

OLG Schleswig, Urt. v. 10. 4. 2014 – 5 U 128/12

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 24. August 2012 verkündete Teilurteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Flensburg wird zurückgewiesen.

Auf die Berufungen der Beklagten zu 1 und 3 wird das am 24. August 2012 verkündete Teilurteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Flensburg geändert und die Klage abgewiesen. Die Widerklage bleibt abgewiesen.

Der Beklagte zu 1 trägt die außergerichtlichen Kosten erster und zweiter Instanz des Drittwiderbeklagten.

Die Kosten des Berufungsrechtszugs im Übrigen sowie die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 und 3 in erster Instanz trägt die Klägerin.

Die Kostenentscheidung erster Instanz im Übrigen bleibt dem Schlussurteil erster Instanz vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten zu 1 und 3 vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Der Beklagte zu 1 darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Drittwiderbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Streitwert der Widerklage wird für den Berufungsrechtszug auf 20.000 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Klägerin begehrt von den Beklagten als Gesamtschuldner Schadenersatz in Höhe von 45.407.880,00 € wegen der unterlassenen Rückgabe von 1.864.600 Aktien der T. AG. Die Klägerin behauptet, Eigentümerin dieser Aktien gewesen zu sein und diese Aktien der Rechtsvorgängerin der seit dem 2. August 2011 insolventen Beklagten zu 2. (F. Beteiligungs GmbH – im Folgenden "F.") aufgrund eines Vertrages vom 22. Dezember 2005 (Anlage K9) im Wege einer BGB-Sachleihe überlassen zu haben. Die Klägerin begehrt zudem entsprechenden Schadenersatz von der Beklagten zu 3. als Rechtsnachfolgerin der F. Sparkasse (im Folgenden "FSK"), weil sie pflichtwidrig

gegen eine Vereinbarung mit der F./M. Beteiligungs GmbH (im Folgenden "M.") vom 29./30. Dezember 2005 (Anlage K11) verstoßen und ohne vorherige Zustimmung der Klägerin Verfügungen über die bei ihr deponierten T.-Aktien zugelassen habe.

2

Die T. AG und deren Tochterunternehmen sind Spezialunternehmen der Fahrzeugindustrie, die Motoren und Motorkomponenten für Flugzeuge und Fahrzeuge entwickeln und herstellen. Im November 2005 erfolgte der Börsengang der T. AG (IPO: initial public offering). Die Aktien wurden erstmals am 17. November 2005 an der Wertpapierbörse zum Ausgabekurs von 13,50 € notiert, die sogenannte Lock-up Periode sollte bis zum 17. November 2006 dauern. Nach dem Börsengang stieg die Aktie zwischenzeitlich auf über 27,00 €, danach sank der Kurs jedoch wegen des Vorwurfs von Bilanzmanipulationen rapide und wurde zuletzt am 22.8.2013 außerbörslich telefonisch an der Nasdaq mit 0,0001 USD/Aktie gehandelt. Auf dem Portal O. wird aktuell nicht einmal mehr ein Erinnerungswert sondern ein Wert von 0,000 USD angegeben. Am 30. April 2008 musste die T. AG Insolvenz anmelden. Nur eine Woche zuvor (23. April 2008) wurde die Bestellung von Frank T. (im Folgenden "FT") als Vorstand der T. AG aus wichtigem Grund widerrufen und sein Anstellungsvertrag fristlos gekündigt. FT war bis November 2011 Geschäftsführer der Klägerin. Zwischenzeitig fungierte seine Ehefrau Ute als Geschäftsführerin, seit dem 29. Januar 2014 ist allerdings FT wieder einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Klägerin.

3

Der Beklagte zu 1. (im Folgenden "MH") ist ein Finanzinvestor aus F., der sich in der Vergangenheit über diverse Projektgesellschaften (u.a. F., M., Futura C. AG, C.S. T. GmbH) an verschiedenen Unternehmen (u.a. auch an der T. AG) beteiligte. Die Beklagte zu 2. ist aufgrund einer Verschmelzung seit dem 16.4.2008 Rechtsnachfolgerin der F. und der M. geworden. Gesellschafter der F. waren Lorenz Peter S., Dirk K. und MH, letzterer war auch bis zur Verschmelzung deren alleiniger Geschäftsführer.

4

Die Beklagte zu 3 ist seit dem 1.7.2008 Rechtsnachfolgerin der F. Sparkasse (im Folgenden FSK). Die FSK war noch bis Sommer 2006 die Hausbank des Beklagten zu 1. und seiner diversen Projektgesellschaften. Der Drittwiderbeklagte war der Rechtsberater der Klägerin und des FT sowie zeitweise auch Aufsichtsratsvorsitzender der T. AG.

5

Mit zwei Verträgen vom 13. November 2002 (Anlagen K75 und K76) veräußerte die Klägerin an die von dem Beklagten zu 1. kontrollierte G. GmbH (Gesellschaft für betriebswirtschaftliche Systemintegration mbH Hamburg; im Folgenden G.) insgesamt 177.600 Aktien der T. AG (Vertrag über 44.400 Aktien zum Kaufpreis von 2,3 Millionen Euro mit unstreitiger Kaufpreiszahlung am 15.11.2002; Vertrag über 133.200 Aktien zum Kaufpreis von 6,9 Millionen Euro mit zinsfreier Kaufpreisstundung zunächst bis zum 30. Juni 2004). Die G. verkaufte die 177.600

vinkulierten Namensaktien der T. AG mit Vertrag vom 11. November 2002 (Anlage B2) zum Kaufpreis von 25 Millionen Euro, fällig zum 11. November 2002, weiter an die F.. Der Kaufpreis von 25 Millionen Euro wurde von der FSK über ein Fremdwährungsdarlehen (Anlage K 293) finanziert. Zur Absicherung des Darlehens verpfändete die F. die von ihr erworbenen 177.600 Aktien am 11. November 2002 an die FSK und trat außerdem sämtliche Nebenrechte - mit Ausnahme des Stimmrechts - an diese ab (Anlage K 78 und B3). Die Verpfändung wurde der T. AG am 12. November 2002 angezeigt und am 24. November 2002 von ihrem damaligen Vorstand FT zur Kenntnis genommen der gleichzeitig bestätigte, dass dem Verpfändungs- und Abtretungsvertrag keine weiteren Rechte Dritter entgegenstünden (Anl. B6).

6

Am 11./13. November 2002 schlossen FT und MH eine Vereinbarung (Anlage K2), mit der u.a. MH FT anbot, ihm oder der Klägerin 133.200 Aktien der T. AG (= 75 % der an die F. verkauften 177.600 Aktien) gegen Zahlung von 6.900.000 € zu liefern und das Eigentum an den Aktien Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu übertragen. FT sollte dieses Angebot in der Zeit vom 1. Juli – 31. Juli 2004 annehmen können. Die Vertragsparteien vereinbarten, diese Vereinbarung vertraulich zu behandeln. Die Beklagte zu 3. hat bestritten, die Vereinbarung gekannt zu haben.

7

§ 5 der seinerzeit geltenden Satzung der T. AG (Anlage B4) sah vor, dass die Übertragung und Verpfändung der Namensaktien der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit (85 %) der Hauptversammlung bedurfte. Diese Zustimmung zur o.g. Verpfändung der Aktien an die FSK war zunächst auch durch die Hauptversammlung der T. AG am 8. November 2002 (Anlage B5) beschlossen worden. Diese Zustimmung war jedoch durch einen nachfolgenden Beschluss der Hauptversammlung der T. AG vom 27. Dezember 2002 (Anlage B13) für nichtig erklärt worden, weil die GBK Beteiligungen AG als damalige Aktionärin zur Hauptversammlung der T. AG am 8. November 2002 nicht geladen worden war, obwohl tatsächlich damals noch Aktionärin gewesen war. Die GBK Beteiligungen AG hatte ihre Aktien zwar bereits an FT verkauft, der Eigentumsübergang stand jedoch unter der aufschiebenden Bedingung einer vollständigen Kaufpreiszahlung. Da der vereinbarte Kaufpreis erst am 28. November 2002 gezahlt worden war, war die GBK Beteiligungen AG am 8. November 2002 tatsächlich noch Aktionärin der T. AG. Deshalb hat die Hauptversammlung der T. AG mit Beschluss am 27. November 2002 festgestellt, dass die ursprüngliche Zustimmung zur Übertragung und Verpfändung der Aktien vom 8. November 2002 nichtig war. Die Hauptversammlung genehmigte anschließend nur noch die zwischenzeitig erfolgten Aktienverkäufe, nicht aber die Verpfändungen zugunsten der FSK.

8

Am 27. Dezember 2002 schlossen F. und Klägerin hinsichtlich der o.g. 177.600 T.-Aktien einen Treuhandvertrag (Anlage B7; unechte fremdnützige Verwaltungstreuhand), wobei die Klägerin als Treuhänderin und die F. als Treugeberin fungieren sollte. Dieser Treuhandvertrag wurde wegen einer zwischenzeitigen Kapitalerhöhung am 7. Mai 2004 durch einen neuen Treuhandvertrag mit jederzeitiger fristloser Kündigungsmöglichkeit des Treugebers

ersetzt (Anlage K92). Die Treuhandverträge ermächtigten die Klägerin zur Wahrnehmung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte an den Treuhandaktien. Die Klägerin sollte im Außenverhältnis insoweit alleinige Aktionärin sein.

9

Durch eine erste Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Faktor 4) am 25. August 2003 wuchs das Aktienpaket der F. zunächst auf 888.000 T.-Aktien (177.600 Alt-Aktien + 710.400 junge Aktien) an. Mit Vertrag vom 03.09.2003 (Anlage K87) trat F. der FSK sämtliche Rechte aus dem Treuhandvertrag ab. Die Hauptversammlung der T. AG stimmte mit Beschluss vom 6. Februar 2004 (Anlage K11b) der Verpfändung der "jungen" T.-Aktien zu. F. erteilte der Klägerin unter dem 15./28. Mai 2004 eine unwiderrufliche Vollmacht zur Stimmrechtsausübung hinsichtlich v.g. Aktien. Am 13. August 2004 erfolgte eine weitere Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Faktor 1,8), so dass sich die Zahl der von der F. gehaltenen T.-Aktien auf insgesamt 2.486.400 erhöhte (= alte 177.600 + 319.680 = 497.280; junge Aktien aus der ersten Kapitalerhöhung 710.400 + 1.278.720 = 1.989.120). Mit Ergänzungsvereinbarung vom 21. September 2004 stellten FSK und F. klar, dass die Abtretung der Rechte aus dem Treuhandvertrag vom 3. September 2003 auch die jungen Aktien betraf. Mit Schreiben vom 26. November 2004 (K97) zeigte die FSK der T. AG die Verpfändung der Aktien sowie die Abtretung der Rechte aus dem Treuhandvertrag an. Die T. AG (Vorstand FT) bestätigte die entsprechende Kenntnis am 6.12.2004 und erklärte gleichzeitig, dass dieser Vereinbarung keine weiteren Rechte und Ansprüche Dritter entgegenstünden (K97).

10

Mit anwaltlichem Schreiben der T. AG vom 20.12.2004 (verfasst von dem Drittwiderbeklagten) erläuterte die T. AG der FSK, dass durch den Erwerb von der Klägerin das juristische und wirtschaftliche Eigentum an den 177.600 Aktien zunächst auf die F. übergegangen sei, obwohl diese den vereinbarten Kaufpreis nur für 44.400 Aktien gezahlt habe. Später sei das juristische Eigentum an den Aktien durch einen Treuhandvertrag von der F. auf die Klägerin übertragen worden (C 17).

11

Die Klägerin hat behauptet, wegen der im November 2002 von der F. insgesamt erworbenen 177.600 T.-Aktien sei im Innenverhältnis zwischen Klägerin und F. stets zwischen einem Kaufpaket von 44.400 T.-Aktien (durch die Kapitalerhöhungen nunmehr 621.600 Aktien; Kaufpreis von 2,3 Mio € unstreitig gezahlt) und einem "Leihpaket" von 133.200 T.-Aktien (durch die Kapitalerhöhungen nunmehr 1.864.800 Aktien; Kaufpreis von 6,9 Mio € zunächst gestundet) differenziert worden. Deshalb sei zwischen FT und dem Beklagten zu 1 über die 133.200 T.-Aktien (= 75 % der von der F. erworbenen insgesamt 177.600 Aktien) am 11./13. November 2002 ein "Leihvertrag" in Form eines vertraulichen Optionsvertrages (Anlage K2) geschlossen worden. Danach räumte der Beklagte zu 1 der Klägerin und FT befristet bis zum 31. Juli 2004 das Recht ein (Call Option), die 133.200 Aktien Zug um Zug gegen Zahlung von 6,9 Mio € wieder zurück zu übertragen. Dieses Optionsrecht sei mit Vereinbarung vom 31. Juli 2004 (Anlage K3) bis zum 31. Juli 2005 verlängert worden. Mit dem – die vorgenannten Vereinbarungen ersetzenden – Optionsvertrag vom 27. Juni 2005 (Anlage K4) zwischen Klägerin, F. und MH sollte einerseits zwar die F. berechtigt

sein, von der Klägerin bis zum 30. Juni 2006 die Übernahme des Eigentums an den 133.200 Aktien (nach zwischenzeitigen Kapitalerhöhungen 1.864.800 Aktien) zum Kaufpreis von 3.450.000,00 € verlangen zu können (Put-option), andererseits sei der Klägerin jedoch das Recht eingeräumt worden, binnen 6 Monaten nach dem Börsengang der T. AG die Übertragung des Eigentums an den 1.864.800 der T. AG zum Kaufpreis von 3.450.000,00 € verlangen zu können (Call-option). Der Beklagte zu 1. war dieser Vereinbarung zur Erfüllung der Verpflichtungen der F. persönlich beigetreten.

12

Unstreitig ist der zunächst gestundete Restkaufpreis von 6,9 Mio. € von der F. an die Klägerin Ende Juni 2005 gezahlt worden.

13

Im Juli 2005 beschloss die Hauptversammlung der T. AG eine Satzungsänderung, um die Gesellschaft börsenfähig zu machen. Unter anderem beschloss sie eine Umwandlung der Namensaktien in Inhaberaktien und ein Entfallen der Vinkulierung. Die Satzungsänderung wurde am 21. September 2005 in das Handelsregister eingetragen. Im Börsenzulassungsprospekt findet sich auf Seite 158 die zukünftige Aktionärsstruktur, in der die F. nicht als Aktionärin der T. AG aufgeführt war.

14

Am 17. November 2005 erfolgte der Börsengang (IPO) der T. AG zum Ausgabekurs von 13,50 €/Aktie. Im Anschluss daran kam es zunächst zu Kurssteigerungen.

