbeiter über die Risiken der Anlage bewusst im Unklaren gelassen. Er habe gezielt verhindert, dass die Nachteile und Risiken der Beteiligung gegenüber Kunden problematisiert würden. Der Emissionsprospekt habe nicht übergeben werden sollen.

Weder der vertragliche noch der deliktische Schadensersatzanspruch sei verjährt. Erst im Jahr 2004 habe sie durch anwaltliche Beratung erfahren, dass ihr der Beklagte in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt habe. Etwaige Steuervorteile seien nicht auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen. Ein Schadensersatzanspruch sei bei einer - wie hier - gewerblichen Beteiligung seinerseits steuerpflichtig.

Mit der Anschlussberufung wendet sich die Klägerin gegen die Zug-um-Zug-Verurteilung. Sie beanstandet ferner, dass das Landgericht ihren Feststellungsantrag im Hinblick auf die Feststellung einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung nicht beschieden habe. Zudem verlangt sie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Die Klägerin beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 13.206,61 € zu zahlen nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. Dezember 2004 sowie weitere Zinsen in Höhe von 2.463,65 €,

2. festzustellen, dass der geltend gemachte Anspruch auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruht,

3. den Beklagten zu verurteilen, an sie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2.501,54 € zu zahlen.

Die Klägerin macht im Hinblick auf die Anschlussberufung im Wesentlichen geltend: Der Beklagte habe in erster Instanz keine Zug-um-Zug-Verurteilung beantragt; einer solchen bedürfe es auch nicht, weil ihre Forderung kraft Gesetzes übergehe. Das Landgericht habe nicht in den Urteilstenor aufgenommen, dass der Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruhe. Vorgerichtlich seien ihr zudem Anwaltskosten in Höhe von 2.501,54 € entstanden.

Der Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, das Sitzungsprotokoll sowie den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 19. Januar 2010 betreffend die ergänzende Anhörung der Klägerin und vom Senat wiederholte Vernehmung des Zeugen P.

II.

Die Berufung des Beklagten hat in den wesentlichen Punkten keinen Erfolg. Die Anschlussberufung der Klägerin hat zum Teil Erfolg.

A. Die Berufung des Beklagten bleibt überwiegend ohne Erfolg. Insbesondere hat die Klägerin sowohl nach vertraglichen als auch nach deliktischen Grundsätzen Anspruch auf Ersatz des Anlagekapitals in Höhe von noch 13.206,61 € und entgangene Anlagezinsen in Höhe von 2.463,65 €, insgesamt 15.670,26 €.

1. a) Der Klägerin steht ein vertraglicher Schadensersatzanspruch nach den hier gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB noch anwendbaren Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung wegen Schlechterfüllung eines Anlageberatungsvertrags in Verbindung mit § 278 BGB zu.

aa) Zur Zeit des Vertragsabschlusses im März/April 1999 betrieb der Beklagte das Einzelunternehmen "G". Er meldete es erst am 21. Februar 2000 ab. Dass dies rückwirkend

zum 31. Dezember 1998 geschah, setzt frühere Vertragsabschlüsse nicht außer Kraft.

bb) Der Zeuge P trat im Namen und mit Vollmacht der "G" auf (§ 164 BGB). P gehörte zu den Personen, die der Beklagte zum Zwecke der Anlageberatung geschult hatte. Die von P verwendeten Berechnungsblätter auf Briefpapier der "G" bestätigen, dass er im Namen dieses Unternehmens auftrat. Auch der Zeuge P hat bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung bestätigt, dass er "ausdrücklich im Namen und Auftrag der ‚G‘ aufgetreten" ist. 38

