
Datum: 16.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 16 U 29/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0116.16U29.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 15 O 381/10

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers und der Beklagten wird das am 19.01.2012 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgericht Köln - 15 O 381/10 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 191.952,57 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.9.2009 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, dem Kläger die Zahlungsforderung nebst Zinsen sowie die Kosten des Verfahrens als Schäden aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zu ersetzen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen der Parteien werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten als Gesamtschuldner.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheit in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 191.432,63 € festgesetzt. Davon entfallen auf die Berufung des Klägers 31.948,06 € und auf die Berufung der Beklagten 159.484,57 € (Urteilssumme ohne Rechtsanwaltskosten).

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

- | | |
|--|---|
| I. | 1 |
| Der Kläger erteilte der in A ansässigen Beklagten zu 1), deren Vorstand der Beklagte zu 2) ist, am 22.01.2008 den Auftrag, sein Portfolio bei der E, T (d.h. die dort verwahrten Anlagen) zu verwalten. Die Anbahnung des Vertrages erfolgte durch den Beklagten zu 3), der die Portfolioverwaltung auch wahrnahm. Weder die Beklagte zu 1) noch der Beklagte zu 2) oder der Beklagten zu 3) verfügen über eine Erlaubnis nach § 32 KWG. | 2 |
| Die Verwaltungstätigkeit sollte am 25.01.2008 beginnen, begann tatsächlich aber erst am 25.02.2008. Zu diesem Zeitpunkt wies das Depot ausweislich einer „Performanceberechnung“ einen Wert von 225.557,28 € auf. Zum 01.09. wurde das Depot auf die D E2 übertragen. Der Anfangsbestand belief sich auf 182.744,50 €. Am 4.12.2008 teilte der Kläger der D und den Beklagten mit, dass er die Vermögensverwaltung aussetze, unter dem 15.12.2008 kündigte er den Vertrag. Am 04.12.2008 wies das Depot einen Stand von 84.602,88 € auf. | 3 |
| Der Kläger verlangt von den Beklagten Schadensersatz in Höhe von 195.595,25 €. Er stützt die Klage auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 KWG sowie darauf, dass die Beklagten ihn über die fehlende Zulassung und die Risiken der von ihnen vorgenommenen Geschäfte nicht | 4 |
| | 5 |

hinreichend aufgeklärt hätten.

Die Klageforderung setzt sich wie folgt zusammen:		6
Differenz zwischen Anfangs- und Endbestand des Portfolios	140.954,40 €	7
Nachschuss Kläger		8
17.430,17 €		
Ausschüttung D2	16.879,94 €	9
Entgelt für Vermögensverwaltung	1.100,00 €	10
Zinsen gem. § 849 BGB	15.068,12 €	11
vorgerichtliche Anwaltskosten	4.162,62 €	12
Klageforderung	195.595,25 €.	13
		14
Der Kläger hat beantragt,		15
1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 195.595,25 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.09.2009 zu zahlen,		16
2. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, dem Kläger die in Ziff. 1 geltend gemachten Zahlungsforderungen nebst der dafür geltend gemachten Zinsen in beantragter Höhe, als auch die Kosten dieses Verfahrens als Schäden aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zu ersetzen.		17
Die Beklagten haben beantragt,		18
die Klage abzuweisen.		19
Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens Bezug genommen wird, hat der Klage in Höhe von 163.647,19 € nebst Zinsen und entsprechender Feststellung stattgegeben und sie im Übrigen, d.h. hinsichtlich der Ausschüttung des D2 L.P. in Höhe von 16.879,94 € und der Zinsen nach § 849 BGB in Höhe von 15.068,12 €, abgewiesen.		20
Gegen das Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren Berufungen.		21
Die Beklagten begehren die Abweisung der Klage insgesamt. Der Kläger könne nicht die Kursverluste während der Finanzkrise auf sie abwälzen. Die Beklagten sind der Ansicht, dass eine Erlaubnis nach § 32 KWG nicht erforderlich gewesen sei, vielmehr unterfiele der Vertrag der sog. passiven Dienstleistungsfreiheit. Es sei der Kläger gewesen, der die Beklagte zu 1) als Vertragspartner ausgewählt habe. Die Beklagte zu 1) sei in Deutschland nicht werbend tätig gewesen. Entgegen der Annahme des Landgerichts sei der Beklagte zu 3) vor März 2008 nicht Angestellter der Beklagten zu 1) gewesen. Erst im März 2008 habe er Unterschriftsbefugnis bekommen. Der Beklagte zu 3) habe seinerzeit mit mehreren Gesellschaften und Banken in Europa kooperiert.		22