15

In der Folgezeit verhandelten FT und der Beklagte zu 1 u.a. über die 2.486.400 sog. "F.-Aktien", wobei der Inhalt der Verhandlungen zwischen den Parteien streitig ist.

16

Nur eine Woche nach dem Börsengang, nämlich am 24. November 2005, soll es eine Besprechung zwischen FT und dem Beklagten zu 1 gegeben haben, in der es u.a. um den falschen Börsenprospekt ging, u.a. weil die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse wegen der am 11. November 2002 an die F. verkauften 44.400 T.-Aktien (nach Kapitalerhöhung 621.600 Aktien) im Prospekt falsch angegeben waren. Der insoweit maßgebliche E-Mail Verkehr zwischen FT und dem Beklagten zu 1 ist von der Klägerin als Anlagen K5, K7, K8 und K123 eingereicht worden.

17

Am 1. Dezember 2005 schickte FT an den Beklagten zu 1 eine E-Mail (Anlage K5) mit folgendem Inhalt:

18

"Bei allem Verständnis für Deine Trixereien mit der FSK bitte ich Dich dass Du Dich an unsere Absprache hältst. Bitte verstehe dass ich stinksauer werde wenn du versuchst W. für Deine Spielchen zu instrumentalisieren. Du weißt, dass die Geschichte die Du W. erzählt hast falsch ist. ... Vielmehr ist zwischen Dir und mir vereinbart, dass ich nach Ablösung der Verbindlichkeiten der T. AG bei der FSK die Bürgschaft für die ca. 1,5 Mio. Aktien für Deine Privatkredite von ca. 14 Mio. zurückbekomme. Ich habe alle Voraussetzungen erfüllt, jetzt bist Du am Zuge...".

19

Mit E-Mail vom 2. Dezember 2005 (Anlage K124) teilte der Beklagte zu 1. seinem damaligen Rechtsberater (Rechtsanwalt B.) mit, dass er FT eine "Aktienleihe" vorschlagen wolle, bei der "die Stimmrechte etc. alle bei T. bleiben und die Aktien je in ein Depot von F. und M. kommen sollten".

20

FT befürchtete jedoch, dass der Beklagte zu 1 der FSK eine andere Geschichte als ihm erzählen könnte. Er wollte sich nicht an einem Kreditbetrug beteiligen, wenn er - wie von dem Beklagten zu 1 vorgeschlagen - F./M. Aktien leihen würde. Er holte deshalb Rechtsrat ein. Seine Rechtsberater kamen zu dem Ergebnis, dass die Klägerin nur eine Drittsicherheit stellen und er sich durch das Verleihen der Aktien nicht strafbar machen würde.

21

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2005 (Anlage K125) teilte der Drittwiderbeklagte dem Zeugen B. mit, dass die Klägerin und FT mit der von dem Beklagten zu 1. bevorzugten Wertpapierleihe nicht einverstanden seien. Grund hierfür sei, dass die Wertpapierleihe kein typisches Leihgeschäft im Sinne von § 598 BGB sei, sondern ein Sachdarlehen durch das Eigentum vermittelt werde.

22

Am 19. Dezember 2005 (K6) nahm Rechtsanwalt KI. im Auftrag von FT und dem Beklagten zu 1 schriftlich zu der Frage Stellung, "welche Risiken in der Insolvenz eines 'Entleihers' von nicht in Einzelurkunden verbrieften Aktien für den 'Verleiher' dieser Aktien bestehen, wenn die entliehenen Aktien in einem Bankdepot frei von allen AGB-Pfandrechten geführt werden".

23

Mit E-Mail vom 20.12.2005 schrieb der Beklagte zu 1 an FT u.a. Folgendes (C 32):

24

"Dein Verhalten der letzten 10 Tage hat mir mal wieder gezeigt, wem zu vertrauen ist und wem nicht! Mein Vertrauen zu Dir ist zutiefst erschüttert. Du kannst Dir sicherlich denken warum! Da sich unsere Wege in der Zukunft ja trennen werden, habe ich mich damit abgefunden und kümmere mich nur noch

um die zu regelnden Dinge.... Herr B. hat heute von mir den Auftrag erhalten, die Verwaltungstreuhand zwischen F. und TVV mit sofortiger Wirkung zu kündigen.... Mit der Kündigung fordert F. die Übertragung ihres Eigentums.... Herr W. sollte sich mal anschauen, welchen Weg die Aktien der F. in 2002 genommen haben und nicht bei Herrn B. auf unsinnige und vor allem falsche Inhalte in einem Schreiben vom 20.12.2004 (von HDH an FSK) verweisen. Der Sachverhalt ist hier richtig wiedergegeben. Die F. hat nie Aktien von der TVV gekauft! F. hat die Aktien von G. erworben. Die TVV hätte in ihrer Bilanz den Aktienbestand korrigieren müssen. Die TVV hat damals wirksam verkauft und eine Verwaltungstreuhand dann später mit der F., nach dem Zwischenerwerb der G., abgeschlossen. Das sind die Fakten! Der gestundete Restkaufpreis wurde dann am 29./30.6.2005 bezahlt.... Unabhängig von der F. bestehe ich auf einer Lösung für die von mir verkauften Aktien vom 27.06.2005. Diese Aktien sind nur verkauft worden, um Dir den Restkaufpreis zu zahlen, um DEINE Probleme zu lösen. Ich will diese Aktien zurückerwerben. Mein Verzicht auf 3,45 Mio € bei einer eventuellen Regelung von F. steht ebenfalls nicht mehr zur Debatte. Ich lasse mich doch hier nicht weiter vorführen. Herr W. geht davon aus, dass die Aktien verkauft wurden, weil H. Geld brauchte. Absoluter Schwachsinn! Ich erwarte, dass das endlich mal klargestellt wird. Ich habe trotz der schlechten Bewertung von 13,50 € (aufgrund des hohen Working Capitals etc.) fast 3,0 Mio. € verloren.

25

Lösung der Probleme und meine Forderung an eine Lösung:

26

- F. erhält, mit welchem Vertragswerk auch immer, die Aktien in ihr Depot bei der FSK

27

- sollte eine neue Vereinbarung über diese Aktien erfolgen, fordere ich auf jeden Fall den Restkaufpreis von 6,9 Mio. € zurück, sowie die bereits festgelegten Aktien

28

- M. erhält ebenfalls schon Aktien, mit welchem Vertrag auch immer, die zurückerworben werden. Der Kaufpreis zum 30.11.06 beträgt 13,0 Mio € max. aber den Börsenwert des Paketes

29

- Die Darlehensverrechnung mit K. AG erfolgt

30

Der "Sollzustand" wird zum 30.11.2006 erreicht.....Eine andere Lösung kommt für mich nicht in Betracht. Jede Form von partnerschaftlichen Miteinander hast Du zerstört!.

31

Mit anwaltlichem Schreiben vom 20. Dezember 2005 (Anlage B9) kündigte F. den Treuhandvertrag mit der Klägerin vom 7. Mai 2004 mit sofortiger Wirkung und forderte die Klägerin auf, die 2.486.400 Aktien bis zum 23. Dezember 2005 in ein Depot der F. bei der FSK zu übertragen.

32

Mit Email vom 21. Dezember 2005 (11.04 Uhr, K126) informierte der Zeuge B. den Zeugen KI. über die zu regelnden Punkte und erklärte, "hinsichtlich der Leihe einen § offen" zu lassen. Unter Ziffer I. gab er hinsichtlich F. an:

33

.....

34

1. Übertragung 2,4 von Fly auf TVV

35

a. Gegenleistung: Übertragung von 0,6 Aktien von TVV auf Fly am 30.11.2006

36

b. Kaufpreis € 6,9 (€ 3,45)- Fälligkeit am 30.11.2006 (Verrechnet mit Darlehen K.)

37

2. Leihe von 2,4 von TVV an Fly

38

3. Einbuchung der geliehenen Aktien in Depot Fly bei FSK

39

a. kein AGB Pfandrecht

40

b. Gemeinsame Verfügung

41

c "Untreue"

42

d. Freigabezusicherung FSK für 30.11.2006

43

4. 30.11.2006 Ende der Leihe, Rücklieferung von 1,8 Aktien

44

.....

45

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 126 Bezug genommen. Nachdem der Zeuge KI. mit E-Mail vom 21. Dezember 2005, 15:37 Uhr, einen Formulierungsvorschlag (K127) beigesteuert hatte, übersandte der Zeuge B. dem Beklagten zu 1 sowie dem Zeugen KI. mit E-Mail vom 21. Dezember 2005 (15:59 Uhr, K128) einen Vertragsentwurf zur Kenntnisnahme und erklärte, eine abgestimmte Version des Vertrages noch am selben Tage an den Drittwiderbeklagten "mailen" zu wollen.

46

Mit E-Mail vom 21. Dezember 2005, 17:33 Uhr (K7) übersandte der Zeuge B. dem Drittwiderbeklagten den Vertragsentwurf zwischen der Klägerin, dem Geschäftsführer der Klägerin, der F. und M. sowie dem Beklagten zu 1. Darin heißt es unter V.1:

47

"Die TVV verwaltet als Treuhänderin der F. 2.486.400 auf den Namen lautende Stückaktien an der T. AG (AG Hamburg HR B 77997, nachfolgend auch "die Gesellschaft"). Diese 2.486.400 Stück Aktien (im folgenden insgesamt "Treuhandaktien" sind derzeit in einem Depot der TVV bei der UBS eingebucht. F. hat die Treuhandaktien zugunsten der FSK (im folgenden "FSK") mit einem Pfandrecht belastet. Der zunächst gestundete Kaufpreis für 1.864.800 Stück der Treuhandaktien in Höhe von € 6,9 Mio. wurde zwischenzeitlich vollständig bezahlt.

48

Es besteht Einigkeit zwischen den Parteien, dass TVV unverzüglich das juristische und wirtschaftliche Eigentum an den Treuhandaktien erlangen soll, dass das bestehende Pfandrecht hinsichtlich 1.864.800 Stück der Treuhandaktien per 30.11.2006 abzulösen ist und dass F. als Gegenleistung für diese Übertragung neben der Kaufpreiszahlung für 1.864.800 Stück der Treuhandaktien am 30.11.2006 das Eigentum an den übrigen 621.600 Stück der Treuhandaktien erlangen soll. Daneben besteht Einigkeit darüber, dass die Treuhandaktien vom 23.12.2005 bis zum 30.11.2006 in ein Depot der F. bei der FSK eingebucht werden sollen. ..."

49

Weiter heißt es:

50

"Die Parteien vereinbaren zur Regelung der vorgenannten Punkte nunmehr was folgt:

51

§ 1 Vereinbarung zu den Treuhandaktien

52

1.1 F. überträgt hiermit der dies annehmenden TVV das wirtschaftliche - und sofern F. Inhaber des juristischen Eigentums ist - auch das juristische Eigentum an den Treuhandaktien mit Wirkung zum 01.01.2006.

53

1.2 Die gemäß Absatz 1 übertragenen 2.486.400 Stück Aktien werden von TVV unverzüglich nach Abschluss dieses Vertrages für die Dauer bis zum 30.11.2006 in das Depot Nr. xxx xx xxx der F. bei der FSK übertragen. Diese Übertragung der Aktien in das Depot der F. wird nachfolgend "FL-Leihe" bezeichnet.

54

1.2.1 F. verpflichtet sich im Wege eines selbständigen Garantieversprechens, 1.864.800 Stück der Treuhandaktien während der FL-Leihe nicht mit Rechten Dritter zu belasten und keine über die derzeit gegenüber der FSK bestehende Haftung der Aktien herbeizuführen. Sodann gewährleistet und garantiert F. der TVV, dass sämtliche von F. an diesen 1.864.800 Stück der Treuhandaktien eingeräumten Rechte Dritter mit Wirkung zum 30.11.2006 beseitigt werden, die 1.864.800 Stück der Treuhandaktien danach frei von durch F. eingeräumte Rechte Dritter gleich welcher Art sind. Herr H. übernimmt hiermit die vollständige Haftung für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit gemäß Ziffer 1.2.1 persönlich.

55

1.2.2 Zur (teilweisen, beschränkt auf das Verhältnis zur FSK) Absicherung der vorgenannten Verpflichtungen, werden F. und TVV die FSK unwiderruflich anweisen, jegliche Erklärung betreffend das Depot und die Aktien bis zum 30.11.2006 nur anzuerkennen, wenn es sich um eine gemeinsame Erklärung von TVV und F. handelt. Die FSK wird eine entsprechende Bestätigung erteilen.

56

1.2.3 Nach dem 30. November 2006 ist TVV schon jetzt unwiderruflich bevollmächtigt, 1.864.800 der Treuhandaktien von dem Depot der F. in ein Depot der TVV zu übertragen.

57

1.3 Als Gegenleistung für die Übertragung der Treuhandaktien und die fristgerechte Pfandfreistellung überträgt TVV der dies annehmenden F. bereits hiermit das juristische und wirtschaftliche Eigentum an 621.600 Stück auf den Namen lautende Stückaktien an der T. AG und verpflichtet sich, zum 30.11.2006 einen Kaufpreis in Höhe des von F. für 1.864.800 Stück gezahlten Kaufpreises in Höhe von € 6,9 Mio zu zahlen. In teilweiser Erfüllung dieser Kaufpreisverpflichtung tritt TVV ihren Anspruch auf Darlehensrückgewähr in Höhe von insgesamt 3.333.138,89 € gegen die K. an die dies annehmende F. ab. ...

58

1.3.2 Die Übertragung der 621.600 Aktien und die Zahlung des Kaufpreises stehen unter dem Vorbehalt der Herbeiführung der Pfandfreistellung hinsichtlich 1.864.800 Stück Aktien. ..."

59

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 7 (Blatt 79 - 86 GA) Bezug genommen.

60

Etwa eine Stunde später, um 18:43 Uhr (Anlage K8) teilte der Zeuge B. dem Drittwiderbeklagten per E-Mail mit, dass der Beklagte zu 1 ihn über das Ergebnis eines Gespräches mit dem Geschäftsführer der Klägerin unterrichtet habe, durch das sich einige Rahmenbedingungen geändert hätten. Im Einzelnen führte der Zeuge B. aus:

61

" ...

62

2. Die Kaufpreisforderung für die 1,8 Mio Aktien wird wieder auf die ursprünglich genannte Summe (3,45) € vereinbart. ...

63

4. Hr. T. bekommt eine weitere Sicherheit für die termingerechte Ablösung der Pfandrechte.

64

5. Ich habe den Auftrag eine Bestätigung der FSK mit den folgenden Punkten zu erreichen:

65

1. kein Depotpfandrecht besteht; es wird auch keins bestellt

66

2. FSK verzichtet auf AGB-Pfandrecht

67

3. Gemeinsame Verfügung ..."

68

Mit E-Mail vom 21.12.2005, 18.07 Uhr, teilte Rechtsanwalt KI. die Darlehensabrechnung der K. Consulting AG gegenüber der TVV in Höhe von 3.333.138,89 € mit (K 7, Bl. 86).