cc) Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte unter Umständen bereits im Januar 1999 die G3 GmbH & Co. KG gründete und diese parallel betrieb. Selbst wenn die KG zur Zeit des Gesprächs der Klägerin mit P bereits existiert hätte, besteht eine vertragliche Haftung des Beklagten, weil P unter der Bezeichnung "G" aufgetreten sei. Die Klägerin weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. Juni 2000 (III ZR 305/98) hin. Gibt eine Unternehmensgruppe, die für sich betrachtet kein Rechtssubjekt ist, sondern sich nach dem nahe liegenden Sinn ihrer Bezeichnung - hier "G" - aus einer Mehrheit von Personen im Rechtssinne zusammensetzt, - wie hier - eine Erklärung ab, mit der eine vertragsmäßige Beratung übernommen wird, dann entstehen grundsätzlich zu jedem Mitglied einer solchen Personenmehrheit, das mit dem in Frage stehenden Projekt befasst und nach seiner Firmenbezeichnung der Unternehmensgruppe zuzuordnen ist, rechtsgeschäftliche Beziehungen (BGH, aaO, NJW 2000, 3275 unter II 2 a). Diese Grundsätze sind auch auf die "G" anwendbar (so BGH, Beschluss vom 28. November 2007 – III ZR 214/06, www.bundesgerichtshof.de). 39

dd) Der Beklagte als Inhaber des Einzelunternehmens "G" hat, vertreten durch den Zeugen P (§ 164 Abs. 1, 2 BGB), einen Anlageberatungsvertrag mit der Klägerin geschlossen. 40

(1) Ein Anleger wird einen Anlageberater im Allgemeinen hinzuziehen, wenn er selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und keinen genügenden Überblick über wirtschaftliche Zusammenhänge hat. Er erwartet dann nicht nur die Mitteilung von Tatsachen, sondern insbesondere deren fachkundige Bewertung und Beurteilung. Häufig wünscht er eine auf seine persönlichen Verhältnisse zugeschnittene Beratung. Zum Vertragsschluss reicht es aus, wenn der Anleger die Dienste des Beraters in Anspruch nimmt und dieser mit seiner Tätigkeit beginnt (BGH, Urteile vom 13. Mai 1993 - III ZR 25/92 - NJW-RR 1993, 1114; vom 19. April 2007 - III ZR 75/06 - NJW-RR 2007, 1271, 1272 Tz. 10; vom 5. November 2009 – III ZR 302/08, www.bundesgerichtshof.de, Tz. 13; vom 19. November 2009 – III ZR 169/08, www.bundesgerichtshof.de, Tz. 19). 41

(2) Nach diesen Grundsätzen haben die Parteien einen Anlageberatungsvertrag geschlossen. Die Kapitalanlage war auf die persönlichen Verhältnisse der Klägerin zugeschnitten, wie die Verwendung des Rechenbeispiels zeigt. P hat nicht zum Ausdruck gebracht, dass die "G" ausschließlich im Interesse des kapitalsuchenden Unternehmens "J" tätig wird. Dass der Werber nur ein einziges Anlageprodukt anzubieten hatte, steht einer Beratung schließlich nicht entgegen, weil die Klägerin auch in diesem Fall eine fachkundige Beratung erwarten durfte (vgl. OLG Stuttgart, OLGR 2001, 83, 84). 42

ee) Der vom Beklagten geschulte Zeuge P hat seine Beratungspflichten in mehrfacher Weise verletzt. Dem Anleger muss für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden, d.h. er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden (st. Rspr., BGH, Urteil vom 18. April 2004 – II ZR 197/04, www.bundesgerichtshof.de, unter II 3 b m.w.N.). Die Klägerin 43

wurde bei Vertragsschluss nicht ordnungsgemäß über Risiken und Nachteile aufgeklärt. Diese wurden ihr – wie vom Beklagten vorgesehen – von den Werbern, wie zum Beispiel dem Zeugen P, sogar gezielt verschwiegen.