Die Beklagten wenden sich auch gegen die Feststellung des Landgerichts, die Depotverwaltung sei vom Beklagten zu 3) in Räumlichkeiten der Beklagten zu 1) in L ausgeführt worden. Die Beklagte zu 1) habe seinerzeit keine Räumlichkeiten in L gehabt. Erst ab November 2009 habe sie die Eröffnung ihrer dortigen Repräsentanz vorbereitet.	
Erlaubnispflichtig sei nur das Depotmanagement, also die Entscheidung über eventuelle Umschichtungen im Depot. Das Depotmanagement sei ganz überwiegend in Belgien, der Schweiz oder Italien durchgeführt worden. Lediglich die Aktenführung erfolgte in L.	24
Auch habe das Landgericht nicht begründet, warum überhaupt deutsches Recht Anwendung finde. Der Vertrag unterliege schweizerischem Recht, so dass § 32 KWG keine Anwendung finde.	25
Die Beklagten rügen eine Verletzung der Hinweispflicht. Nach dem Hinweis des Landgerichts vom 02.05.2011 hätten sie davon ausgehen dürfen, dass das Gericht einen Verstoß gegen § 32 KWG nicht annehme. Die Änderung der Rechtsauffassung durch den jetzt zuständigen Richter sei für sie überraschend gewesen. Das Landgericht hätte hierauf hinweisen und ihr Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag geben müssen.	26
Die Beklagten wiederholen ihre Ansicht, dass mit der Auflösung des Depots bei der E die Vermögensverwaltung durch die Beklagte zu 1) beendet gewesen sei. Die Vollmacht für die D sei nur dem Beklagten zu 3) erteilt worden. Die Beklagte zu 1) habe keine Informationen über das Depot bei der D erhalten. Auch insoweit habe das Gericht seine Rechtsauffassung ohne vorherigen Hinweis geändert.	27
Die Beklagten bestreiten, dass ihre Tätigkeit für den geltend gemachten Schaden ursächlich gewesen sei. Das Depot habe aus Wertpapieren bestanden, deren Kurse im Zuge der Lehmann-Krise gefallen seien.	28
Die Beklagten beantragen,	29
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage in vollem Umfang abzuweisen.	30
Hilfsweise regen sie die Zulassung der Revision an.	31
Der Kläger beantragt,	32
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	33
Mit seiner eigenen Berufung beantragt er,	34
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln, Az. 15 O 381/10 die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner weitere 31.948,06 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 01.09.2009 zu zahlen.	35
Die Beklagten beantragen,	36
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	37
Der Kläger hält den neuen Vortrag der Beklagten für unbeachtlich. Er widerspreche dem erstinstanzlichen Vorbringen, wonach die Depotverwaltung in L durchgeführt und die Aufträge für das Depot telefonisch aus A oder L erteilt worden seien.	38

Der Kläger bleibt bei seinem Vortrag, wonach der Beklagte zu 3) ihn für die Beklagte zu 1) „angeworben“ habe. Diesem Vortrag seien die Beklagten nicht substantiiert entgegengetreten.	39
Die Vermögensverwaltung sei auch nicht mit dem Wechsel von der E zur D beendet gewesen. Den Wechsel zur D habe der Beklagte zu 3) vorgeschlagen. Über einen Wechsel der Vermögensverwaltung sei in diesem Zusammenhang nie gesprochen worden.	40
Mit seiner eigenen Berufung macht der Kläger den Anspruch in Höhe der Ausschüttung des D2 L.P. sowie die Zinsen nach § 849 BGB geltend.	41
Hinsichtlich der Ausschüttung habe das Landgericht nicht beachtet, dass es sich bei dem D2 nicht um ein Wertpapier, sondern einen geschlossenen Immobilienfonds, hier in Form einer Gesellschaftsbeteiligung, nämlich einer Limited Partnership, gehandelt habe. Dieser sei im Anfangsbestand mit 0,00 € ausgewiesen.	42
Die Ausschüttung des Liquidationserlöses von 16.879,28 € repräsentiere diesen Wert. Die Ausschüttung sei daher dem Wert des zur Verwaltung übertragenen Vermögens zuzuschlagen.	43
Den Zinsanspruch macht der Kläger aus § 849 BGB, hilfsweise als entgangenen Gewinn nach § 852 BGB geltend. Unter Sache im Sinne von § 849 BGB sei auch Geld zu verstehen. Dieses sei ihm durch den verbotswidrigen Zugriff der Beklagten entzogen worden. Seinen konkreten Schaden könne er nicht darlegen, da er nie den Nachweis führen könne, wie sein Vermögen durch eine legal arbeitende Vermögensverwaltungsfirma angelegt worden sei. In dieser Situation gewähre § 849 BGB eine de facto pauschale Nutzungsausfallentschädigung. Ferner könne der Zinsschaden auch als entgangener Gewinn nach § 252 BGB geschätzt werden. Der Zinssatz von 4 % sei auch für das Jahr 2008 realistisch. Im Übrigen komme insoweit § 246 BGB Leitbildfunktion zu.	44
Die Parteien haben im Termin vom 17.10.2012 ihre Zustimmung zum Übergang ins schriftliche Verfahren nach § 128 ZPO erklärt. Der Senat hat Frist zur Einreichung von Schriftsätzen bis zum 28.12.2012 bestimmt.	45
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.	46
II.	47
Die Berufung der Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg, während die Berufung des Klägers überwiegend begründet ist. Dies führt insgesamt zu einer Erhöhung des begründeten Anspruchs.	48
1. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das Landgericht Köln international zuständig.	49
Im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz richtet sich die internationale Zuständigkeit nach dem Luganer Übereinkommen. Maßgeblich ist die Fassung 1988. Die Fassung 2007 ist erst am 01.01.2011 in der Schweiz in Kraft getreten. Die Klage ist indes bereits im Dezember 2009 beim Landgericht Ravensburg eingegangen und wurde in 2010 zugestellt.	50
Die internationale Zuständigkeit folgt schon aus der rügelosen Einlassung nach Art. 18 LugÜ 1988. Die Beklagten haben erstmals nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht	51