69

Am Abend des 22. Dezember 2005 kam es in den Kanzleiräumen des Drittwiderbeklagten zu abschließenden Verhandlungen, an denen neben FT und dem Beklagten zu 1. auch der Drittwiderbeklagte sowie die Zeugen B. und KI. teilnahmen. Die Verhandlungen mündeten – jedenfalls nach der Behauptung der Klägerin- in eine schriftliche Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 (Anlage K9), von der mindestens eine Vertragsurkunde hergestellt und sowohl von FT als auch dem Beklagten zu 1. unterschrieben wurde. Zwischen den Parteien ist jedoch streitig, ob es sich bei dem als Anlage K 9 vorgelegten Vertrag um diejenige Vereinbarung handelt, die die Parteien am 22. Dezember 2005 auch tatsächlich geschlossen haben. Ferner soll es sich bei dieser Vereinbarung - so die Beklagten - um ein Scheingeschäft mit fehlender Bindungswirkung im Innenverhältnis gehandelt haben. Die Original-Vertragsurkunde(n) wurde(n) unstreitig dem Drittwiderbeklagten ausgehändigt, der sie in seinem Tresor treuhänderisch für die Vertragsparteien verwahrte. Ferner verfassten FT und der Beklagte zu 1 - was wiederum nur zwischen ihnen unstreitig ist - ebenfalls am 22. Dezember 2005 eine "Gemeinsame Erklärung", mit der sie die FSK unwiderruflich anwies, von den 2.486.400 T.-Aktien, die sich in einem Depot der F. bei der FSK befanden, 1.864.800 Stück Aktien in ein Depot der T. AG bei der UBS zu übertragen (Anlage K 232).

70

Die als Anlage K 9 von der Klägerin vorgelegte Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 zwischen der Klägerin, FT, F., M. und den Beklagten zu 1. und 2. hat folgenden Inhalt:

71

"Vorbemerkung

72

V.1 Die TVV verwaltet als Treuhänderin der F. 2.486.400 auf den Namen lautende Stückaktien an der T. AG (AG Hamburg HR B 77997, nachfolgend

auch "die Gesellschaft"). Diese 2.486.400 Stück Aktien (im folgenden insgesamt "Treuhandaktien") sind derzeit in einem Depot der TVV bei der UBS eingebucht. F. hat die Treuhandaktien zugunsten der FSK (im folgenden "FSK") mit einem Pfandrecht belastet. Das Pfandrecht sichert Forderungen der FSK in Höhe von maximal (abhängig von Kursschwankungen zum CHF) EUR 9.500.00,00.

73

Es besteht Einigkeit zwischen den Parteien,

74

- dass TVV unverzüglich das juristische und wirtschaftliche Eigentum an 1.864.800 Treuhandaktien sowie- soweit erforderlich – das juristische Eigentum an den verbleibenden 621.600 der Treuhandaktien erlangen soll.

75

- dass das zugunsten FSK bestellte Pfandrecht i.H.v. maximal 9,5 Mio. Euro hinsichtlich 1.864.800 Stück der Treuhandaktien per 30.11.2006 abzulösen ist und

76

- dass F. als Gegenleistung für diese Übertragung eine Kaufpreiszahlung für die 1.864.800 Stück der Treuhandaktien am 30.11.2006 erlangen soll. Daneben besteht Einigkeit darüber, dass die Treuhandaktien spätestens ab 05. Januar 2006 bis zum 30.11.2006 in ein Depot der F. bei der FSK eingebucht werden sollen.

77

Die Parteien sind uneinig über den von TVV zu erbringenden Kaufpreis und über die Voraussetzungen für die Einbuchung der Treuhandaktien in ein Depot der F..

78

V.2 TVV hat an weiteren 1.568.000 in ihrem juristischen und wirtschaftlichen Eigentum stehenden Aktien an der Gesellschaft der FSK zur Absicherung der Ansprüche der FSK gegen Herrn Marco H. persönlich aus dessen Kontokorrentlinie ein Pfandrecht bestellt. Die vorgenannten 1.568.000 Aktien werden im Folgenden als "MH-Aktien" bezeichnet.

79

Das bestehende Pfandrecht an diesen Aktien ist bis zum 30.11.2006 abzulösen.

80

V.3. TVV hat einen Darlehensrückzahlungsanspruch gegen K. in Höhe von EUR 3.150.000,00 zuzüglich Zinsen bis zum 30.11.05, insgesamt in Höhe von € 3.333.138,89. Als fester Rückzahlungszeitpunkt wird hiermit der 30. November 2006 vereinbart.

81

Es besteht Einigkeit zwischen den Parteien, dass der vorgenannte Betrag in Höhe von € 3.333.138,89 mit der per 30.11.2006 fälligen Kaufpreiszahlung der TVV gegenüber F. verrechnet werden soll.

82

Die Parteien vereinbaren zur Regelung der vorgenannten Punkte unter Aufhebung des Optionsvertrages vom 27. Juni 2005:

83

§ 1 Vereinbarung zu den Treuhandaktien

84

*1.1 F. überträgt hiermit der dies annehmenden TVV das wirtschaftliche - und sofern F. Inhaber des juristischen Eigentums ist - auch das juristische Eigentum an 1.864.800 der Treuhandaktien mit Wirkung zum **01.01.2006**. Betreffend die verbleibenden 621.600 Treuhandaktien überträgt F. - sofern erforderlich - lediglich das juristische Eigentum der dies annehmenden TVV mit Wirkung zum 01.01.2006.*

85

1.2 Die gemäß Absatz 1 übertragenen 2.486.400 Stück Aktien werden von TVV unverzüglich nach Abschluss dieses Vertrages für die Dauer bis zum 30.11.2006 in das Depot Nr. xxx xx xxx der F. bei der FSK übertragen. Diese Übertragung der Aktien in das Depot der F. wird nachfolgend als "FL-Leihe" bezeichnet. Es wird ausdrücklich festgestellt, daß es sich insoweit bezüglich der 1.864.800 Aktien um eine Leihe im Sinne des BGB handelt. Die F. erhält weder das Eigentum noch ein wie auch immer geartetes dingliches Recht an diesen 1.864.800 Aktien.

86

1.2.1 F. verpflichtet sich im Wege eines selbständigen Garantieversprechens, 1.864.800 Stück der Treuhandaktien während der FL-Leihe nicht mit Rechten Dritter zu belasten und keine über die derzeit gegenüber der FSK bestehende Haftung der Aktien herbeizuführen. Sodann gewährleistet und garantiert F. der TVV, dass die der FSK von F. an diesen 1.864.800 Stück der Treuhandaktien eingeräumten Rechte - andere von F. eingeräumten Rechte Dritter gibt es nicht - mit Wirkung zum 30.11.2006 beseitigt werden, die 1.864.800 Stück der Treuhandaktien danach frei von durch F. eingeräumte Rechte Dritter gleich welcher Art sind. Herr H. übernimmt hiermit die

vollständige Haftung für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit gemäß Ziffer 1.2.1 persönlich.

87

1.2.2 Zur (teilweisen, beschränkt auf das Verhältnis zur FSK) Absicherung der vorgenannten Verpflichtungen, weisen F. und TVV die FSK unwiderruflich an, jegliche Erklärung betreffend das Depot und die Aktien bis zum 30.11.2006 nur durchzuführen bzw. anzuerkennen, wenn es sich um eine gemeinsame Erklärung von TVV und F. handelt. Die FSK hat eine entsprechende Bestätigung gemäß Anlage 1.2.2 erteilt.

88

1.2.3 Die gemeinsame Erklärung bzw. Anweisung, 1.864.800 der Treuhandaktien von dem Depot der F. in ein Depot der TVV zu übertragen, ist in Kopie als Anlage 1.2.3 beigelegt. Das Original ist der TVV mit der Auflage übergeben worden, davon nicht vor dem 21. November 2006 Gebrauch zu machen.

89

1.3 Als Gegenleistung für die Übertragung der Treuhandaktien und die fristgerechte Pfandfreistellung überträgt TVV der dies annehmenden F., aufschiebend bedingt durch die Pfandfreistellung der 1.864.800 Stückaktien, das juristische Eigentum an den übrigen Treuhandaktien, den 621.600 Stück auf den Namen lautende Stückaktien an der T. AG. Sodann verpflichtet sich TVV, zum 30.11.2006 einen Kaufpreis in Höhe von € 3,45 Mio. zu zahlen. In teilweiser Erfüllung dieser Kaufpreisverpflichtung tritt TVV ihren Anspruch auf Darlehensrückgewähr in Höhe von insgesamt € 3.333.138,89 - wiederum aufschiebend bedingt durch die Pfandfreistellung der 1.864.800 Stückaktien - gegen die K. an die dies annehmende F. ab.

90

1.3.1 TVV sichert zu, dass die zu übertragenden 621.600 Stück Aktien mit Ausnahme des von F. gegenüber der FSK eingeräumten Pfandrechts im Augenblick der Übertragung nicht mit Rechten Dritter belastet sind. Herr T. übernimmt die vollständige persönliche Haftung für die Lieferung der Aktien gemäß dem vorstehenden Satz.

91

1.3.2 Die Übertragung der 621.600 Aktien und die Zahlung des Kaufpreises stehen unter dem Vorbehalt der Herbeiführung der Pfandfreistellung hinsichtlich 1.864.800 Stück Aktien.

92

§ 2 Vereinbarung zu den MH Aktien

93

2.1 Marco H. verpflichtet sich gegenüber TVV bis zum 30. November 2006 das Pfandrecht der FSK an den 1.568.00 Aktien zur Sicherung seines persönlichen Kontokorrentkredites abzulösen und die Aktien pfandfrei zu stellen.

94

2.2 Die 1.568.00 Aktien befinden sich in folgendem Depot der TVV:

95

Bank: UBS Z.

96

Konto: xxx – xxx xxx xx.

97

§ 3 Vereinbarung zu den Mot-Aktien

98

3.1 TVV verpflichtet sich insgesamt 1.196.552 Stück Aktien an der Gesellschaft unverzüglich nach Abschluss dieses Vertrages in das Depot Nr. 722 50 481 der M. bei der FSK einzubuchen. Diese Übertragung der Aktien in das Depot der F. wird nachfolgend als "MOT-Leihe" bezeichnet. Es wird ausdrücklich festgestellt, daß es sich insoweit um eine Leihe im Sinne des BGB handelt. Die M. erhält weder das Eigentum noch ein wie auch immer geartetes dingliches Recht an den 1.196.592 Aktien.

99

3.1.1 M. verpflichtet sich im Wege eines selbstständigen Garantieversprechens, die vorgenannten 1.196.552 Stück Aktien während der MOT-Leihe nicht mit Rechten Dritter zu belasten. Sodann gewährleistet und garantiert M. der TVV, dass die Aktien per 30.11.2006 frei von Rechten Dritter gleich welcher Art sind. Herr H. übernimmt hiermit die vollständige Haftung für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten persönlich.

100

3.1.2 Zur (teilweisen, beschränkt auf das Verhältnis zur FSK) Absicherung der vorgenannten Verpflichtungen, weisen M. und TVV die FSK unwiderruflich an, jegliche Erklärung betreffend das Depot und die Aktien bis zum 30.11.2006 nur durchzuführen bzw. anzuerkennen, wenn es sich um eine gemeinsame Erklärung von TVV und M. handelt. Die FSK hat eine entsprechende Bestätigung gemäß Anlage 1.2.2 erteilt.

101

3.1.3 Die gemeinsame Erklärung bzw. Anweisung, 1.196.552 Stück Aktien von dem Depot der M. in ein Depot der TVV zu übertragen, ist in Kopie als Anlage 3.1.3 beigefügt. Für das Original gilt 1.2.3 a.E. analog.

102

3.2 Herr T. haftet persönlich für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der TVV gemäß vorstehender Ziffer 3.1.

103

§ 4 Schlussbestimmungen

104

4.1 Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so wird die Rechtswirksamkeit der übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt. Die betreffende Bestimmung ist durch eine wirksame zu ersetzen, die dem angestrebten Zweck wirtschaftlich möglichst nahe kommt, wobei die Form gemäß Absatz (2) zu beachten ist.

105

Das gleiche gilt, wenn sich bei Durchführung des Vertrages eine ergänzungsbedürftige Lücke ergibt.

106

4.2 Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform, soweit keine andere Form gesetzlich vorgeschrieben ist. Diese Bestimmung ist auch nur durch schriftliche Vereinbarung abänderbar. ..."

107

Der Beklagte zu 1. räumt ein, am 22. Dezember 2005 tatsächlich eine Vereinbarung zur Einbuchung von Aktien in Depots der F. und M. bei der FSK geschlossen zu haben, allerdings bestreitet er den Inhalt der als Anlage K 9 eingerichteten Vereinbarung. Insbesondere sei – so der Beklagte zu 1. – keine "BGB-Leihe" vereinbart worden. Der Vertrag sei nur für die "Schublade" geschlossen worden, um ggf. gegenüber der BaFin nachweisen zu können, dass der Börsenprospekt richtig war und die v.g. Aktien zumindest juristisch der Klägerin zuzurechnen waren. Die Beklagte zu 3. bestreitet ebenfalls die Echtheit der vorgelegten Urkunde (Anlage K9) und behauptet, keine entsprechende Kenntnis vom Inhalt dieser Urkunde gehabt zu haben.

108

Die Vertragsparteien vereinbarten in dem von ihnen geschlossenen Vertrag vom 22.12.2005 - insoweit ist der Inhalt zwischen ihnen unstrittig -, die FSK anweisen zu

wollen, jegliche Erklärungen über das Depot der F. nur aufgrund einer gemeinsamen Anweisung von Klägerin und F. auszuführen (vgl. Ziff. 1.2.2 der Anlage K9). Sie kamen überein, dass der Zeuge B. an die FSK herantreten sollte, um eine entsprechende Vereinbarung auszuhandeln, wobei eine dreiseitige Erklärung beabsichtigt war. Die FSK lehnte es ab, eine Vereinbarung unter Einbeziehung der Klägerin abzuschließen. Noch weitergehend lehnte sie es ab, der Klägerin ein Exemplar der Vereinbarung zur Verfügung zu stellen. Sie war aber bereit, mit F. und M. entsprechende Vereinbarungen zu schließen. Über den Inhalt der Vereinbarung verhandelten F. / M. einerseits und FSK andererseits.