(1) Das ergibt sich bereits aus der erstinstanzlichen Aussage des Zeugen P; über die Möglichkeit des Totalverlustes sei nicht gesprochen worden; die Außendienstmitarbeiter hätten den Anlegern sagen sollen, dass "tatsächlich ein Risiko nicht vorhanden sei". Auch über die Nachschusspflicht des Anlegers wurde nicht gesprochen. Aus dem Emissionsprospekt konnten die Anleger im Rahmen des Anlagegesprächs nichts entnehmen, weil dieser nach den Bekundungen des Zeugen P regelmäßig erst nach Vertragsabschluss zugeschickt werden sollte; der Beklagte habe den Prospekt als "tabu" bezeichnet. Auch im vorliegenden Fall wurde der Klägerin der Emissionsprospekt im Rahmen ihrer Zeichnungserklärung vorenthalten. 44

(2) Für die Klägerin war die Kapitalanlage zudem nicht anlegergerecht. Es mag sein, dass die Anlage unter Umständen als Steuerersparnis grundsätzlich nicht ungeeignet war. Die Klägerin suchte aber eine als Altersvorsorge geeignete Anlage. Nach den Bekundungen des Zeugen P sollte das Finanzprodukt "JRente" "vor allem geeignet ...als Altersvorsorge" sein; dies sei ihnen als Handelsvertreter im Rahmen der Schulungen selbst gesagt worden. Das ist glaubhaft, denn bereits mit dem Begriff "JRente" wird dem Anleger eine sichere Altersvorsorge suggeriert. Unstreitig wurde die "JRente" von der "H4" als Altersvorsorge beworben; dies folgt auch aus Seite 22 des Werbeprospekts (K 61). Zur Altersvorsorge war die "JRente" jedoch ungeeignet. Der Beklagte betont in seiner Berufungsbegründung selbst, dass diese Beteiligung nicht zu einer sicheren Altersvorsorge geeignet war. Dies beruht auf dem Totalverlustrisiko und der Nachschusspflicht (siehe auch Bultmann/Hoepner/Lischke, Anlegerschutzrecht, 2009, Rn. 1029, wonach die "JRente" zur Altersvorsorge "absolut" ungeeignet war). 45

(3) Gegen die "JRente" bestanden zur Zeit des Vertragsabschlusses mit der Klägerin zudem rechtliche Bedenken, auf die der Beklagte und seine Werber die Klägerin pflichtwidrig nicht hingewiesen haben. Es handelte sich um bankrechtliche Bedenken gegen die in zahlreichen Anlageverträgen der "J" AG vereinbarte ratierte Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben. Bei Verträgen, die nach dem 1. Januar 1998 abgeschlossen worden sind, hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs unter diesem Gesichtspunkt einen Aufklärungsmangel bereits darin gesehen, dass den Anlegern die Rentenzahlung am Ende der Vertragslaufzeit als sicher dargestellt worden ist. Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen hatte sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, dass die Rentenzahlung aufgrund einer Änderung des Kreditwesengesetzes mit Wirkung zum 1. Januar 1998 unzulässig geworden sei (Artikel 1 des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997, BGBl. I 2518). Ob das zutrifft, hat der II. Zivilsenat später zwar offen gelassen, aber angenommen, dass die Anleger jedenfalls über die Unsicherheit der Rechtslage hätten informiert werden müssen (BGH, Urteil vom 21. März 2005 – II ZR 149/03, NJW-RR 2004, 1407 unter II 1 b bb; siehe auch Bultmann/Hoepner/Lischke, aaO, Rn. 1052). Diese Rechtsprechung hat der II. Zivilsenat später bestätigt (Urteile vom 18. April 2005 – II ZR 21/04, www.bundesgerichtshof.de; vom 3. Dezember 2007 – II ZR 21/06, Tz. 9, NJOZ 2008, 2440 unter II 1 b). 46

(4) Mit Rücksicht auf Umfang und Gewicht der vorgenannten Pflichtverletzungen kann dahinstehen, ob der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen hat, die Klägerin auch auf negative Presseberichte hinzuweisen. 47