die fehlende internationale Zuständigkeit gerügt und sich damit auf das Verfahren eingelassen. Dementsprechend wird die internationale Zuständigkeit im Berufungsverfahren auch nicht gerügt.

Unabhängig davon ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus Art. 5 Ziff. 3 LugÜ 1988, wonach deliktsrechtliche Ansprüche vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, geltend gemacht werden können. Da in Deutschland sowohl der Vertrag abgeschlossen wurde (jedenfalls hat der Kläger hier seine Willenserklärung abgegeben), das zu verwaltende Depot sich in Deutschland befand, so dass hier auch der Schaden eingetreten ist, und schließlich auch nach dem Vortrag der Beklagten zumindest die Verwaltung des Depots in Deutschland erfolgte, sind die deutschen Gerichte zuständig. 52

2. Soweit die Beklagten sich gegen den Grund des Anspruchs wenden, hat ihre Berufung keinen Erfolg. Die Beklagten sind dem Kläger als Gesamtschuldner aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 32 KWG zum Schadensersatz verpflichtet. Das Landgericht hat ihre Haftung dem Grunde nach zu Recht und mit zutreffender Begründung bejaht. Das gilt auch für die Zeit nach dem Wechsel des Depots von der E zur D. 53

2.1. Auf den Schadensersatzanspruch wegen fehlender Zulassung zum Geschäftsbetrieb findet deutsches Recht Anwendung, ungeachtet der Frage, welchem Recht das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) unterliegt. Der Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 32 KWG ist deliktsrechtlicher Natur. 54

Gemäß Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB kommt deutsches Deliktsrecht zur Anwendung, da die unerlaubte Handlung, nämlich die Portfolioverwaltung ohne die erforderliche Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) in Deutschland erfolgt ist. Darüber hinaus kann der Kläger jedenfalls nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB die Anwendung deutschen Rechts verlangen, da der Vermögensschaden und damit der Erfolg der unerlaubten Handlung in Deutschland eingetreten ist. 55

Die Rechtswahlklausel im Verwaltungsvertrag ändert hieran nichts. Die Rechtswahlklausel betrifft nur Ansprüche aus dem Vertrag, nicht aber daneben bestehende deliktische Ansprüche. Auf ihre Wirksamkeit kommt es daher nicht an. 56

2.2. Indem die Beklagten die Portfolioverwaltung für den Kläger ausführten, haben sie gegen § 32 KWG verstoßen. Nach dieser Vorschrift bedarf, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen. 57

§ 32 KWG ist Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB (BGH Urt. v. 5.10.2010 - VI ZR 159/09, NJW 2011, 432; Urt. v. 21.4.2005 - III ZR 238/03, NJW 2005, 2703; Urt. v. 11.7.2007 - VI ZR 340/04, NJW-RR 2006, 1713). Der vorsätzliche oder fahrlässige Verstoß gegen § 32 KWG ist nach § 54 KWG strafbar. 58

Die von der Beklagten zu 1) durchgeführte Vermögensverwaltung ist Finanzdienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1a KWG, nämlich Finanzportfolioverwaltung nach § 1 Abs. 1a Nr. 3 KWG („die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum“). 59

Die Beklagten verfügten oder verfügen nicht über die Erlaubnis zur Erbringung von Finanzdienstleistungen in Deutschland. 60