109

Am 28. Dezember 2005 (Anlage B10) gab der Beklagte zu 1 in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer von F. und M. gegenüber der FSK sog. "Unwiderrufliche Erklärungen" ab, mit denen er u.a. das bestehende Pfandrecht der FSK an den insgesamt 2.486.400 "F.-Aktien" noch einmal bestätigte und gleichzeitig erklärte, dass der Treuhandvertrag vom 27. Dezember 2002 mit der Klägerin gekündigt worden sei und deshalb sowohl das wirtschaftliche als auch das juristische Eigentum an den Aktien bei der F. liege.

110

Am 29./30. Dezember 2005 (Anlage K11) schlossen F. und M. mit der FSK eine Vereinbarung mit folgendem Inhalt:

111

"Sehr geehrter Herr E.,

112

es ist vorgesehen, 2.486.400 Stück Aktien der T. AG, Hamburg, auf ein Depot der F. Beteiligungs GmbH (nachstehend "F.") in Ihrem Hause (Depot Nr. xxxxxxxx) zu übertragen sowie 1.196.552 Stück Aktien der T. AG auf ein Depot der M. Beteiligungs GmbH (nachstehend "M.") in Ihrem Hause (Depot Nr. yyyyyyyy) zu übertragen.

113

1. Als Geschäftsführer der F. und der M. bitte ich Sie, mit der M. und der F. folgende Vereinbarung vorbehaltlich der vorgenannten Einbuchung der Aktien in die genannten Depots zu treffen:

114

a) Bis zum 31.12.2006 verzichtet die FSK im Hinblick auf das unverändert bestehende Aktienpfandrecht und auf Grund von Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln bei der T. AG erfolgten Zusatzvereinbarungen (Änderung der Anzahl der verpfändeten Aktien), auf die Einräumung weiterer Sicherheiten, insbesondere von Depotpfandrechten.

115

b) Bis zum 30.11.2006 verzichtet die FSK auf eine Verwertung der o.a. Aktien auf Grund des bestehenden Aktienpfandrechtes, wobei sich die Vertragspartner darüber einig sind, dass die Androhung einer Verwertung keine Verwertungshandlung i.S. dieser Vereinbarung darstellt, wenn die Androhung im Zusammenhang mit der Kündigung eines Kredites oder Darlehens erfolgt.

116

c) Neue Verfügungen oder andere Rechtshandlungen in Ansehung dieser Aktien wie z.B. wie auch immer geartete Verfügungen und Belastungen, insbesondere, ohne hierauf beschränkt zu sein, Verpfändungen, Begründung von Treuhandschaften und ähnliches können von unseren Gesellschaften vor dem 31.12.2006 nur vorgenommen werden, wenn vorher die T. Vermögensverwaltung GmbH (nachstehend "TVV") schriftlich hierzu ihre Zustimmung erteilt hat.

117

Eine Ausdehnung der Haftung über das vertraglich bereits Vereinbarte hinaus, ist für den Zeitraum bis zum 31.12.2006 ausgeschlossen.

118

2. Sodann vereinbaren wir, dass eine Abänderung - einschließlich der Aufhebung - dieser Vereinbarung vor dem 31.12.2006 nur erfolgen kann, wenn hierzu vorher das schriftliche Einverständnis der TVV vorliegt. Dies gilt auch für die Aufhebung dieser Klausel vor dem 31.12.2006.

119

Wir bitten Sie, diese getroffene Vereinbarung durch Gegenzeichnung der beigefügten Zweitschrift zu bestätigen. ..."

120

Die Bestätigung dieser Vereinbarung erfolgte durch die beiden Vorstandsmitglieder der FSK Frerich E. (Streitverkündeter) und Frank K. (vgl. Anlage K11).

121

Am 23. Januar 2006 wurden 2.486.400 Aktien der T. AG in ein Depot der F. bei der FSK eingebucht. Insoweit ist zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 unstrittig, dass die Aktien aus einem Depot der Klägerin bei der UBS Z. stammten. Die entsprechende Depotbuchungs-Gutschrift der FSK vom 23. Januar 2006 (Anlage B12) zeigt gemäß maschinellem Aktienbuch die F. als Auftraggeberin ("F. Beteiligungs GmbH I.A. Deutsche Bank). Die Klägerin hat die Echtheit der Einbuchungsbestätigung bestritten. Sie behauptet, die Übertragung der Aktien sei aufgrund ihrer Anweisung vom 13. Januar 2006 (Anlage K163) von ihrem Depot bei

der UBS Bank in das Depot der F. bei der FSK erfolgt. Die Echtheit dieser Anweisung hat wiederum die Beklagte zu 3 bestritten.

122

Im Januar und Februar 2006 gab es umfangreichen Schriftwechsel zwischen den Rechtsanwälten des Beklagten zu 1. (den Zeugen KI. und B.) und dem damaligen Rechtsberater der FSK, dem zwischenzeitlich verstorbenen Rechtsanwalt S.. Im Zuge dieses Schriftwechsels erhielt die FSK am 17. Februar 2006 von den Rechtsanwälten KI. und B. u.a. das Protokoll der Hauptversammlung der T. AG vom 27. Dezember 2002 (Anlage B13) aus dem sich u.a. die Nichtigkeit der Zustimmung der Hauptversammlung zu der ursprünglichen Verpfändung der F.-Aktien (177.600 Stück) vom 8. November 2002 ergab. Rechtsanwalt S. riet der FSK daraufhin mit Schreiben vom 23. Februar 2006 (K165), die vorgenannte "Selbstbeschränkungs"-Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 anzufechten

123

Mit Schreiben vom 27. Februar 2006 (Anlage B14) erklärte die FSK gegenüber F. und M. die Anfechtung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 unter Hinweis darauf, dass sie nunmehr erfahren habe, dass gemäß Hauptversammlungsprotokoll vom 27. Dezember 2002 die Zustimmungen der T. AG zu den Verpfändungen der M.- und F.-Aktien nichtig waren. Der Beklagte zu 1 bestätigte der FSK handschriftlich auf dem Schreiben vom 27. Februar 2006, dass er dieses erhalten habe und als Geschäftsführer der F. und M. die Anfechtung "unwiderruflich als berechtigt anerkenne". Nach Zustellung der Klagschrift in diesem Verfahren und Kenntnis der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 (K9) erklärte die FSK mit Schreiben vom 4. April 2007 (Anlage B16) nochmals die Anfechtung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 wegen arglistiger Täuschung, weil die F. möglicherweise ab dem 1. Januar 2006 (vgl. § 1.1 der Anlage K9) nicht mehr Eigentümerin der in ihr Depot übertragenen streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien gewesen sei.

124

In der Folgezeit ließ sich die FSK am 18.2./3. März 2006 (Anlage B15) das Wertpapierdepot der F. mit den gesamten 2.486.400 Aktien neu verpfänden. Der Kurswert der T. Aktien an der Börse betrug am 27. Februar 2006 pro Aktie 18,90 €. Es ist streitig, ob der Beklagte zu 1. die Klägerin bzw. FT darüber informiert hat.

125

Auf Weisung des Geschäftsführers der F., der eine Umfinanzierung mit der UBS Deutschland AG in Hamburg vereinbart hatte, wurden am 22. Juni 2006 sämtliche 2.486.400 T.-Aktien aus dem Depot der F. bei der FSK auf ein Depot der F. bei der UBS Deutschland AG übertragen. Der Beklagte zu 1. beabsichtigte (vgl. Anlage B 34), alle bestehenden Darlehen seiner Gesellschaften bei der FSK durch eine entsprechende Umfinanzierung bei der UBS Deutschland abzulösen. Die Depotübertragung der Aktien an die UBS Deutschland AG erfolgte treuhänderisch Zug um Zug gegen Darlehensrückführung und Pfandfreigabe durch die FSK. Die F. beantragte gegenüber der UBS Deutschland AG, den Transfer nicht in das Aktionärsregister einzutragen. Ab dem 11. Juli 2006 bis zum 11. September 2006

veräußerte die F. sukzessive sämtliche 2.468.400 Aktien über die Börse. Sie erlöste insgesamt 57.297.515 € zum Durchschnittskurs von 23,04 €/Stück (vgl. Anlage K266). Hiervon flossen zur Ablösung des Pfandrechts 25.419.200 € an die FSK, den Rest (31.860.315,60 €) erhielt F..

126

Im September 2006 gab die Beklagte zu 3 die ihr zur Sicherheit für Verbindlichkeiten des Beklagten zu 1 bzw. seiner Unternehmensgruppe seitens der Klägerin verpfändeten 1.568.000 Aktien frei. Sie ging davon aus, durch die bestehenden Sicherheiten ausreichend gesichert zu sein.

127

Mit Schreiben vom 26. September 2006 (Anlage C53) beantragte die F. bei der FSK die Auflösung ihrer Konten und Depots sowie die Überweisung des restlichen Guthabens auf ihr Konto Nr. zzzzzzz bei der DB AG.

128

Am 20. November 2006 gab es ein Treffen zwischen FT und dem Beklagten zu 1. in der Kanzlei des Drittwiderbeklagten in H. in dem es u.a. um die Rückgabe der T.-Aktien ging. Auf Nachfrage des Geschäftsführers der Klägerin bestätigte der Beklagte zu 1, dass F. – wie vereinbart - die streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien zum 30. November 2006 auf das Depot der Klägerin bei der UBS Z. übertragen werde. Er hatte dazu ein Schreiben der F. vom 17. November 2006 (K14) vorbereitet und verschickte es nach dem Gespräch an die Beklagte zu 3. In diesem Schreiben heißt es:

129

"Sehr geehrte Damen und Herren,

130

bitte führen Sie am 30.11.2006 folgende Buchung zu Lasten unseres Depots mit der Nr. xxxxxxxx bei Ihnen aus:

131

1.486.400 Stck. T. AG WKN 605207

132

Zu Gunsten:

133

1.864.400 Stck: TVV, Depot Nr. aaa-aaaaaaaa UBS Bank AG, aus Z.

134

621.600 Stck: Marco H., DepotNr. bb.bbb.bbb bei Ihnen...

135

Des Weiteren schlossen Klägerin und F. am 20. November 2006 eine Vereinbarung (K61), in der sie die Tilgung einer Kaufpreisforderung der F. gegen die Klägerin in Höhe von 3.450.000 € durch Abtretung einer Forderung der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 in Höhe von 3.333.138,89 € und Zahlung des Restbetrages von 116.861,11 € vereinbarten. Der Beklagte zu 1 bat mit Telefax vom 23. November 2006 den Drittwiderbeklagten darum (Anlage K62), die 116.861,11 € auf ein Konto der F. bei der DB AG . zu überweisen.

136

Am 24. November 2006 rief FT bei dem Vorstand E. (FSK) an, ob "irgendwelche Bedenken gegen die Ausführung zum Rückübertragungsauftrag bestünden". Mit E-Mail vom 3. Dezember 2006 (Anlage K15) teilte der Beklagte zu 1. FT mit, dass die "FSK mit dem Thema nichts mehr zu tun habe". Daraufhin erstattete FT am 6. Dezember 2006 Strafanzeige bei der StA Kiel (Az. 545 Js 67249/06, Anlage C52).

137

Die Klägerin forderte den Beklagten zu 1. und die FSK mit anwaltlichen Schreiben vom 6. Februar 2007 (Anlage K19 und K20) erfolglos auf, Auskunft über das Schicksal der mit Vertrag vom 22. Dezember 2005 "entliehenen" 2.486.400 T.-Aktien zu erteilen, zumindest aber 1.864.800 Aktien der T. AG bis zum 7. Februar 2007, 15:00 Uhr, an sie zu liefern.

138

Bereits vor Rechtshängigkeit der Klage hatten der Beklagte zu 1. sowie F. und M. bei dem Landgericht Hamburg eine Klage anhängig gemacht (LG Hamburg, 328 O 46/07) mit der sie u.a. die Feststellung begehrten, dass sie nicht verpflichtet seien, aufgrund des von der Klägerin vorgelegten Vertrages vom 22. Dezember 2005 die geforderten Aktien herauszugeben.

139

Am 19. Februar 2007, der Beklagten zu 3 zugestellt am 12. März 2007, erhob die Klägerin Klage und kündigte an, beantragen zu wollen, die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihr 1.864.800 Aktien der T. AG zu liefern. Sie beabsichtigte in 1. Instanz unstreitig nicht, die Aktien zu veräußern. Es ging ihr darum, einen bestimmenden Einfluss auf die T. AG ausüben zu können.

140

Mit Schreiben vom 22. Februar 2008 (Anlage K33) verlangte die Klägerin von den Beklagten zu 1. und 2. unter Fristsetzung bis zum 7. März 2008 Schadenersatz statt der Leistung in Höhe von mindestens 77.667.736,00 €.

141

Die Klägerin trat mit notariellem Vertrag vom 28. März 2008 (Anlage K 299 – GA 2615-2617) alle ihre gegenständlichen und zukünftigen Forderungen gegen die Beklagten zu 1 bis 3, insbesondere die Ansprüche aus den Gerichtsverfahren Landgericht Flensburg 2 O 97/07 (M.) und 2 O 98/07 (hiesiges Verfahren), an die T. AG ab (stille Zession). Diese Abtretung legte die Klägerin erst im zweiten Rechtszug mit Schriftsatz vom 12. November 2013 offen. Die Klägerin verpflichtete sich ferner gegenüber der T. AG, ihre Forderungen aus den vorgenannten Gerichtsverfahren entsprechend den Instruktionen der T. AG zu verfolgen.

142

Am 23. April 2008 fand eine Aufsichtsratssitzung der T. AG statt. Der Drittwiderbeklagte als Aufsichtsratsvorsitzender konfrontierte den Geschäftsführer der Klägerin und Vorstand der T. AG, Herrn Frank T., mit den gegen die T. AG von Investoren erhobenen Vorwürfen der Bilanzfälschung. Der Geschäftsführer der Klägerin und Vorstand der T. AG erklärte gegenüber dem Aufsichtsrat, die T. AG habe im Jahr 2002 unter starkem finanziellem Druck gestanden. Deshalb sei "sehr aggressiv gebucht" worden. Teilweise seien die eingebuchten Forderungen nach dem Börsengang von einem Konto der Klägerin gezahlt worden. Es handele sich hierbei um Forderungen von ca. 5 Mio. €. Wäre nicht so verfahren worden, hätte der Börsengang nicht fortgesetzt werden können. Die eingebuchte Rechnung gegen No. stelle sich aus heutiger Sicht als "volle Luftbuchung" dar. Er habe nur im Interesse des Unternehmens gehandelt, das ansonsten bereits im Jahr 2003 "kaputt gewesen" wäre. Der Aufsichtsrat berief den Vorstand ab. Auf das Protokoll der Aufsichtsratssitzung /Anlage C57) wird Bezug genommen.