- ff) Die Pflichtverletzungen des Beklagten und des Zeugen P sind für den Schaden der Klägerin kausal geworden, da eine Anlage in den Fonds ohne die Pflichtverletzungen unterblieben wäre. Dafür besteht eine auf die Lebenserfahrung gegründete Vermutung (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2009 – III ZR 302/98, www.bundesgerichtshof.de, Tz. 21; Beschluss vom 9. April 2009 - III ZR 89/08, www.bundesgerichtshof.de, Tz. 8, m.w.N.). Umstände, die diese Vermutung erschüttern oder gar widerlegen, zeigt der Beklagte nicht auf. 48
- gg) Das Verschulden des Beklagten wird aufgrund der Pflichtverletzung vermutet (§ 282 BGB a.F. analog). Im vorliegenden Fall ist es überdies ohne Weiteres auch positiv festzustellen. Der Beklagte hat unter anderem den Zeugen P bewusst falsch instruiert (§ 276 BGB). Zudem muss der Beklagte sich das Verschulden des Zeugen P nach § 278 BGB zurechnen lassen. 49
- b) Der Klägerin steht auch ein deliktischer Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB gegen den Beklagten zu. Ein Vertreiber von Kapitalanlagen, der Anlageinteressenten vorsätzlich durch Falschangaben täuscht, indem er eine anleger- bzw. objektwidrige Empfehlung abgibt oder abgeben lässt, und die Schädigung der Anleger zumindest billigend in Kauf nimmt, ist diesen wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. BGHZ 175, 276, Tz. 29; BGH, Urteil vom 29. September 2009 - XI ZR 179/07, WM 2009, 2210, Tz. 20). 50
- aa) Danach ist das Verhalten des Beklagten als sittenwidrig zu werten. Wie oben ausgeführt, haben die Werber der "G" ihre Beratungspflichten mannigfach verletzt. Dies beruht darauf, dass sie von dem Beklagten auf dieses Ziel geschult worden sind. Maßgebliches Ziel der vom Beklagten veranstalteten Schulungen war, wie der Zeuge P bereits erstinstanzlich überzeugend bekundet hat, eine Verharmlosung der Risiken der Anlage. Risiken sollten möglichst gar nicht zur Sprache gebracht werden; der Emissionsprospekt sollte erst später ausgehändigt werden. Aus der besonderen Zielrichtung der Schulungen ergibt sich die Verwerflichkeit des Handelns des Beklagten. 51
- Es mag sein, dass das vom Beklagten entwickelte Mustergespräch keine konkrete Anleitung bezogen auf die konkrete Anlage bietet. Die Sittenwidrigkeit der vom Beklagten betriebenen Anlageberatungsgeschäfte ergibt aber nicht aus dem vom Beklagten vorbereiteten Mustergespräch an sich, sondern aus der inhaltlichen Zielsetzung des Beklagten, Risiken der Beteiligung im Beratungsgespräch mit den Anlegern zu verharmlosen bzw. zu verschweigen. 52
- Auf die vorgenannten Erwägungen hat auch das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinen Urteilen vom 7. August 2009 (15 U 107/08) und vom 9. November 2009 (9 U 91/09) abgestellt, ebenso das Oberlandesgericht Dresden durch Urteil vom 30. Juni 2009 (8 U 404/08) und das Oberlandesgericht Bamberg durch Urteil vom 8. Juli 2009 (8 U 73/08). Bereits das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 26. Januar 2009 (21 U 3291/08) beruht auf einer vergleichbaren Sachverhaltsgestaltung. 53
- bb) Das sittenwidrige Verhalten des Beklagten war ursächlich für die Anlageentscheidung der Klägerin. Eine Anlage bei der "J" wäre ohne das sittenwidrige Verhalten unterblieben. Dafür besteht, wie ausgeführt, eine auf die Lebenserfahrung gegründete Vermutung. Diese gilt nicht nur für die vertragliche, sondern auch für die deliktische Haftung, denn im Hinblick auf das Kausalitätserfordernis bestehen im Rahmen des § 826 BGB keine spezifischen Erfordernisse (MünchKomm-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 826 Rn. 7). 54
- cc) Der Beklagte handelte vorsätzlich. Für den Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB genügt "Eventualdolus". Dabei braucht der Täter nicht im Einzelnen zu wissen, welche oder wie viele 55