Entgegen der Ansicht der Beklagten bedurften sie der Erlaubnis der BaFin, da sie die Finanzdienstleistungen im Inland erbracht haben und kein Ausnahmefall der sog. passiven Dienstleistungsfreiheit vorliegt.	61
2.1. Die Beklagten haben die Finanzdienstleistungen im Inland erbracht. Der Kläger hat den Auftrag in Deutschland erteilt, das Depot befand sich in Deutschland und die Beklagte zu 1) hat die Dienstleistung über den Beklagten zu 3) jedenfalls teilweise in Deutschland erbracht. Mit Schriftsatz vom 20.2.2010 (GA 51) haben die Beklagten vorgetragen, dass die Beklagte zu 1) eine Repräsentanz in Köln unterhält und von dort aus die Verwaltungsmaßnahmen vorgenommen wurden und die Buch- und Aktenführung erfolgte. Soweit die Beklagten erstmals in der Berufung behaupten, die Anlageentscheidungen seien nicht in Deutschland getroffen worden, ist dies rechtlich unerheblich. Denn auch nach dem Vortrag der Beklagten hat der Beklagte zu 3) zumindest die administrative Verwaltung des Depots in Deutschland vorgenommen. Dies genügt für die Annahme einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit im Inland.	62
Auf die streitige Frage, ob es für die Anwendbarkeit des § 32 KWG einer inländischen Zweigstelle bedarf (BFS-KWG/Fischer, 4. Aufl., § 32 Rn. 16 ff.) kommt es nicht an, da auch nach dem Vortrag der Beklagten die Vermögensverwaltung von Deutschland aus organisiert wurde und eine solche physische Präsenz ausreicht, um von der Erbringung der Finanzdienstleistung im Inland auszugehen. Ob der Beklagte zu 3) bei Abschluss des Vertrages schon Angestellter der Beklagten zu 1) war, ist ebenfalls rechtlich unerheblich. Denn er hat die Vertragsverhandlungen für die Beklagte zu 1) geführt und die Vermögensverwaltung auch tatsächlich durchgeführt. Ferner war er auch nach Vertragsschluss stets der Ansprechpartner des Klägers. Auf das Innenverhältnis zwischen dem Beklagten zu 3) und der Beklagten zu 1) kommt es für die Frage, ob Finanzdienstleistungen im Inland erbracht werden, nicht an.	63
Im Übrigen ergibt sich die Anwendbarkeit des § 32 KWG auch daraus, dass die Beklagte zu 1) sich über den Beklagten zu 3) zielgerichtet in Deutschland an Kunden gewandt hat (hierzu OLG München, Urt. v. 17.12.2008 - 20 U 3508/08).	64
2.2. Die Finanzdienstleistung ist nicht deshalb von der Erlaubnispflicht befreit, weil sie im Rahmen der sog. passiven Dienstleistungsfreiheit erbracht wurde.	65
Eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht gilt allerdings für die sog. passive Dienstleistungsfreiheit, d.h. das Recht einer in Deutschland ansässigen Person oder eines Unternehmens, aus eigener Initiative Dienstleistungen eines ausländischen Anbieters nachzufragen (BFS-KWG/Fischer, 4. Aufl., § 32 Rn. 19 ff.). In der Fußnote zum „Merkblatt - Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen“ des BaFin vom 01.04.2005 heißt es hierzu:	66
„Damit sind solche Fälle gemeint, in denen die Dienstleistung vom Dienstleistungsempfänger nachgefragt, d. h. aufgrund seiner Initiative hin vom Dienstleistungserbringer erbracht wird. Die passive Dienstleistungsfreiheit ist Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, die im Hinblick auf den Empfänger der Dienstleistung - anders als beim Dienstleistungserbringer - nicht durch Regelungen der Wirtschaftsaufsicht (z. B. KWG) eingeschränkt wird.“	67
Ein Fall der sog. passiven Dienstleistungsfreiheit, für welche die Beklagten darlegungs- und beweispflichtig sind, liegt indes nicht vor. Auch nach dem Vorbringen der Beklagten ist die	68

Initiative zum Abschluss des Vertrages nicht vom Kläger, sondern von der Beklagten zu 1), handelnd durch den Beklagten zu 3) ausgegangen. Die Beklagten haben nicht bestritten, dass sich der Beklagte zu 3) an den Kläger gewandt hat und die Erbringung der Dienstleistung über die Beklagte zu 1) angeboten hat. Sie haben im Schriftsatz vom 23.08.2011 selbst dargelegt, dass der Beklagte zu 3) aufgrund einer Absprache mit dem Beklagten zu 2) seit 2001 mit der Beklagten zu 1) kooperierte und seinen Kunden empfohlen hat, die Vermögensverwaltung auf die Beklagte zu 1) umzustellen (GA 155). Damit war es aber die Beklagte zu 1), die sich über den Beklagten zu 3) dem Kläger angedient hat, wie es auch der Kläger stets vorgetragen hat.

Ob der Beklagte zu 3) dabei, wie die Beklagten im Schriftsatz vom 02.12.2011 (GA 164) behauptet haben, auch andere „Partnergeseellschaften“ angeboten und der Kläger unter mehreren Anbietern gewählt hat, kann dahinstehen. Zum einen ist der Vortrag zu pauschal und damit prozessual unbeachtlich. Es wird nicht vorgetragen, bei welcher Gelegenheit das erfolgt sein soll und welche Anbieter genannt wurden. Näherer Vortrag hierzu wäre aber erforderlich, weil es nach dem Vortrag des Klägers vor dem Gespräch am 22.01.2008, bei dem er den Auftrag erteilt hat, nur ein Telefonat am 11.01.2008 gab und die Beklagte zu 1) schon am 16.01.2008 dem Kläger in Vorbereitung des Gesprächs vom 22.1.2008 den Vertragsentwurf übersandt hat (Anl. K 4).