143

Die Jahresabschlüsse der T. AG der Jahre 2003 bis 2005 sind durch Urteil des Landgerichts Hamburg vom 6. März 2008 für nichtig erklärt worden (LG Hamburg 410 HK O 13/07). Das Berufungsverfahren vor dem OLG Hamburg (11 U 46/08) ist aufgrund der Insolvenz der T. AG unterbrochen. Mit rechtskräftigem Urteil vom 31. Juli 2008 erklärte das Landgericht Chemnitz die Jahresabschlüsse der TAE der Jahre 2003 bis 2005 für nichtig (LG Chemnitz 1 HK O 403/07).

144

Am 30. April 2008 beantragte der neu bestellte Vorstand der T. AG, das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft zu eröffnen. Das Insolvenzverfahren ist am 1. Juli 2008 eröffnet worden (AG Hamburg Az. 67g IN 150/08) und Dr. Achim Ah zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Auch über das Vermögen der TAE ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

145

Am 14. April 2009 vereinbarten die Klägerin, ihr Geschäftsführer und der Insolvenzverwalter der T. AG, dass die Klägerin die Rechtsstreitigkeiten vor dem Landgericht Flensburg fortsetzen und die anfallenden Kosten tragen solle (Anlage K 301 – GA 2620 -2621). Im Fall des Obsiegens sollen die eingehenden Gelder aufgeteilt werden. Hintergrund der Vereinbarung war ein Streit der an ihr Beteiligten um die Wirksamkeit der Abtretung (vgl. Präambel der Vereinbarung, Anlage K 301).

146

Die Aktie der T. AG wird in Deutschland nicht mehr gehandelt. Zuletzt wurden 200 Stck. T.-Aktien außerbörslich telefonisch am 22. August 2013 mit 0,0001 USD/Aktie an der Nasdaq gehandelt. Im Insolvenzverfahren der T. AG ist mit Ausschüttungen an die Aktionäre nicht zu rechnen.

147

Die Klägerin hat behauptet, ihr damaliger Geschäftsführer und der Beklagte zu 1 seien bereits bei Abschluss der Aktienkaufverträge vom 13. November 2002 (Anlagen K75 und K76) über insgesamt 177.600 Aktien darüber einig gewesen, dass sie einen Teil davon (75 %, d.h. mithin 133.200 Aktie) im Sommer 2004 kostenlos zurückerhalten solle. Dies sei durch die vertrauliche Vereinbarung des Optionsvertrages vom 11./13. November 2002 (Anlage K2) abgebildet worden. Diese Optionsvereinbarung sei durch Vereinbarung vom 30. Juli 2004 (Anlage K3) zunächst bis zum 31. Juli 2005 und schließlich mit Vereinbarung vom 27. Juni 2005 (Anlage K4) zugunsten der Klägerin (binnen 6 Monaten nach Börsengang der T. AG, spätestens bis zum 31. Dezember 2006) verlängert worden. Der Beklagte habe die Klägerin nach dem Börsengang der T. AG im November 2005 mit dem Hinweis unter Druck gesetzt, dass der Börsenprospekt der T. AG insoweit unrichtig sei, als dort auch die 44.400 (nach Kapitalerhöhung 621.600) T.-Aktien, die wirtschaftlich unstreitig der F. zustanden, als der Klägerin zugehörig dargestellt worden seien. Der Beklagte zu 1 habe deshalb nach dem Börsengang 10 % der gesamten T.-Aktien zum halben Börsenpreis (statt 13,50 € nur 6,75 €/Stück) von FT haben wollen. Deshalb hätten – so die Klägerin – ihr Geschäftsführer sowie der Beklagte zu 1. zugleich als Vertreter der M., der F. und der K. Consulting AG die o.g. Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 (Anlage K9) geschlossen. Der Beklagte zu 1 habe die insgesamt sechs hergestellten Vertragsurkunden unterschrieben. Da die von ihr geforderte Einbeziehung der FSK vor dem anstehenden Urlaub des Beklagten zu 1 und ihres Geschäftsführers nicht habe erreicht werden können, seien die Vertragsparteien übereingekommen, den Vertrag nach seiner Unterzeichnung dem Drittwiderbeklagten verbunden mit dem Treuhandauftrag zu überlassen, ihn zu vernichten, falls eine zufriedenstellende Vereinbarung mit der FSK nicht zustande käme. Die Vertragsexemplare seien bis Ende 2006 überwiegend in Prospekthüllen zwischen zwei Aktendeckeln im Safe der Kanzlei des Drittwiderbeklagten gelagert gewesen.

148

Die streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien der T. AG seien von einem ihr zustehenden Depot bei der UBS Z. auf das Depot der F. bei der FSK übertragen worden.

149

Weiter behauptet die Klägerin, die Beklagte zu 3 habe den Hauptversammlungsbeschluss vom 27. Dezember 2002, in dem die Nichtigkeit der Zustimmung zur Verpfändung der Aktien an die F. festgestellt worden sei, gekannt. Der Zeuge B. habe den Hauptversammlungsbeschluss zeitnah an die Beklagte zu 3 versandt.

150

Die Klägerin meint, sie sei in den Schutzbereich der Vereinbarung, die die F. am 29./30. Dezember 2005 mit der FSK getroffen habe, einbezogen worden. Von dieser Vereinbarung habe sich die FSK durch die am 27. Februar 2006 und 4. April 2007 erklärten Anfechtungen nicht wirksam gelöst.

151

Wegen der Höhe des geltend gemachten Schadens meint die Klägerin, dass auf den Kurs der Aktie am 22. Juni 2006 abzustellen sei (Kurswert der Aktie an der Deutschen Börse Frankfurt von 24,35 €/Stck).

152

Mit der Klagschrift vom 15. Februar 2007 beantragte die Klägerin zunächst, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihr 1.864.800 auf den Namen lautenden nennwertlose Stückaktien der T. AG Hamburg (ISIN DE0006052079), frei von Rechten Dritter zu übertragen. Mit Schriftsatz vom 29. April 2008 (Bd. III Bl. 623 ff.), also nach der zunächst "stillen" Abtretung der Ansprüche an die T. AG vom 28. März 2008, hat die Klägerin die Klage geändert und nunmehr Geld und Schadenersatz in Höhe von insgesamt 45.407.880,00 € (1.864.800 x 24,35 €) gefordert.

153

Die Klägerin hat beantragt,

154

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 45.407.880,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. März 2008 zu zahlen,

155

hilfsweise,

156

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 3.333.488,89 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jährlich auf 3.150.000,00 €, die Beklagte zu 2. nebst weiteren 3 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jährlich auf 3.150.000,00 € seit dem 30. November 2005 zu zahlen.

157

Die Beklagten haben beantragt,

158

die Klage abzuweisen.

159

Widerklagend haben die Beklagten zu 1. und 2. beantragt,

160

die Klägerin und den Drittwiderbeklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, die von der Klägerin in diesem Rechtsstreit als Anlage K9 eingeführte Anlage im Rechtsverkehr ohne Zustimmung des Beklagten zu 1. zu verwenden und/oder deren Wirksamkeit zu behaupten.

161

Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte haben beantragt,

162

die Widerklage abzuweisen.

163

Die Beklagten haben bestritten, dass bei Abschluss der Kaufverträge vom 13. November 2002 hinsichtlich eines Teils der Aktien (75 %) über 133.200 Aktien eine Rücklieferungsverpflichtung zugunsten der Klägerin vereinbart worden sei. Auf den Abschluss des "Optionsvertrages" vom 11./13. November 2002 (Anlage K2) habe sich der Beklagte zu 1 nur deshalb eingelassen, weil ihm von seinem Rechtsberatern erklärt worden sei, dass er die Ausübung der "Call-option" habe ins Leere laufen lassen können, indem er mittels seiner Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung der T. AG die erforderliche Zustimmung zur Rückübertragung der Aktien verweigern hätte können. Hintergrund der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 (Anlage K9) sei gewesen, dass FT als damaliger Geschäftsführer der Klägerin unbedingt ein Schriftstück habe erhalten wollen, welches im Fall der Inanspruchnahme durch Dritte hätte genutzt werden können, um nach außen die Ordnungsgemäßheit der Beteiligungsverhältnisse zum Zeitpunkt des Börsengangs zu dokumentieren. Bei Abschluss des Vertrages vom 22. Dezember 2005 habe zwischen den Vertragsparteien Einigkeit bestanden, dass es sich um ein Scheingeschäft für die Schublade handeln sollte, dass im Innenverhältnis keine Geltung haben sollte. Es sei deshalb auch nur eine einzige Vertragsurkunde hergestellt worden, die von dem Drittwiderbeklagten mit der Treuhandaufgabe verwahrt werden sollte, sie nur auf gemeinsame Aufforderung, d.h. auch nur mit ausdrücklicher Billigung des Beklagten zu 1, an den damaligen Geschäftsführer der Klägerin auszuhändigen. Er, der Beklagte zu 1., habe jedenfalls nicht die im Prozess als Anlage K9 vorgelegte Urkunde vom 22. Dezember 2005 unterschrieben. Eine BGB-Aktienleihe sei nicht vereinbart worden.

164

Die Beklagte zu 3. hat die Echtheit der Urkunde vom 27. Juni 2005 (Anlage K4) sowie der Vertragsurkunde vom 22. Dezember 2005 (Anlage K9) bestritten. Bei den Optionsverträgen habe es sich jeweils um Scheingeschäfte gehandelt, die

ausschließlich dem Zweck gedient hätten, die Klägerin als Mehrheitsaktionärin der T. AG auszuweisen. Die Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 (Anlage K9) habe ausschließlich dazu gedient, die Unrichtigkeit des Börsenprospekts der T. AG zu verschleiern. Die F. sei tatsächlich wirtschaftliche Eigentümerin der 2.486.400 Aktien gewesen. Die in das bei ihr geführte Depot der F. eingebuchten Aktien der T. AG stammten tatsächlich von einem Depot der F. bei der DB AG (Beweis Depot Buchungsanzeigen vom 23. Januar 2006, Anl. B 24 und B25 Bl. 1240 + 1242 GA, deren Echtheit durch die auf Blatt 1235 GA genannten Zeugen J. und Z. sowie das Bestätigungsschreiben der dwp-Bank vom 14.10.09, B23 Bl. 1239 GA bewiesen werden soll). Sie bestreitet den Abschluss des Optionsvertrages vom 27. Juni 2005 (K4) und der sog. Ca.-Transaktion vom 27.6.2005 (M. Verfahren 5 U 127/12) mit Nichtwissen und meint, dass diese jedenfalls unwirksam seien. Ferner behauptet sie, dass die FSK bei Abschluss der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 keine Kenntnis von der Übertragung der streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien von der F. an die Klägerin mit Vertrag vom 22. Dezember 2005 (Anlage K 9) gehabt habe. Bei dem Vertrag vom 22. Dezember 2005 habe es sich jedenfalls um ein Scheingeschäft gehandelt, das ausschließlich dazu gedient habe, die Unrichtigkeit des Börsenprospekts der T. AG zu verschleiern, der den Geschäftsführer der Klägerin als Mehrheitsaktionär ausgewiesen habe sowie die FSK über die Inhaberschaft an den Aktien und das Bestehen eines Pfandrechts zu täuschen. Ferner meint sie, dass die Klägerin schon nicht wirksam in den Schutzbereich der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 einbezogen worden sei. Jedenfalls habe die FSK diese aus den Gründen der Anfechtungserklärungen vom 27. Februar 2006 und 4. April 2007 wirksam angefochten.

165

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien in erster Instanz wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils und alle zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

166

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen KI., B. und Ot. Es hat ferner Gutachten der Sachverständigen Dr. He, Lo und Wo aus dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Kiel, Az. 545 Js 67249/06, verwertet. Wegen des Inhalts wird auf die schriftlichen Gutachten der Sachverständigen Dr. He vom 24. Juli 2007 und 19. November 2007, Lo vom 10. August 2007 und Wo vom 27. Dezember 2007 Bezug genommen. Darüber hinaus hat die Kammer weiter Beweis erhoben durch Einholung schriftlicher Gutachten der Sachverständigen Dr. Bü vom 3. Februar 2009, Dr. Se vom 23. März 2009, 15. Januar 2012 und 19. April 2012 sowie Ro vom 17. April 2009. Die Sachverständigen Dr. He, Dr. Se und Ro haben ihre schriftlichen Gutachten zudem mündlich erläutert. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Sitzungsprotokolle vom 25. August 2010, 9. November 2010, 27. Juni 2011, 30. November 2011, 9. Januar 2012, 18. Januar 2012 sowie 4. Juni 2012.

167

Mit Teilurteil vom 24. August 2012 hat das Landgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Zur Begründung hat das Landgericht u.a. ausgeführt, dass die streitige

Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 mit dem aus der Anlage K9 ersichtlichen Inhalt nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme tatsächlich abgeschlossen worden sei. Insbesondere sei eine BGB-Leihe hinsichtlich der streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien an die F. vereinbart worden.

168

Der Beklagte zu 1 hafte aus seinem Schuldbeitritt gemäß Vertrag vom 22. Dezember 2005. Die Vereinbarung stelle kein Scheingeschäft dar. Entgegen der Vereinbarung seien die Aktien nicht pfandfrei zum 30. November 2006 an die Klägerin zurückgegeben worden. Die Aktien seien durch die Beklagte zu 2 als Rechtsnachfolgerin der F. im Sommer 2006 veräußert worden. Der Beklagte zu 1 sei deshalb zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens in Höhe von 354.312,00 € für den Verlust der Aktien sowie zum Ersatz des Verzögerungsschadens in Höhe von 37.136.816,00 € verpflichtet.

169

Die Beklagte zu 3. hafte ebenfalls für den durch den Eigentumsverlust an den Aktien bei der Klägerin entstandenen Schaden aufgrund der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005. Die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 stelle eine Vereinbarung mit Schutzwirkung zugunsten der Klägerin dar, durch welche die Umsetzung der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 abgesichert werden sollte. Die Anfechtungen vom 27. Februar 2006 und 4. April 2007 seien nicht wirksam. Zu ersetzen sei der Schaden, der durch den Verlust der 372.960 pfandfreien F.-Aktien in Höhe von 70.862,40 € entstanden sei sowie ein Verzögerungsschaden in Höhe von 23.134.708,60 € (8.320.737,60 € wegen der pfandfreien 372.960 F.-Aktien und in Höhe von 14.813.971,00 € hinsichtlich der restlichen 1.491.840 verpfändeten F.-Aktien).

170

Widerklage und Drittwiderklage seien zulässig, aber unbegründet. Für die Widerklage gelte der besondere Gerichtsstand des § 33 ZPO. Dessen Voraussetzungen seien erfüllt. Die Prozessverbindung sei sachdienlich, da ein enger rechtlicher und tatsächlicher Zusammenhang zwischen Klagansprüchen, Verteidigungsmitteln und den mit der Widerklage erhobenen Ansprüchen bestehe. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte seien nicht verpflichtet, es zu unterlassen, die Anlage K9 im Rechtsverkehr zu verwenden. Ein solcher Anspruch ergebe sich insbesondere nicht aus § 280 Abs. 1 BGB. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte hätten – eine Absprache vorausgesetzt – diese nicht schuldhaft verletzt, denn die Urkunde sei echt. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte dürften sie zur Verfolgung ihrer bestehenden Ansprüche in diesem Rechtsstreit verwenden.