Personen durch sein Verhalten geschädigt werden; vielmehr reicht aus, dass er die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher anderer auswirken könnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen hat (BGHZ 160, 149, 156; BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 217/03, NJW 2004, 2668 unter III 2 b - "Infomatec"; Staudinger/Oechsler, BGB [2009], § 826 Rn. 78 f.). Nach den Gesamtumständen besteht an einer vorsätzlichen Handlungsweise des Beklagten kein Zweifel. Das gibt sich daraus, dass er die Schulungen und dementsprechend den Vertrieb so organisierte, dass das Anlagerisiko verharmlost wurde. Es liegt außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass dies nicht vorsätzlich, sondern nur leichtfertig geschehen ist. Die gezielte Desinformation der Anlageinteressenten, die der Beklagte in seinem Strukturvertrieb anhand von Schulungen umfassend umsetzte, zeigt jedenfalls bedingten Vorsatz des Beklagten im Hinblick auf sein sittenwidriges Verhalten auf.

c) Der Inhalt der Pflicht zum Ersatz des Schadens bestimmt sich sowohl im Hinblick auf den vertraglichen als auch den deliktischen Schadensersatzanspruch nach den §§ 249 ff. BGB. 56

aa) Der Schaden der Klägerin besteht in erster Linie in der gezahlten Einlage abzüglich der Entnahmen (BGHZ 162, 306, 309; BGH, Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, NJOZ 2008, 2440, Tz. 26). Insoweit handelt es sich um 13.206,61 € (8.852,85 € als Einmalanlage und insgesamt 5.153,76 € Raten unter Einschluss des Agios). 57

bb) Steuervorteile muss die Klägerin sich nicht anrechnen lassen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind auf den Schaden im Wege des Vorteilsausgleichs die aufgrund der Anlage erzielten, dauerhaften Steuervorteile anzurechnen, sofern die Ersatzleistung nicht ihrerseits zu versteuern ist (BGHZ 159, 280, 294; BGHZ 172, 147; BGH, Urteile vom 17. November 2005 - III ZR 350/04, NJW 2006, 499, Tz. 7 ff.; vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, aaO, Tz. 27; vom 29. November 2004 - II ZR 6/03, www.bundesgerichtshof.de., unter II 4 c; siehe auch Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., Vor § 249 Rn. 95). Den Anleger trifft eine sekundäre Darlegungslast, denn nur er verfügt über die insoweit erforderlichen Kenntnisse (BGHZ 140, 156, 158; BGH, Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, aaO, Tz. 27; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., Vor § 284 Rn. 34). 58

Diesen Anforderungen hat die Klägerin Rechnung getragen. Sie hat ein an sie gerichtetes Schreiben des für sie maßgeblichen Finanzamts E2 vorgelegt, wonach ihr Schadensersatzanspruch zu versteuern ist (Anlage K 82). Eine Berücksichtigung von Steuervorteilen kommt nur in Betracht, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Klägerin außergewöhnliche Steuervorteile erzielt hat; nur dann ist eine nähere Berechnung geboten. Hierfür trägt der Beklagte, der sich auf eine Ausgleichung von Vorteilen beruft, die Beweislast (vgl. BGH, Urteile vom 30. November 2007 – V ZR 284/06, NJW 2008, 649, Tz. 13; vom 6. März 2008 – III ZR 298/05, NJW-RR 2008, 1365, Tz. 28; Bultmann/Hoepner/Lischke, aaO, Rn. 544). Entsprechende Anhaltspunkte zeigt der Beklagte jedoch nicht auf, so dass insoweit keine sekundäre Beweislast ausgelöst wird. 59

Zwar hat der Bundesgerichtshof für Ansprüche aus § 3 HWiG a.F. entschieden, dass unverfallbare und nicht anderweitig erzielbare Steuervorteile den Rückforderungsanspruch des Darlehensnehmers gegen die finanzierende Bank in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens der Vorteilsausgleichung mindern (BGHZ 172, 147, Tz. 23 ff.). Daraus kann der Beklagte entgegen seiner Ansicht nichts zu seinen Gunsten herleiten, denn um solche Ansprüche geht es hier nicht. 60

cc) Die Klägerin verlangt mit Erfolg noch 2.643,65 € als entgangene Anlagezinsen (§ 252 S. 2 BGB, § 287 Abs. 1 ZPO). Ursprünglich hat sie 3.891,22 € geltend gemacht und später einen 61

Teil für erledigt erklärt, nachdem sie einen geringen Betrag gegen "J" vollstreckt hat (LGU 6). Die Klägerin macht unter Vorlage einer näheren Zinsberechnung geltend, dass der Ertrag aus einer Kapitallebensversicherung 1999 bei 6 % gelegen hätte.