69

Selbst wenn der Beklagte zu 3) aber - bei welcher Gelegenheit auch immer - mehrere mögliche Anbieter genannt hätte, würde das nichts daran ändern, dass die erste Initiative über den Beklagten zu 3) von der Beklagten zu 1) ausgegangen ist.

70

3. Das Landgericht sieht mit Recht alle Beklagten als zum Schadensersatz verpflichtet an. Die Beklagte zu 1) hat die Finanzdienstleistung erbracht, der Beklagte zu 2) nach eigenem Vortrag die Anwerbung deutscher Kunden mit dem Beklagten zu 3) abgesprochen und den Vertrag unterzeichnet und der Beklagte zu 3) hat die Vertragsverhandlungen für die Beklagte zu 1) geführt und auch die Vermögensverwaltung durchgeführt.

71

Die Beklagten zu 1) und 2) haften auch für den Schaden, der nach dem Wechsel des Depots von der E zur D entstanden ist. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass der Vermögensverwaltungsvertrag durch den Wechsel zur D nicht beendet wurde.

72

Allerdings bezieht sich der schriftliche „Vermögensverwaltungs-Auftrag“ zwischen den Parteien, den der Beklagte zu 2) für die Beklagte zu 1) unterschrieben hat (Anl. K 6 und 16 zur Klageschrift) auf die bei der E T gehaltenen Vermögensanlagen des Klägers. Auch hat die Beklagte zu 1) dem Kläger nach dem Wechsel von der E zur D keine Verwaltungsgebühr in Rechnung gestellt. Schließlich ist auch unstreitig, dass die Vollmacht über die Anlagen bei der D nicht der Beklagten zu 1), sondern dem Beklagten zu 3) erteilt wurde.

73

Das rechtfertigt indes nicht die Annahme, dass der Vermögensverwaltungs-Auftrag zwischen den Parteien durch den Wechsel des Depots von der E zur D beendet wurde. Vielmehr belegen die Umstände des Wechsels des Klägers von der E zur D, dass hiermit nicht die Beendigung des Vertrages zwischen ihm und der Beklagten zu 1) verbunden war. Der bloße Wechsel der Bank und die Ausstellung der neuen Vollmacht auf den Beklagten zu 3) reichen für die Beendigung des Vermögensverwaltungsvertrages nicht aus. Denn der Wechsel der Bank ist auf Empfehlung des Beklagten zu 3) erfolgt, die dieser im Zuge der Vermögensverwaltung erteilt hat. Die vorhandenen Anlagen wurden von der E auf die D übertragen. Ein Übergang der Vermögensverwaltung von der Beklagten zu 1) auf den Beklagten zu 3) ist jedenfalls nicht erkennbar geworden. Vielmehr wurde die Vermögensverwaltung unverändert über den Beklagten zu 3) weitergeführt, der sie auch

74

bisher für die Beklagte zu 1) durchgeführt hat. Dass die Vollmacht für die Konten der D nicht auf die Beklagte zu 1), sondern den Beklagten zu 3) lautete, genügt hierfür nicht, da der Beklagte zu 3) die Vermögensverwaltung für die Beklagte zu 1) wahrnahm und seinerzeit auch ihr Prokurist war. Eine Verwaltungsgebühr hat nach dem Wechsel zur D im Übrigen auch der Beklagte zu 3) nicht in Rechnung gestellt.

Der Kläger hat in erster Instanz mehrfach substantiiert vorgetragen, dass der Wechsel von der E zur D auf Empfehlung des Beklagten zu 3) erfolgt ist, der dies mit zu hohen Gebühren der E, einer leichteren Abwicklung und guter Erfahrungen anderer Kunden begründet hatte (Bl. 19). Gespräche über eine Beendigung des Vertrages zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) oder einem Wechsel der Vermögensverwaltung von der Beklagten zu 1) zum Beklagten zu 3) habe es in diesem Zusammenhang nicht gegeben. Vielmehr sei der Beklagte zu 3) auch gegenüber der D stets als Vertreter der Beklagten zu 1) aufgetreten. 75

Dieses Vorbringen des Klägers wird durch die von ihm vorgelegten Unterlagen gestützt. Diese belegen, dass vorprozessual sowohl der Kläger als auch der Beklagte zu 3) davon ausgegangen sind, dass die Verwaltung der Vermögensanlagen auch nach dem Wechsel zur D von der Beklagten zu 1) ausgeführt wurde. Mit Schreiben vom 14.07.2008 hat der Beklagte zu 3) (Anl. K 20) die Verlagerung des Depots zur Filiale E2 der D empfohlen, weil „die Abwicklung über die Schiene G/N/L2 – G2t zu kompliziert“ und über E2 der direkte Zugang nach G2 gewährleistet sei. Das bestätigt den Vortrag des Klägers, wonach der Wechsel auf eine Empfehlung des Beklagten zu 3) zurückgeht, der seinerzeit unstreitig für die Beklagte zu 1) gehandelt hat. Hinweise darauf, dass mit dem Wechsel zur D auch ein Wechsel der Vermögensverwaltung verbunden war, enthält das Schreiben nicht. Unter dem 08.11.2008 hat der Beklagte zu 3) den Entwurf einer Vereinbarung über die Unterstützung bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen die D aufgesetzt. In der Vorbemerkung dieser Vereinbarung heißt es: „B (d.h. die N2 AG/F) hat für A einen Vermögensverwaltungsauftrag bei der D AG durchgeführt“ (Anl. K 51, GA 132). Auch der Kläger hat unverändert die Beklagte zu 1) als seine Vertragspartnerin angesehen. Mit Schreiben vom 04.12.2008 an die D bestätigt er dieser gegenüber seine Bitte, „keine Abbuchungen mehr für N2 mehr zuzulassen“ (Anl. K 52, GA 133). 76