171

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung vollumfänglich Bezug genommen. In dem Parallelverfahren LG Flensburg, Az. 2 O 97/07 (im Folgenden "M.-Verfahren"), in dem es um angeblich von der Klägerin der M. mit Vertrag vom 22. Dezember 2005 geliehene 1.196.552 T.-Aktien ging, hat das Landgericht die Beklagte zu 3. zur Zahlung weiterer 26.922.425,88 € nebst Zinsen

verurteilt. Hiergegen haben die Parteien ebenfalls Berufung eingelegt, über die der erkennende Senat mit Urteil vom 27. Februar 2014 entschieden hat (OLG Schleswig - 5 U 127/12. Nichtzulassungsbeschwerde anhängig unter dem Aktenzeichen XI ZR 160/14).

172

Tatbestandsberichtigungsanträge des Beklagten zu 1 vom 13. September 2012 und der Beklagten zu 3 vom 13. September 2012 hat das Landgericht mit Beschluss vom 10. Oktober 2012 (Bd. XI Bl. 2823-2826) zurückgewiesen.

173

Die Klägerin und die Beklagten zu 1 und 3 haben gegen das Teilurteil des Landgerichts vom 24. August 2012 Berufung eingelegt.

174

Die Klägerin verfolgt ihre Ansprüche gemäß den Anträgen aus dem ersten Rechtszug in vollem Umfang weiter. Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft bei der Berechnung der Schadenshöhe auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt und im Übrigen die bestehenden Pfandrechte an den Aktien schadensmindernd zu Lasten der Klägerin berücksichtigt habe. Bei der Schadenersatzberechnung komme es auf den Zeitpunkt der Schädigung, d.h. auf den Depotübertrag zur UBS Deutschland AG am 22. Juni 2006 an. Zu diesem Zeitpunkt habe der Kurswert der T.-Aktien an der Börse 24,35 €/Stück betragen. Ein Wertabzug aufgrund des zugunsten der FSK bestehenden Pfandrechts sei nicht gerechtfertigt. Pfandrechte dürften bei der Berechnung des Wiederbeschaffungswertes nicht berücksichtigt werden. Im Übrigen habe die Beklagte zu 3. die Höhe der bestehenden Pfandrechte nicht dargelegt. Der ursprüngliche Darlehensvertrag zur Finanzierung der M.-Aktien über 25 Millionen Euro vom 11. November 2002 (Anlage K 293) sei nach Fristablauf (30. Dezember 2005) nicht prolongiert worden. Deshalb sei auch das Pfandrecht weggefallen. Im Übrigen habe die Beklagte zu 3. noch über anderweitige Personalsicherheiten (Bürgschaften K., S. und H.) verfügt. Wegen Übersicherung sei die FSK deshalb zur Pfandfreigabe der belasteten 1.491.840 T.-Aktien verpflichtet gewesen. Im Übrigen habe die Beklagte zu 2 nach der Umbuchung auf das UBS Depot in der Zeit zwischen Juli und September 2006 alle T.-Aktien (2.486.400 Stück) verkauft. Der Verkaufserlös sei auch zur Tilgung des ursprünglichen Darlehens über 25 Millionen Euro verwendet worden, deshalb sei der Sicherungszweck gemäß §§ 1273, 1252 BGB weggefallen. Im Übrigen sei auch die geschätzte Höhe des Pfandrechtsabzugs (12,75 €/T.-Aktie) nicht gerechtfertigt. Die Beklagte zu 3 sei vielmehr verpflichtet gewesen, zunächst komplett die unstreitig eigenen Aktien der F. (621.600 T.-Aktien) zu verwerten und den Verwertungserlös anschließend mit der noch offenen Darlehensvaluta zu verrechnen. Lediglich von dem dann noch offenen Restbetrag sei hilfsweise der Abzug des Pfandrechts gerechtfertigt. Im Übrigen kämen auch noch Schadenersatzansprüche aus Delikt, c.i.c. und Bereicherungsrecht (§§ 816, 819 BGB) sowie GoA und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 989, 990 BGB) in Betracht.

175

Die zu Lasten des Beklagten zu 1 ausgerichteten Zinsen (5 % Punkte über dem Basiszinssatz aus 37.501.128,00 € für die Zeit vom 8. März 2005 bis 8. Mai 2005) seien falsch tenoriert, antragsgemäß wären vielmehr Zinsen für die Zeit vom 8. März 2008 bis 8. Mai 2008 auszurteilen gewesen.

176

Die Klägerin beantragt,

177

1. die Beklagten zu 1 und 3 gesamtschuldnerisch unter Abänderung des am 24. August 2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Flensburg (Az. 2 O 98/07) zur Zahlung weiterer 7.611.195,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich seit dem 9. Mai 2008 zu verurteilen.

178

2. den Beklagten zu 1 darüber hinaus unter Abänderung des am 24. August 2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Flensburg (Az. 2 O 98/07) zur Zahlung weiterer Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich aus 45.407.880,00 € für die Zeit vom 8. März 2008 bis zum 8. Mai 2008 zu verurteilen.

179

3. die Beklagte zu 3. darüber hinaus unter Abänderung des am 24. August 2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Flensburg (Az. 2 O 98/07) zur Zahlung weiterer 14.295.557,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich seit dem 9. Mai 2008 zu verurteilen

180

sowie hilfsweise

181

1. die Berufungen der Beklagten zu 1. und 3. mit folgender Maßgabe zurückzuweisen:

182

a) Die Beklagten zu 1. und 3. werden als Gesamtschuldner verurteilt, an Herrn Dr. Achim Ah als Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. AG, ., aus H., 23.501.128,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 9. Mai 2008 zu zahlen.

183

b) Der Beklagte zu 1. wird darüber hinaus verurteilt, an Herrn Dr. Achim Ah als Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. AG, „, aus H., weitere 14.295.557,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 9. Mai 2008 sowie weitere Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 37.501.128,00 € für die Zeit vom 8. März 2005 bis 8. Mai 2005 zu zahlen;

184

2. Die Beklagten zu 1. und 3. unter Abänderung des am 24. August 2012 verkündeten Teilurteils des Landgerichts Flensburg (Az.: 2 O 98/07) gesamtschuldnerisch zu verurteilen, weitere 7.611.195,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 9. Mai 2008 an Herrn Dr. Achim Ah als Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. AG, „, aus H. zu zahlen;

185

3. den Beklagten zu 1. darüber hinaus unter Abänderung des am 24. August 2012 verkündeten Teilurteils des Landgerichts Flensburg (Az.: 2 O 98/07) zu verurteilen, weitere Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich aus 45.407.880,00 € für die Zeit vom 8. März 2008 bis 8. Mai 2008 an Herrn Dr. Achim Ah als Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. AG, aus H. zu zahlen;

186

4. die Beklagte zu 3 darüber hinaus unter Abänderung des am 24. August 2012 verkündeten Teilurteils des Landgerichts Flensburg (Az.: 2 O 98/07) zu verurteilen, weitere 14.295.557,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 9. Mai 2008 an Herrn Dr. Achim Ah als Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. AG, aus H. zu zahlen

187

sowie

188

die Berufungen des Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 3 zurückzuweisen.

189

Der Beklagte zu 1. beantragt,

190

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und im Übrigen

191

1. die Klage unter Abänderung des Teilurteils des Landgerichts Flensburg vom 24. August 2012 abzuweisen sowie

192

2. die Klägerin und den Drittwiderbeklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, die von der Klägerin in dem Rechtsstreit als Anlage K9 eingeführte Anlage im Rechtsverkehr ohne Zustimmung des Beklagten zu 1. zu verwenden und/oder deren Wirksamkeit zu behaupten.

193

Der Drittwiderbeklagte beantragt,

194

die Berufung des Beklagten zu 1. wegen des Antrags zu Ziffer 2 zurückzuweisen.

195

Die Beklagte zu 3. beantragt,

196

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und im Übrigen

197

das Teilurteil des Landgerichts Flensburg vom 24. August 2012 abzuändern und die Klage gegen die Beklagte zu 3. abzuweisen

198

Nach Ansicht des Beklagten zu 1. ist das angefochtene Urteil aufzuheben, weil das Landgericht den Sachverhalt sowohl unter tatsächlichen als auch unter rechtlichen Gesichtspunkten unzutreffend beurteilt habe. Mit dem angefochtenen Urteil habe die Kammer eine völlige Kehrtwende in der Bewertung der Gutachten und im Hinblick auf die Frage nach der Verwendung von Plausibilitätserwägungen vollzogen. Zu Unrecht sei das Landgericht von der Wirksamkeit der von der Klägerin vorgelegten Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 ausgegangen. Es sei denklogisch nicht vertretbar, dass das Landgericht zunächst wegen der Echtheit der Unterschrift ausgeführt habe, dass die eingeholten Sachverständigengutachten für die Überzeugungsbildung des Gerichts ohne Bedeutung seien, um schließlich dann aus den Parteienhörungen im Zusammenhang mit Plausibilitätserwägungen doch noch eine positive Überzeugung von der Echtheit der Unterschriften zu gewinnen. Bei den Plausibilitätsüberlegungen seien offene Widersprüche in dem Vortrag der Klägerin ebenso unberücksichtigt geblieben, wie die widersprechenden Plausibilitätsdarlegungen der Beklagten. Im Übrigen seien auch erhebliche Fehler bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO begangen worden. Eine Neubewertung der Beweisaufnahme sei geboten. Die Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 könne als

Scheingeschäft keine Bindungswirkung entfalten. Das Landgericht habe ferner auch die Höhe des Schadens falsch ermittelt. Im Rahmen der Berechnung des Verzögerungsschadens hätte das Landgericht nicht auf den 1. Dezember 2006 abstellen dürfen. Denn die Klägerin habe die Aktien zu diesem Zeitpunkt nicht veräußern wollen. Gegenteiliges habe die Klägerin nicht behauptet und das Landgericht nicht festgestellt. Ferner habe nicht pauschal der Kurswert für sämtliche Aktien angesetzt werden dürfen. Eine derart große Anzahl von Aktien hätte am 01. Dezember 2006 nicht über die Börse veräußert werden können. Es hätte ein Abschlag vom Börsenkurs vorgenommen werden müssen. Und schließlich hätten die Aktien der T. AG keinen inneren Wert aufgewiesen. Durch die von dem Geschäftsführer der Klägerin veranlassten Luftbuchungen der T. AG sei der Kurs der Aktien künstlich aufgebläht worden. Der wahre Kurs der Aktie habe sich erst nach Bekanntwerden der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der T. AG – nach Bekanntwerden der Luftbuchungen – gebildet und sei dann ins Bodenlose gefallen. Ferner sei das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Aktiengesellschaft eröffnet worden. Die Widerklage sei begründet, weil die Klägerin zu Unrecht eine unechte Urkunde im Rechtsverkehr verwandt habe. Der Drittwiderbeklagte dürfe sich nicht auf seine anwaltliche Verschwiegenheit berufen, er habe kein Recht, als Zeuge den Schutz des Beklagten zu 1. zu durchbrechen.

199

Die Beklagte zu 3. ist der Auffassung, die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 stelle keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dar. Im Übrigen sei durch die Umbuchung der Aktien im Sommer 2006 keine Schutzpflicht verletzt worden. Die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 sei mit Erklärungen vom 27. Februar 2006 und vom 4. April 2007 wirksam angefochten worden. Hilfsweise sei der Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht gegeben. Die Beklagte zu 3. treffe kein Verschulden, weil sie durch die Umbuchung der Aktien in ein Depot der F. bei der UBS Deutschland AG der F. eine Umfinanzierung ermöglichen wollte. Ein Schaden sei der Klägerin nicht entstanden, weil sie zum einen ihr Eigentum an den streitgegenständlichen T.-Aktien nicht bewiesen habe. Zum anderen sei der Vertrag vom 22. Dezember 2005 als Scheingeschäft und nach §§ 134, 138 BGB nichtig. Dieser Vertrag habe den alleinigen Zweck gehabt, die FSK über die tatsächliche Sicherheitslage (Pfandrecht und Eigentum an den F.-Aktien) zu täuschen. Die Klägerin dürfe sich deshalb auf die Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 nicht berufen. Außerdem sei auch die vom Landgericht im Wege der Schätzung ermittelte Schadenshöhe nicht gerechtfertigt.

200

Der Senat hat Beweis erhoben durch Beiziehung der Akten LG Hamburg 328 O 46/07, LG Hamburg 410 O 13/07 und LG Chemnitz 328 HK O 403/07 sowie der in den Insolvenzeröffnungsverfahren der T. AG (AG Hamburg 67g IN 150/08) und der TAE GmbH (AG Chemnitz 15 IN 1353/08) erstatteten Sachverständigengutachten.

201

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst aller Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10. April 2014 Bezug genommen. Soweit der Senat

gem. Ziff. III des Beschlusses vom 27. Februar 2014 (vgl. Bd. XIV Bl. 2945 -2946) zunächst angekündigt hatte, das Protokoll über die Vernehmung der Zeugen Petra Ko, Christoph B. und Dirk Mö vom 6. Februar 2014 aus dem Parallelverfahren OLG Schleswig 5 U 127/12 im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten, hat er im Ergebnis davon abgesehen und die Parteien in der mündlichen Verhandlung auf diese Möglichkeit hingewiesen.

II.

202

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Die Berufungen des Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 3 haben hingegen überwiegend Erfolg. Die geltend gemachten Schadenersatzansprüche der Klägerin und das Unterlassungsbegehren des Beklagten zu 1 aus der Widerklage sind unbegründet.