(1) Wird ein Kapitalanleger durch schuldhaft unrichtige Angaben bewogen, einer Publikumsgesellschaft beizutreten, so ist ihm nicht nur seine Einlage, sondern auch der Schaden zu ersetzen, der sich typischerweise daraus ergibt, dass Eigenkapital in solcher Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt geblieben, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (BGH, Urteil vom 2. Dezember 1991 - II ZR 141/90, NJW 1992, 1223 unter 4 a; siehe auch Urteil vom 5. November 2009 – III ZR 302/08, www.bundesgerichtshof.de, Tz. 22).

62

(2) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin Anspruch auch auf Ersatz entgangener Anlagezinsen. Im vorliegenden Fall besteht zwar die Besonderheit, dass es sich um eine Kapitallebensversicherung nicht der Klägerin, sondern ihres Ehemannes handelte. Das steht einem eigenen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 826 BGB indes nicht entgegen. Die Lebensversicherungssumme wäre auch ihr zugute gekommen, weil sie und ihr Ehemann in Zugewinnngemeinschaft lebten; auf die nunmehr vorgenommene Abtretung (Anlage BB 28) kommt es daher nicht an. Auch der Entschluss, die Lebensversicherung auflösen, ist dem Beklagten zuzurechnen. Der Zeuge P hat im Senatstermin dazu bekundet: "Sofern Gelder vorhanden waren, haben wir mit Sicherheit darüber gesprochen". Die Auflösung einer bestehendenden Lebensversicherung zur Finanzierung der vom Beklagten angebotenen Kapitalanlage ist daher adäquat kausal durch die Anlageberatung hervorgerufen wurden, auch wenn der Zeuge P die Klägerin und ihren Ehemann nicht noch zusätzlich in diesem Entschluss bestärkt haben mag. Im Rahmen des § 826 BGB haftet der Schädiger auch für mittelbare Schäden, wenn er diese bewusst in Kauf genommen hat (Staudinger/Oechsler, aaO, § 826 Rn. 77). Der Senat hat keinen Zweifel daran, dass die Auflösung vorhandener Geldanlagen zur Finanzierung der vom Beklagten vertriebenen Kapitalanlage vom Beklagten in Kauf genommen wurde; alles andere wäre wirtschaftlich fernliegend.

63

(3) Einer Schätzung des Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage eines Gewinns von 6% stehen im Rahmen von § 287 Abs. 1 ZPO keine Bedenken entgegen. Dazu hat die Klägerin eingehend vorgetragen; den Schätzungsgrundlagen ist der Beklagte nicht bzw. nicht konkretisiert entgegen getreten.

64

(4) Freilich hat die Berufung des Beklagten dennoch zum Teil Erfolg, weil die Klägerin nur noch 2.463,65 € beantragt hat, das Landgericht ihr entgegen § 308 Abs. 1 ZPO jedoch 3.891,22 € zugesprochen hat, weil es die Teilerledigung in Höhe von 1.427,57 € zwar im Blick hatte (LGU 6), ihr im Urteilstenor aber letztlich nicht Rechnung getragen hat.

65

dd) Durch den Vergleich mit der "J" ist die Forderung der Klägerin nur in dem Umfang erloschen, in dem die Klägerin tatsächlich Zahlungen von der "J" erhalten hat, also in Höhe von 1.427,57 €. Um diesen Betrag hat die Klägerin die Klageforderung, wie oben ausgeführt, bereits reduziert. Eine weitergehende Gesamtwirkung im Sinne von § 423 BGB zugunsten des Beklagten kommt dem Vergleich nicht zu. Ansprüche gegen den Vertrieb – die Abschlussvermittler bzw. die Vermittlungsgesellschaft – waren ausdrücklich ausgenommen.