Die Beklagten sind dem Vortrag des Klägers, wonach der Wechsel zur D auf Empfehlung des Beklagten zu 3) erfolgte, in erster Instanz und in der Berufungsbegründung nicht entgegengetreten. Erstmals im Schriftsatz vom 28.11.2012 behaupten sie, dass die Initiative zum Transfer des Depots von der E ausgegangen sei, welche Zweifel an der Seriosität der Beklagten zu 1) geäußert habe. Entgegen den Ausführungen im Schriftsatz vom 28.11.2012 haben die Beklagten dies nicht bereits vorher vorgetragen und hierzu auch keinen Beweis angetreten. Den Mitarbeiter der E T2 hatten sie zuvor lediglich in der Berufungsbegründung dafür benannt, dass die E N3 die Abrechnungskopien für die Depotbuchhaltung an die Beklagte nach A geschickt habe. Der Vortrag ist neu und nach § 531 Abs. 2 ZPO unbeachtlich. Ein Zulassungsgrund ist nicht ersichtlich. Darüber hinaus ist der Vortrag auch nach § 530 ZPO verspätet. Er ist weder in der Berufungsbegründung noch innerhalb der Erwiderungsfrist auf die Berufung des Klägers erfolgt. Eine Beweiserhebung über diesen Vortrag würde die Erledigung des - ansonsten entscheidungsreifen - Rechtsstreits verzögern. 77

Soweit die Beklagten erstmals in der Berufungsbegründung vorgetragen haben, anlässlich des Wechsels von der E zur D habe der Beklagte zu 3) den Kläger mehrfach gefragt, mit welcher Gesellschaft er die Vermögensverwaltung bei der D fortsetzen wolle, ist auch dieser Vortrag in der Berufung neu, ohne dass ein Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 ZPO vorgetragen oder ersichtlich ist. Der nicht unter Beweis gestellte Vortrag wird zudem durch 78

die oben genannten Indizien widerlegt.

4. Den Vorsatz der Beklagten zu 2) und 3) hat das Landgericht zutreffend bejaht. Auf die Begründung im angefochtenen Urteil kann zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden. 79

5. Hinsichtlich der Höhe des ersatzfähigen Schadens haben beide Berufungen teilweise Erfolg, was insgesamt indes zu einer höheren Schadensersatzverpflichtung der Beklagten führt. 80

Der ersatzfähige Schaden des Klägers errechnet sich wie folgt: 81

Anfangsbestand Depot	224.477,22 €	82
----------------------	--------------	----

abzüglich Endbestand Depot	84.602,88 €	83
----------------------------	-------------	----

Zwischensumme	139.874,34 €	84
---------------	--------------	----

zuzüglich Nachschuss	17.430,17 €	85
----------------------	-------------	----

zuzüglich D2	16.879,94 €	86
--------------	-------------	----

zuzüglich Verwaltungsgebühr	1.100,00 €	87
-----------------------------	------------	----

Schaden ohne Zinsen	175.284,45 €.	88
---------------------	---------------	----

Hinzu kommen noch Zinsen und die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. 89

5.1. Der Schaden liegt - neben der gezahlten Vergütung von 1.100 € - in der Differenz zwischen dem der Beklagten zu 1) zur Verwaltung überlassenen Vermögen und dem Vermögen bei Ende der Verwaltung. 90

Die Berufung der Beklagten hat insoweit Erfolg, als nach dem ergänzenden Vorbringen des Klägers nicht mehr von einem Anfangsbestand von 225.557,28 € ohne Berücksichtigung des D2 ausgegangen werden kann. 91

Allerdings war der Anfangsbestand in erster Instanz unstreitig gewesen, streitig war aber, ob hierin der D2 enthalten war. Nachdem der Kläger auf den Hinweis des Senats näher zum Anfangsbestand vorgetragen hat, kann der Betrag von 225.557,28 € nicht mehr zugrunde gelegt werden. Dieser Anfangsbestand beruhte auf einer „Performance“ (Anl. K 18), also einer Analyse der Wertentwicklung des Depots. Wie sich der Anfangswert von 225.557,28 € zusammensetzt, kann dieser Unterlage nicht entnommen werden. 92