203

Die Voraussetzungen für eine Aussetzung des Verfahrens gemäß §§ 148, 149 ZPO im Hinblick auf das derzeit gegen den Geschäftsführer der Klägerin vor der Großen Strafkammer 20 des Landgerichts Hamburg anhängige Strafverfahren (Az.: 620 KLS 4/10) liegen nicht vor. Das Verfahren ist nicht vorgreiflich im Sinne von § 148 ZPO. Es gibt keine Bindungswirkung der Zivilgerichte an ein Urteil der Strafgerichte. Die Aussetzung gemäß § 149 ZPO (bei Verdacht einer Straftat) liegt im Ermessen des Gerichts. Dabei muss das Gericht die Verzögerung des Zivilprozesses gegen einen möglichen Erkenntnisgewinn abwägen (Zöller-Greger, ZPO, 30. Aufl. § 149 RdNr. 2). Vorliegend war die Kenntnis des Geschäftsführers der Klägerin von den Bilanzmanipulationen bei der T. AG, soweit in diesem Verfahren von Interesse, in erster Instanz unstreitig. Die Aussetzung soll damit nur dazu dienen, es der Klägerin zu ermöglichen, im Falle eines Freispruchs ihres Geschäftsführers ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlich unstreitigen Vortrags darlegen zu können. Für diese Zwecke ist § 149 ZPO nicht gedacht. Ist überdies mit Verzögerung um mehr als ein Jahr zu rechnen, hat die Aussetzung in der Regel zu unterbleiben. Dies ergibt sich aus der Wertung des § 149 Abs. 2 ZPO (vgl. Zöller-Greger, ZPO, a. a. O. § 149 RdNr. 2 m. w. N.). In dem Strafverfahren gab es bisher über 40 Verhandlungstage, die Große Strafkammer hat bis Ende Mai 2014 weitere 12 Verhandlungstage anberaumt. "Ein Ende des Strafverfahrens [ist] noch nicht abzusehen" (Bl. 3219 GA). Eine weitere Verzögerung des Zivilprozesses, der bereits seit fast 7 Jahren anhängig ist, erscheint dem Senat vor diesem Hintergrund nicht vertretbar. Des Weiteren geht es dort um die strafrechtliche Verantwortung und nicht – wie hier - um die zivilrechtliche Kenntniszurechnung gem. §§ 31, 166 BGB. Ob aus dem Strafverfahren insoweit ein größerer Erkenntnisgewinn folgen wird, ist zumindest zweifelhaft.

204

Eine Beweiserhebung über die Behauptungen der Beklagten zu 3, das Protokoll der Hauptversammlung der T. AG vom 27. Dezember 2002 sei ihr erst im Februar 2006 bekannt geworden und sie sei davon ausgegangen, dass F. nach dem Börsengang Ende 2005 Eigentümerin von insgesamt 2.486.400 Aktien und M. Eigentümerin von 1.196.552 Aktien gewesen sei, ist nicht notwendig. Der Senat hat deshalb – entgegen der Ankündigung gem. Ziff. III des Beschlusses vom 27. Februar 2014 (vgl. Bd. XIV

Bl. 2945 -2946) – insoweit von einer Beweisaufnahme abgesehen. Die Pfandrechts- und Eigentumsverhältnisse an den Aktien der F. im Dezember 2005 ergeben sich bereits aus der Auslegung der unstreitigen Vertragsverhältnisse (Verpfändungs- und Abtretungsvertrag F./FSK; Treuhandvertrag Klägerin/F.). Für die Wirksamkeit der Anfechtungen der FSK vom 27. Februar 2006 (hinsichtlich der M. Aktien) und vom 4. April 2007 (hinsichtlich der F. Aktien) kommt es auf die Durchführung der Beweisaufnahme nicht an.

205

Das Prozessgericht ist befugt, von der Ausführung eines angekündigten Beweisbeschlusses (auch nur teilweise) abzusehen, wenn die Beweiserheblichkeit fehlt. Das ist hier der Fall. Der Beweisbeschluss führt nicht zu einer Selbstbindung des Gerichts, eine Beweisaufnahme auch tatsächlich durchzuführen (Münchener Kommentar - Heinrich, ZPO, 4. Aufl. § 360 Rn. 1 m.w.N.). Der Senat hat die Parteien auf diesen Umstand im Termin hingewiesen.

206

A. Berufung der Klägerin

207

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

1.

208

Der Klägerin steht gegen den Beklagten zu 1 kein weitergehender Schadensersatzanspruch zu.

a)

209

Das Landgericht hat den der Klägerin entstandenen Nichterfüllungsschaden zu Recht anhand der Wert- und Preisverhältnisse zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bemessen.

210

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bei der Bemessung des Schadens grundsätzlich die gesamte Schadensentwicklung bis zum prozessual spätesten möglichen Zeitpunkt, nämlich dem der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen, in die Schadensberechnung einzubeziehen ist (BGHZ 133, 246, 252 f.; 137, 142, 152; Urt. v. 02.04.2001 – II ZR 331/09, juris-Rn. 15, WM 2001, 2251, 2252 f.; Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 249/02, juris-Rn. 23, WM 2004, 475, 476 f.). Die weitere Entwicklung der Vor- und Nachteile bis zur voraussichtlichen Erfüllung des Schadensersatzanspruchs sind zu berücksichtigen (Urt. v. 02.04.2001 – II ZR 331/09, aaO). Dies gilt insbesondere für Vorteile, die dem

Schuldner daraus erwachsen, dass sich die Wiederherstellung durch eine spätere Entwicklung billiger gestaltet (BGHZ 66, 239, 245 juris-Rn. 22). Anderes gilt nur, wenn diese Sichtweise dazu führte, dass der Geschädigte die Möglichkeit verliert, über die beschädigte Sache zu disponieren, also das beschädigte Kraftfahrzeug oder das beschädigte Grundstück zu veräußern (BGH Urteil vom 6. November 1986, VII ZR 97/95, BGHZ 99, 81,86, juris-Rn. 11 = NJW 1987, 645 f.). Die Richtigkeit dieser Rechtsprechung erhellt gerade der vorliegende Fall: Hätten die Beklagten zu 1 und 2 die von ihnen mit dem ursprünglichen Klagantrag verlangte Naturalrestitution kurz vor der Klageänderung anerkannt, hätte die Klägerin den ihr aus der zögerlichen Erfüllung entstandenen – weiteren – Schaden in einer weiteren Klage geltend machen müssen. An der Schadensberechnung ändert die Umstellung auf ein Verlangen nach Schadensersatz in Geld verbunden mit einer Erweiterung der Klage auf Ersatz der Verzögerungsschäden nichts. Der vorstehend dargelegte Sonderfall liegt hier nicht vor. Die Dispositionsbefugnis der Klägerin steht nicht in Rede.

211

Aus der von der Klägerin angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Februar 1984 (IVa ZR 188/82, WM 1984, 902, 904 f., juris-Rn. 25 f.) folgt nichts anderes. Auch diese Entscheidung stellt zur Berechnung des Schadens auf den Zeitpunkt ab, zu dem die Leistung hätte erfolgen sollen (BGH, Urt. v. 29. Februar 1984 - IVa ZR 188/82, aaO, juris-Rn. 25), das ist vorliegend der 30. November 2006. Die Art und Weise der Schadensberechnung bezieht sich hingegen auf § 251 BGB und im Übrigen auf einen völlig atypisch liegenden Sonderfall, der der hiesigen Konstellation nicht vergleichbar ist. Dort ging es im Ausgangspunkt um die atypische Konstellation einer Schadenersatzforderung wegen der Nichterfüllung eines Vermächnisses (Aufnahme des Klägers in eine von dem beklagten Onkel in der Rechtsform einer oHG betriebenen Versicherungsmaklerfirma). Das Erfüllungsinteresse des Klägers in dem vom BGH entschiedenen Fall (a.a.O. WM 1984, 902 ff.) ging dahin, dass er die ihm durch das Testament seines Großvaters zugewendete "Gelegenheit zum Eintritt in die Firma" ordnungsgemäß erhielt. Der BGH hat die Vorteile, die dem Kläger neben dem Wert seiner Mitgliedschaft in der oHG entgangen sein mögen, im Ergebnis als "Verzögerungsausgleich" und damit als Schadensfolge im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB gewertet (vgl. BGH, a. a. O., zitiert auch in juris Rz. 23). In den Fällen des § 280 Abs. 1 BGB liegt es nahe, im Grundsatz auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die unmöglich gewordene Leistung hätte erfolgen sollen. Nur für diese besondere Fallkonstellation hat der BGH angemerkt:

212

"... Diese Sicht schließt es von vornherein aus, dass dem Geschädigten ein nachträglicher Wertverfall des ihm entgangenen Gegenstandes vorgehalten oder als nachträgliche Minderung seines Schadens und daher seines Ersatzanspruchs angesehen werden könnte. Eine derartige Minderung wäre nicht zu rechtfertigen, weil dem Geschädigten damit abgeschnitten wäre, geltend zu machen, er würde sich von dem ihm gebührenden Gegenstand noch vor Einsetzen der Wertminderung wieder getrennt haben. Ob der Geschädigte diese Chance genutzt hätte, ist dabei nicht erheblich, weil der Schädiger, wenn das Recht des Gläubigers vereitelt und diesem den Gegenstand vorenthält, damit zugleich auch das Risiko nachträglichen Wertverfalls auf sich zieht und deshalb tragen muss".

213

Hier hingegen geht es um den Nichterfüllungsschaden wegen des Anspruchs auf Herausgabe globalverbriefter Inhaberaktien. Deshalb ist eine Differenzierung zwischen Nichterfüllungsschaden gem. §§ 280, 249, 251 BGB und Verzögerungsschaden nach § 286 BGB möglich, was die unterschiedliche Bewertung rechtfertigt.

214

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung des Nichterfüllungsschadens ist materiellrechtlich der Zeitpunkt der Erfüllung der Schadensersatzverpflichtung und prozessual der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung.

215

Gegen die Höhe der Schadensberechnung erinnert die Berufung nichts; der Schaden ist im Ergebnis, wie noch darzulegen sein wird, allerdings unzutreffend berechnet.

b)

216

Auf den Zeitpunkt des jeweiligen schädigenden Ereignisses kommt es für die Berechnung des Schadens im vorliegenden Fall hingegen nicht an.

217

Nach allgemeiner Meinung besteht ein Schaden in der Differenz zwischen dem jetzigen tatsächlichen Wert des Vermögens des Geschädigten und dem Wert, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (statt aller: Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl. § 249 Rn. 10).

218

Nach den von der Klägerin behaupteten vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Beklagten zu 1 und 2 und ihr sollte die Beklagte zu 2 ihr die Aktien am 30. November 2006 zurückgeben. Hieran muss sie sich festhalten lassen. Sie kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als ob die Aktien früher hätten zurückgegeben werden müssen. Dass sie den von ihr behaupteten Leihvertrag möglicherweise aus wichtigem Grund hätte kündigen können, ändert daran nichts. Sie hat den Vertrag nicht gekündigt. Sie hat sich vielmehr entschlossen, den ihr zu Ohren gekommenen Gerüchten, es seien in größerem Umfang Aktien veräußert worden, nicht weiter nachzugehen.

c)

219

Ob der Klägerin gegen den Beklagten zu 1 auch deliktische Schadensersatzansprüche zustehen, kann dahinstehen. Für den nach Deliktsrecht zu leistenden Schadensersatz gelten ebenso wie für vertragliche Schadensersatzansprüche die §§ 249 f. BGB. Nach

diesen Vorschriften stehen der Klägerin, wie dargelegt, jedenfalls keine weitergehenden Ansprüche gegen den Beklagten zu 1 zu.

d)

220

Überdies steht der Klägerin gegen den Beklagten zu 1, was im Rahmen der von ihm eingelegten Berufung erörtert wird, ohnehin der Höhe nach kein Schadensersatzanspruch zu.

2)

221

Die Berufung ist auch unbegründet, soweit sie eine weitergehende Verurteilung der Beklagten zu 3 erstrebt.

a)

222

Unterstellt, die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 entfalte Schutzwirkung zugunsten der Klägerin und sei nicht wirksam gefochten worden, kommen zwei Pflichtverletzungen seitens der Beklagten zu 3 in Betracht: Sie hätte sich vertragswidrig am 28. Februar/3. März 2006 ein neues Pfandrecht an den Aktien bestellen lassen und hätte die Aktien am 22. Juni 2006 auf ein Depot der F. bei der UBS Deutschland AH in Hamburg übertragen, ohne dafür zu sorgen, dass die Interessen der Klägerin wiederum durch einen Sperrvermerk gesichert wurden (vgl. BGH, Urt. v. 21. Juni 1976 – III ZR 99/74, juris-Rn. 26, WM 1976, 1050, 1051).

223

Aus diesen beiden Pflichtverletzungen ist der Klägerin jedenfalls kein weitergehender als der von dem Landgericht zugesprochene Schaden entstanden. Der durch die Vertragsverletzung entstandene Schaden errechnet sich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Der Verzugsschaden darf die Klägerin nicht besser stellen, als sie bei gehöriger Erfüllung stünde. Bei gehöriger Erfüllung hätte die Beklagte zu 3 aber sichergestellt, dass die Beklagte zu 2 nicht vor dem 1. Dezember 2006 über die Aktien verfügt. Die Klägerin kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als ob sie die Aktien bereits vorzeitig zurückerhalten hätte.

b)

224

Auf die Frage, ob der Klägerin gegen die Beklagte deliktische Ansprüche zustehen, kommt es an dieser Stelle nicht an. Der Schaden berechnet sich ebenso wie bei den vertraglichen. Es ergeben sich jedenfalls keine weitergehenden Ansprüche der Klägerin.

c)

225

Ansprüche aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB oder § 687 Abs. 2, § 667 BGB stehen der Klägerin gegen die Beklagte zu 3 nicht zu. Die Beklagte zu 3 hat die Aktien nicht veräußert, sie hat sie auf ein anderes Depot der F. übertragen. Der Eigentümer der Aktien hat sich dadurch nicht geändert; F. konnte – den Klägervortrag unterstellt – durch die bloße Umbuchung nicht gutgläubig Eigentum erwerben. Die Beklagte zu 3 hat auch kein Geschäft der Klägerin ausgeführt, sondern eine Anweisung der F.. Vor allem aber hat sie auch im Hinblick auf Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht über die Aktien verfügt. Überdies hat die Beklagte zu 3 aus der Veräußerung der "F.-Aktien" nur 25.419.200,-- Euro erlangt (vgl. Abrechnung Anlage K 266), nur dieser Betrag wurde seitens der UBS Deutschland AG aufgrund der zuvor vereinbarten Treuhandabreden zur Ablösung ihres Pfandrechts an die Beklagte zu 3 ausgekehrt.

d)

226

Und schließlich stehen der Klägerin, was im Rahmen der Berufung der Beklagten zu 3 erörtert wird, weder dem Grunde noch der Höhe nach Ansprüche gegen die Beklagte zu 3 zu.

227

B. Berufung des Beklagten zu 1

228

Die Berufung des Beklagten zu 1 hat Erfolg.

1)

229

Die Berufung des Beklagten hat nicht schon deshalb Erfolg, weil die gegen ihn gerichtete Klage unzulässig ist.

230

Gegen die Erwägungen, mit denen das Landgericht die Zulässigkeit der gegen den Beklagten zu 1 gerichteten Klage bejaht hat, wendet er sich mit seiner Berufung nicht.