66

d) Weder der vertragliche noch der deliktische Schadensersatzanspruch ist verjährt. Die Verjährung ist durch die Einreichung der Klage gegen den Beklagten am 13. November 2007 gemäß §§ 195, 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO gehemmt worden. Die für die Verjährung unter anderem notwendigen subjektiven Merkmale des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB (Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der

67

- Person des Schuldners), die auch in Überleitungsfällen zu beachten sind (BGHZ 171, 1; BGH, Beschluss vom 15. März 2007 – III ZR 229/06, www.bundesgerichtshof.de, Tz. 1, 5; Palandt/Ellenberger, aaO, Art. 229 EGBGB § 6 Rn. 6 m.w.N.), sind frühestens für das Jahr 2004 feststellbar. Die Klägerin hat geltend gemacht, dass sie erst mit der Mandatierung ihrer Prozessbevollmächtigten von den mannigfachen Pflichtverletzungen des Beklagten erfahren hat. Das ist glaubhaft. Es bestehen insbesondere keine Anhaltspunkte, dass die Klägerin von dem besonderen Fehlverhalten des Beklagten wusste oder gar wissen musste, welches darin bestand, die Anleger bewusst in Unkenntnis von den Risiken der Anlage zu halten.
- e) Unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ist der Klägerin Mitverschulden an der Entstehung des Schadens anzulasten (§ 254 Abs. 1 BGB). 68
- aa) Der Beklagte will Mitverschulden daraus herleiten, dass die Klägerin den Zeichnungsschein (Anlage K 1) nicht beachtet habe; bereits dem Zeichnungsschein, so meint der Beklagte, seien die wichtigsten Risiken der Anlage zu entnehmen. Dem tritt die Klägerin zu Recht entgegen. Das ergibt sich schon daraus, dass die oben festgestellten Aufklärungspflichtverletzungen und Verfehlungen des Beklagten nicht Gegenstand des Zeichnungsscheins sind. Darauf weist die Berufungserwiderung zutreffend hin. Die Klägerin hatte von daher keinen Anlass, von der ihr befristet eröffneten Möglichkeit des Widerrufs ihrer Beitrittserklärung Gebrauch zu machen. 69
- bb) Vergeblich will der Beklagte die Annahme von Mitverschulden darauf stützen, dass die Klägerin den ihr - nachträglich - zugesandten Emissionsprospekt nicht beachtet habe. Es war gerade Ziel des Beklagten, den Prospekt erst nach der Entscheidung des Anlegers für die Kapitalanlage auszuhändigen. Wer sich bereits entschieden hat, wird den Prospekt jedoch als gelesen abheften und nicht mehr kritisch würdigen (OLG Hamm, Urteil vom 12. Februar 2009 – 4 U 171/08, juris, unter II 9 = BB 6). 70
2. Verzugszinsen hat das Landgericht der Klägerin seit dem 18. Dezember 2004 zuerkannt. Die Klägerin legt jedoch nicht dar, dass sie den Beklagten persönlich bereits zu diesem frühen Zeitpunkt in Verzug gesetzt hat. Die "G2 GmbH & Co. KG", die die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 12. Dezember 2004 (Anlage BB 31) vorgerichtlich in Anspruch genommen hat, war nicht Vertragspartner der Klägerin, so dass es dahinstehen kann, ob der Beklagte für ihre Verbindlichkeiten einzustehen hat. 71
- Rechtshängigkeit im Hinblick auf den Beklagten ist erst mit Zustellung der Klageerweiterung auf den Beklagten durch Schriftsatz vom 9. November 2007 eingetreten. Zwar liegt ein Empfangsbekenntnis der Prozessbevollmächtigten des Beklagten nicht vor. Freilich hat der Beklagte bereits mit Schriftsatz vom 15. November 2007 Verteidigungsbereitschaft angezeigt. Daher sind der Klägerin Zinsen jedenfalls ab dem darauf folgenden Tag zuzusprechen. 72
3. Das Landgericht hat festgestellt, dass sich "der Beklagte mit der Annahme der Gegenleistung in Verzug befindet". Das angefochtene Urteil verstößt insoweit gegen § 308 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin hat einen solchen Antrag im Hinblick auf den Beklagten nicht gestellt, nur im Hinblick auf die früher beklagte GmbH & Co. KG. Der Feststellungsantrag gegen den Beklagten richtete sich vielmehr auf Feststellung einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung. 73
- B. Die Anschlussberufung der Klägerin hat zum Teil Erfolg. 74
1. Die Anschlussberufung hat begründet, soweit sie sich gegen die Zug-um-Zug-Verteilung wendet. Die Einschränkung des Klageantrags zu 1, den Klagebetrag nur Zug um Zug gegen 75