Der Kläger hat auf den Hinweis des Senats nunmehr zur Aufschlüsselung des Anfangsbestands und zum Nachweis dafür, dass hierin der D2 nicht enthalten war, eine detaillierte Vermögensaufstellung per 25.2.2008 vorgelegt, die indes eine niedrigere Gesamtsumme, nämlich 224.477,22 € aufweist. Nur dieser Betrag ist schlüssig vorgetragen. Der Beklagte ist dieser Aufstellung nicht entgegengetreten, so dass der Betrag als unstreitig anzusehen ist (§ 138 Abs. 2 ZPO). 93

Der Endbestand zum Kündigungszeitpunkt von 84.602,88 € ist wiederum unstreitig und durch die Aufstellung der D (Anl. K 37) belegt. 94

Hieraus ergibt sich eine Differenz von 139.874,34 €. 95

Zum ersatzfähigen Schaden gehört darüber hinaus der durch Vorlage der Kontoauszüge (Anl. K 39) nachgewiesene Nachschuss von 17.430,17 €. Er dient dem Ausgleich von Verlusten durch Kontoausgleich und ist in dem Depotwert zum Zeitpunkt der Beendigung der Portfolioverwaltung nicht enthalten.	96
5.2. Die Beklagten berufen sich ohne Erfolg darauf, dass die Kausalität ihrer Vermögensverwaltung für die Verluste nicht festgestellt sei.	97
Der Schaden aus einer unerlaubten Finanzdienstleistung liegt regelmäßig in den negativen Folgen, welche die Finanzdienstleistung für den Anleger hatte (BGH Urt. v. 24.01.2005 - III ZR 238/03, NJW 2005, 2703). Hätten die Beklagte § 32 KWG beachtet und von der mangels Erlaubnis verbotenen Vermögensverwaltung abgesehen, wären die Verluste des Klägers in der gegebenen Form nicht eingetreten. Das von den Beklagten verwaltete Vermögen hat sich um die entsprechenden Beträge verringert. Die Anlageentscheidungen in dem entsprechenden Zeitraum haben die Beklagte zu 1) bzw. der Beklagte zu 3) getroffen.	98
Dass der Vermögensbestand sich in gleicher Höhe oder in einer anderen Höhe auch ohne die Vermögensverwaltung durch die Beklagte zu 1) verringert hätte, haben die Beklagten nicht konkret dargelegt. Die Beklagten machen damit geltend, dass durch einen anderen Geschehensablauf - dass nämlich der Kläger selbst oder ein anderer Finanzdienstleister das Portfolio verwaltet hätte - der gleiche Erfolg eingetreten wäre. Das müssten sie aber konkret darlegen.	99
Das gilt auch für die Papiere, die unverändert im Portfolio verblieben sind (z.B. Aktien der D oder der U) und im Laufe des Jahres 2008 einen Kursverlust erlitten haben. Denn es ist nicht auszuschließen, dass ein anderer Vermögensverwalter diese Aktien vorher abgestoßen hätte. Anhaltspunkte dafür, dass sich das Portfolio ohne die Vermögensverwaltung der Beklagten anders entwickelt hätte, ergeben sich daraus, dass der Kläger die Verluste stets gegenüber dem Beklagten beanstandet hat. Das legt es nahe, dass der Kläger selbst anders agiert hätte. Auch ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger auch Optionsgeschäfte getätigt hätte.	100
5.3. Die Berufung des Klägers hat dahin Erfolg, dass bei der Bemessung des Schadens auch die Ausschüttung des D2 über 16.879,94 € in der Weise zu berücksichtigen ist, dass sie dem Anfangsbestand der Vermögensanlagen hinzuzurechnen ist.	101
Das Landgericht hat die Ausschüttung zu Unrecht wie eine Dividendenausschüttung von Aktien behandelt und mit dieser Begründung nicht der Differenz zwischen Anfangs- und Endbestand zugeschlagen. Nach den jetzt vorliegenden Unterlagen steht fest, dass der D2 L.P. als geschlossener Immobilienfonds im Anfangsbestand des Depots nicht enthalten war. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es sich beim D2 um einen geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Gesellschaftsbeteiligung handelt, der keinen Kurswert hat. Die Beklagten haben bereits in 1. Instanz vorgetragen, dass die Ausschüttung nicht zum Kurswert hinzuzurechnen ist, sondern den Kurswert „ersetzt“ hat (Schriftsatz vom 23.08.2011, GA 156). Der D2 war dementsprechend in den erstinstanzlich und mit der Berufung vorgelegten Depotauszügen der E (Anl. K 22, K 23 und K 54) jeweils mit dem Wert 0 aufgeführt.	102
Der Wert dieser, bei Übernahme der Depotverwaltung schon vorhandenen Anlage kann mit dem Ausschüttungsbetrag angesetzt und dem Anfangswert des Depots zugeschlagen werden. Dieser Wert kann nach § 287 ZPO geschätzt werden. Er liegt noch unter dem von den Beklagten in 1. Instanz geschätzten seinerzeitigen Kurswert von 18.000 €. Streitig war in erster Instanz lediglich, ob dieser Wert - wie von den Beklagten behauptet (GA 156) - im	103

Vermögensbestand zum Zeitpunkt der Übernahme der Vermögensverwaltung durch die Beklagten bereits berücksichtigt war. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt der vom Kläger vorgelegte Depotauszug per 25.02.2008.

5.4. Hinsichtlich der Zinsen hat die Berufung des Klägers teilweise Erfolg. 104

5.4.1. Der Kläger kann die Zinsen allerdings nicht als entgangenen Gewinn (§§ 252, 246 BGB) geltend machen. 105

Als entgangener Gewinn ist die Zinsforderung unschlüssig. Der 11. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im Mai 2012 entschieden, dass auch für eine abstrakte Schadensberechnung konkreter Vortrag erforderlich ist (BGH Urt. v. 8.5.2012 - XI ZR 262/10, NJW 2012, 2427 zu Rn. 64). Der Anleger muss darlegen, welcher Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit einem anderen Anlagegeschäft erzielt worden wäre. Hieran fehlt es. 106

5.4.2. Der Kläger kann aber Zinsen nach § 849 BGB verlangen. Nach einer Entscheidung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs kann, wer durch unerlaubte Handlung dazu bestimmt wird, Geld zu überweisen, vom Schädiger eine Verzinsung nach § 849 BGB beanspruchen (BGH Urt. v. 26.11.2007 - II ZR 167/06, NJW 2008, 1084). Der Zweck des § 849 BGB, den später nicht nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen, erfasse jegliche Form von Geld (BGH aaO). Dieser Gesichtspunkt lässt sich grundsätzlich auch auf eine Portfolio-Verwaltung übertragen. 107

Die Zinsberechnung des Klägers (Schriftsatz vom 29.06.2011, GA 128) berücksichtigt aber nicht, dass er ab dem 04.12.2008 über den dann noch vorhandenen Betrag verfügen konnte. Dem Kläger ist der Endbestand seines Portfolios nur bis zum 04.12.2008 entzogen worden, bis er nämlich die Verwaltung durch die Beklagte zu 1) ausgesetzt hat. Ab dem 04.12.2008 kann er daher lediglich die Verzinsung der eingetretenen Verluste verlangen. 108

Daraus ergibt sich folgende Berechnung: 109

4 % aus 224.477,22 € (Anfangsbestand 25.02.2008) vom 25.02.2008 bis zum 04.12.2008 = 283 Tage = 6.961,87 € 110

4 % aus 16.879,94 € ab 14.05.2008 (Ausschüttung) bis zum 04.12.2008 = 204 Tage = 376,34 € 111

4 % aus 175.284,45 € vom 05.12.2008 (Ende der Portfolioverwaltung) bis zum 31.08.2009 = 269 Tage = 5.167,29 €. 112

Das ergibt Zinsen von insgesamt 12.505,50 €. Insgesamt ergibt sich damit eine Schadensersatzverpflichtung in Höhe von 187.789,95 € (175.284,45 € + 12.505,50 €). Hinzu kommen die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten mit 4.162,62 €. 113

6. Der Feststellungsantrag ist begründet, da es sich um einen deliktischen Anspruch handelt. 114

III. 115

Der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zur Gewährung rechtlichen Gehörs bedarf es nicht. 116

117

Die Beklagten sehen zu Unrecht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darin, dass der Senat lediglich das persönliche Erscheinen des Beklagten zu 3) angeordnet hat. Dies konnten die anwaltlich vertretenen Beklagten nicht dahin verstehen, dass die Klage gegen die Beklagten zu 1) und 2) abgewiesen werden würde. Der Senat hat das persönliche Erscheinen des Beklagten zu 3) zur Sachaufklärung angeordnet, weil dieser der Ansprechpartner des Klägers war und die Vermögensverwaltung tatsächlich ausgeführt hat. Von der Anordnung des persönlichen Erscheinens des in der Schweiz wohnenden Beklagten zu 2) hat der Senat nach § 141 Abs. 2 S. 2 ZPO abgesehen. Unabhängig hiervon stand es dem Beklagten zu 2) als Partei und gesetzlichem Vertreter der Beklagten zu 1) natürlich frei, zum Termin zu erscheinen.

Die Verfügung des Landgerichts vom 02.05.2011 gebietet ebenfalls nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, da das Landgericht seine diesbezügliche Rechtsauffassung durch sein Urteil bereits revidiert hatte. 118

Schließlich verweisen die Beklagten zur Begründung des Antrages auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ohne Erfolg darauf, dass die Position des Beklagten zu 2) nicht identisch ist mit der des Beklagten zu 3). Auch wenn die Parteien sich ungeachtet einer eventuellen Interessenskollision vom selben Prozessbevollmächtigten vertreten lassen, war der Beklagte zu 2) hierdurch nicht gehindert, seine Rechtsauffassung im Rechtsstreit geltend zu machen und hat dies auch getan. 119

IV. 120

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711. 121

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden. 122