Rückübertragung des Gesellschaftsanteils zu zahlen, ist gegenstandslos. In einer stillen Gesellschaft besteht kein Gesellschaftsanteil, der auf den Inhaber des Handelsgeschäfts übertragen werden könnte. Mit der schadensersatzrechtlichen Rückabwicklung des Vertrags steht zugleich fest, dass der stille Gesellschafter keine weitergehenden vertraglichen Rechte mehr gegen den Inhaber des Handelsgeschäfts hat (BGH, Urteil vom 18. April 2005 – II ZR 21/04, juris). Auch ein Auseinandersetzungsguthaben steht dem Anleger einer stillen Gesellschaft nicht zu (BGH, Hinweisbeschluss vom 24. Oktober 2005 – II ZR 234/04, juris, Tz. 4). Ein abtretbarer Abfindungsanspruch, der im Schadensersatzprozess Voraussetzung für eine Zug-um-Zug Verurteilung ist, besteht daher nicht (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2005 – II ZR 234/04, juris)

2. Den auf Feststellung einer unerlaubten Handlung gerichteten Antrag (§ 256 Abs. 1 ZPO) hat das Landgericht in der Sache für begründet erachtet (LGU 11), dies aber versehentlich nicht im Urteilstenor ausgesprochen. Auch insoweit hat die Anschlussberufung Erfolg. 76

a) Die Anschlussberufung der Klägerin ist auch unter diesem Gesichtspunkt zulässig. Eine Beschwerde ist nicht erforderlich (BGH, Urteil vom 25. November 1993 - IX ZR 51/93, NJW 1994, 944 unter II 2 b bb, HkZPO/Wöstmann, 3. Aufl., § 524 Rn. 7). 77

b) Der Feststellungsantrag ist zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin hat ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung einer unerlaubten Handlung, weil das Vollstreckungsgericht keine materiell-rechtliche Prüfungskompetenz hat, die Voraussetzungen des Vollstreckungsprivilegs des § 850f Abs. 2 ZPO festzustellen (BGHZ 109, 275; 152, 166). Der Antrag ist auch in der Sache begründet. Wie ausgeführt, steht der Klägerin gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zu. 78

3. Mit der Anschlussberufung verlangt die Klägerin 2.501,54 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten. Insoweit bleibt die Anschlussberufung ohne Erfolg, denn ein darauf gerichteter Anspruch steht der Klägerin nicht zu. Vorgerichtlich sind die Anwälte der Klägerin nicht gegen den Beklagten vorgegangen, sondern gegen die "G2 GmbH & Co. KG". Erst klageerweiternd haben sie den Beklagten in Anspruch genommen. Die GmbH & Co. KG war wiederum nicht Vertragspartner der Klägerin, so dass es auch hier dahinstehen kann, ob der Beklagte für ihre Verbindlichkeiten einzustehen hat. 79

C. Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 708 Nr. 10, § 713 ZPO. 80

Die Revision ist nicht zuzulassen (§ 543 ZPO). Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht. Die Parteien haben zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten angeregt, die Revision zuzulassen: beide Parteien wegen der Anrechnung von Steuervorteilen; die Klägerin darüber hinaus wegen der vertraglichen Haftung des Beklagten, wegen des Beginns der Verjährungsfrist bei mehreren Fristverletzungen und wegen der Voraussetzungen des Verjährungsbeginns im Übrigen. All diese Fragen sind indes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, von der Senat nicht abweicht, geklärt. 81