231

Die Klägerin ist berechtigt, dem Insolvenzverwalter der T. AG gegen den Beklagten zu 1 zustehende Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen. Im Hinblick auf den Nichterfüllungsschaden ergibt sich dies aus § 265 ZPO, im Hinblick auf den Verzögerungsschaden aus gewillkürter Prozessstandschaft.

a)

232

Hinsichtlich des Nichterfüllungsschadens folgt die Klagebefugnis der Klägerin aus § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Klägerin hat den Nichterfüllungsschaden – gerichtet auf die Rechtsfolge der Naturalrestitution – zunächst als eigenes Recht im eigenen Namen geltend gemacht. Sie hat die Forderung sodann im Verlauf des Prozesses, am 28. März 2008, an die T. AG abgetreten. Die Abtretung umfasste nach Ziffer 1.1.23 der Vereinbarung vom 28. März 2008 (Anlage K 299 – Blatt 2615-2617 GA) "alle gegenständlichen und zukünftigen Ansprüche und Rechte des Verkäufers (scil: der Klägerin) gegen Marko H.s Tochtergesellschaften und / oder die FSK, insbesondere solche Ansprüche, die Gegenstand der folgenden Gerichtsverfahren sind: Verfahren gegen Marko H., die F. und die FSK vor dem Landgericht Flensburg, Az.: 2 O 98/07" (hiesiger Rechtsstreit). Der Wortlaut dieser Vereinbarung erfasst allerdings Ansprüche gegen den Beklagten zu 1 gerade nicht, die Rede ist nur von seinen Tochtergesellschaften. Aus dem Gesamtzusammenhang der Vereinbarung folgt jedoch, dass alle Ansprüche, auch diejenigen gegen den Beklagten zu 1 persönlich, abgetreten werden sollten. Denn die Beklagten zu 1 bis 3 werden auf den Nichterfüllungsschaden als Gesamtschuldner in Anspruch genommen. Wenn nun aber eine der Forderungen, nämlich die der Klägerin gegen den Beklagten zu 1, von der Abtretung ausgenommen würde, so müsste der Vertrag im Weiteren Regelungen zum Verhältnis von Zedentin und Zessionar im Falle einer gesamtschuldnerischen Verurteilung treffen. Daran fehlt es jedoch. Vielmehr wird in 6.3 des Vertrages (Anlage K 299) die Verwendung der Einnahmen in einer Form geregelt, die voraussetzt, dass die Ansprüche gegen die Beklagten zu 1 bis 3 einem Anspruchsinhaber zustehen. Für dieses Verständnis spricht auch die zwischen der Klägerin und dem Insolvenzverwalter der T. AG am 14. April 2009 (Anlage K 301 – Blatt 3354 GA) getroffene Vereinbarung, die explizit davon ausgeht, dass "sämtliche Ansprüche" aus dem hiesigen Rechtsstreit an die T. AG abgetreten worden sind.

233

Da die Klägerin im Hinblick auf den Nichterfüllungsschaden nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO in gesetzlicher Prozessstandschaft klagt, war sie berechtigt, die Klage mit Schriftsatz vom 29. April 2008 (Bd. III, Bl. 623 ff.) zu ändern und statt der Naturalrestitution Geldersatz zu verlangen.

b)

234

Im Hinblick auf den Verzögerungsschaden folgt die Klagebefugnis der Klägerin aus gewillkürter Prozessstandschaft. § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO greift nicht ein.

aa)

235

Der Verzögerungsschaden wird von der Regelung des § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht erfasst.

236

Nach § 265 Abs. 1 ZPO schließt die Rechtshängigkeit das Recht der Parteien nicht aus, den geltend gemachten Anspruch abzutreten. Die Abtretung hat nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf den Prozess keinen Einfluss. Von "Streitbefangenheit" im Sinne von § 265 ZPO kann immer nur die Rede sein im Beziehung auf einen den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden konkreten Anspruch (BGHZ 28, 153, 156 f.). Die Streitbefangenheit im Sinne des § 265 ZPO tritt erst mit Rechtshängigkeit dieses konkreten Anspruchs ein (BGHZ 28, 153, 157; BGH, Urt. v. 03.11.1978 – I ZR 150/76, WM 1979, 69, 71, juris Rn. 17).

237

Vorliegend ist der Verzögerungsschaden erst mit Schriftsatz vom 29. April 2008 anhängig gemacht worden. Die Klägerin hatte sämtliche gegenständlichen und zukünftigen ihr gegen den Beklagten zu 1 zustehenden Ansprüche, damit auch den Verzögerungsschaden, jedoch bereits zuvor, nämlich am 29. März 2008 an die T. AG (still) abgetreten. Damit war der Verzögerungsschaden zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht rechtshängig und nicht streitbefangen im Sinne von § 265 ZPO.

bb)

238

Die Klägerin macht den Verzögerungsschaden jedoch in gewillkürter Prozessstandschaft geltend.

239

Soweit § 265 ZPO mangels Streitbefangenheit des Anspruchs nicht eingreift, kann auf das Rechtsinstitut der gewillkürten Prozessstandschaft zurückgegriffen werden (BGH, Urt. v. 3. November 1978 – I ZR 150/76, aaO). Die gewillkürte Prozessstandschaft setzt voraus, dass der Kläger ermächtigt ist, den einem Dritten zustehenden Anspruch gerichtlich geltend zu machen und dass er hieran ein eigenes rechtliches Interesse hat (BGH, Urt. v. 3. November 1978 – I ZR 150/76, aaO, juris-Rn. 18; Urt. v. 10. November 1999 – VIII ZR 78/98, WM 2000, 183, 184, juris-Rn. 18).

240

Die T. AG hat die Klägerin ermächtigt, den ihr zustehenden Anspruch auf den Verzögerungsschaden gerichtlich geltend zu machen. Der Insolvenzverwalter der T. AG hat die Klägerin am 14. April 2009 ermächtigt, sämtliche Ansprüche, also auch den Anspruch auf den Verzögerungsschaden für sie gegenüber dem Beklagten zu 1 in dem vorliegenden Rechtsstreit gerichtlich geltend zu machen.

241

Die Klägerin hat ein eigenes rechtliches Interesse, den Anspruch auf den Verzögerungsschaden gegen den Beklagten zu 1 gerichtlich geltend zu machen. Ein eigenes rechtliches Interesse an der gerichtlichen Geltendmachung einer Forderung hat der Verkäufer derselben immer dann, wenn er für den Bestand der abgetretenen

Forderung eintreten muss (BGH, Urt. v. 3. November 1978 – I ZR 150/76, aaO, juris-Rn. 19). Insbesondere besitzt der Zedent einer Schadensersatzforderung regelmäßig das zur Prozessführung für den Käufer erforderliche eigene schutzwürdige Interesse (BGH, Urt. v. 23. September 1993 – III ZR 54/92, WM 1994, 1811, 1812, juris-Rn. 7). So liegt es hier. Zwar hat die Klägerin der T. AG die ihr gegen die Beklagten zu 1 bis 3 zustehenden Forderungen nicht verkauft. Die Vertragslage ist aber einem Kauf vergleichbar. Die Abtretung der Forderungen war Teil des Sanierungskonzepts, zu dem sich die Erwerber der Aktien der T. AG bereitfanden.

2)

242

Die Berufung des Beklagten zu 1 hat aber in der Sache Erfolg, soweit er sich gegen seine Verurteilung wendet, der Klägerin Schadensersatz zu leisten. Der Klägerin steht gegen ihn zwar dem Grunde nach ein Anspruch auf Schadensersatz aus dem von ihm erklärten Schuldbeitritt zu dem Garantieverprechen in Ziffer 1.2.1 des Vertrages vom 22. Dezember 2005 zu. Der Höhe nach ist ein Schadenersatz in Geld mangels werthaltigem Börsenkurs jedoch nicht mehr festzustellen. Anspruch auf Ersatz eines Verzugschadens wegen der verspäteten Leistung der von der Klägerin mit der Klage zunächst geforderten 1.864.800 Aktien kann die Klägerin aus Rechtsgründen nicht verlangen.

a)

243

Der Klägerin steht gegen den Beklagten zu 1 ein Anspruch aus Ziffer 1.2.1. des Vertrages vom 22. Dezember 2005 zu. Das Landgericht hat diese Vertragsklausel so ausgelegt, dass sich die F. in ihr verpflichtete, der Klägerin die 1.864.800 Aktien nach Ende der Leihe frei von Rechten Dritter zurückzugeben. Gegen diese Auslegung, die der Senat teilt, erinnern die Berufungen der Klägerin und des Beklagten zu 1 nichts. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegenüber der F. resultiert mithin aus § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 283 BGB, da diese die ihr geliehenen Aktien belastete und veräußerte und sie nicht mehr lastenfrei zurückgeben kann. Der Anspruch gegen den Beklagten zu 1 resultiert aus dem Beitritt zu den Verpflichtungen der F. gem. Ziff. 1.2.1. S. 3 des Vertrages.

244

Der Vertrag zwischen der Klägerin, ihrem Geschäftsführer und den Beklagten zu 1 und 2 ist in der Form zustande gekommen, wie sie sich aus Anlage K9 ergibt. Der Vertrag ist wirksam. Er ist insbesondere nicht als Scheingeschäft nichtig. Aus der Verletzung der Rückgabepflicht folgt jedoch kein Schaden, weil ein werthaltiger Börsenkurs der T. Aktie zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr festgestellt werden konnte. An ihr Verlangen auf Schadensersatz in Form der Naturalrestitution ist die Klägerin nicht gebunden.

aa)

245

Der Vertrag vom 22. Dezember 2005 ist mit dem sich aus der Anlage K 9 (Blatt 86 - 93 GA) ergebenden Inhalt abgeschlossen worden. Das steht aufgrund der Feststellungen des Landgerichts fest. An diese Feststellung ist der Senat gebunden (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Konkrete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der landgerichtlichen Feststellungen zeigt die Berufung des Beklagten zu 1 nicht auf.

(1)

246

Der Geschäftsführer der Klägerin, die Klägerin, der Beklagte zu 1, M. und F. haben am 22. Dezember 2005 einen Vertrag geschlossen, der auch schriftlich niedergelegt worden ist. Die Parteien streiten nur darum, ob der von der Klägerin als Anlage K 9 vorgelegte Vertrag derjenige ist, der am 22. Dezember 2005 geschlossen wurde. Vor diesem Hintergrund trifft der rechtliche Ausgangspunkt der Beweiswürdigung des Landgerichts, den Inhalt des – tatsächlich am 22. Dezember 2005 geschlossenen - Vertrages zunächst aufgrund der formellen Vermutungswirkung des § 416 ZPO zu ermitteln, zu.

247

Das Landgericht hat festgestellt, dass der Beklagte zu 1 den als Anlage K 9 vorgelegten Vertragstext unterzeichnet hat. Konkrete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellung zeigt die Berufung des Beklagten zu 1 nicht auf. Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen (§ 440 Abs. 1 ZPO). Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden (§ 441 Abs. 1 ZPO), alle anderen Beweismittel bleiben also zulässig (Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl. § 441 Rn. 1; Musielak/Huber, ZPO, 10. Aufl. § 441 Rn. 1). Über das Ergebnis der Schriftvergleichung hat das Gericht nach freier Überzeugung, gegebenenfalls nach Anhörung von Sachverständigen zu entscheiden (§ 442 ZPO). Hierbei gilt § 442 ZPO nur für die Schriftvergleichung nach § 441 ZPO; die Überzeugung von der Echtheit der Privaturkunde hat sich das Gericht gemäß § 440 Abs. 1 ZPO nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 286 ZPO) zu bilden (Musiak/Huber, aaO, § 440 Rn. 2; MüKo-ZPO/Schreiber, 4. Aufl. § 440 Rn. 2). Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung ausgegangen. Sofern und soweit der rechtliche Ansatz der Berufung dahin zu verstehen sein sollte, dass die Echtheit einer Privaturkunde nur durch Schriftvergleichung und nicht durch Indizien bewiesen werden könne, wäre dies rechtsirrig.

248

Das Landgericht hat sich seine Überzeugung entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO gebildet; es hat sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt, seine Beweiswürdigung ist vollständig und rechtlich möglich und verstößt nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze (vgl. BGH, Urt. v. 16. April 2013 – VI ZR 44/12, Rn. 13, MDR 2013, 868, 869).

249

Dabei durfte das Landgericht seine Überzeugung auf die Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin und des Drittwiderbeklagten stützen. Zwar hat der Bundesgerichtshof in früherer Zeit entschieden, dass die Anhörung einer Partei nach § 141 ZPO nicht zu Beweis Zwecken diene und nicht zum Beweismittel erhoben werden dürfe (BGH, Urt. v. 3. Juli 1967 – VII ZR 48/65, MDR 1967, 834). An dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof jedoch nicht festgehalten: Es ist dem Tatrichter vielmehr nach § 286 ZPO grundsätzlich erlaubt, allein aufgrund des Vortrags der Parteien und ohne Beweiserhebung festzustellen, was für wahr und was für nicht wahr zu erachten ist (BGHZ 82, 13, 20; BGH, Beschl. v. 29. Oktober 1987 – III ZR 54/87). Vorliegend hat das Landgericht seine Überzeugung nicht allein auf die Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin und des Drittwiderbeklagten, der im Übrigen ohne die Drittwiderklage der wohl wichtigste Zeuge der Klägerin gewesen wäre, gestützt. Vielmehr hat es umfassend Beweis erhoben und eine Fülle – unstreitiger – Indizien gewürdigt, um sich seine Überzeugung zu bilden. Das entspricht den prozessualen Regelungen und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

250

Das Landgericht hat die für und gegen die Echtheit der Unterschriften sprechenden Indizien umfassend gewürdigt. Das Landgericht hat die daktyloskopischen Gutachten Wo vom 27. Dezember 2007 und Ro vom 17. April 2009 in seine Beweiswürdigung einbezogen. Es hat festgestellt, dass der Sachverständige Wo keine daktyloskopischen Spuren des Beklagten zu 1 auf den ihm vorliegenden Vertragsexemplaren habe feststellen können und der Sachverständige Ro eine Spur dem Beklagten zu 1 habe zuordnen können und die Zuordnung für die sieben anderen von ihm festgestellten Spuren habe ausschließen können. Das deckt sich mit den Ausführungen der Sachverständigen in ihren Gutachten; die Berufung erinnert insoweit nichts. Das Landgericht hat die Gutachten als unergiebig angesehen und sich insoweit auf die Ausführungen des Sachverständigen Ro in seiner persönlichen Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 9. Januar 2012 (Bd. X, Bl. 2547 -2550) berufen. Wenn die Berufung meint, die beiden Gutachten sprächen gegen die Echtheit der Unterschriften, trifft dies nicht zu. Die Berufung blendet vielmehr die Ausführungen des Sachverständigen Ro in seiner persönlichen Anhörung, auf die das Landgericht seine Auffassung stützt, aus. So hat der Sachverständige ausgeführt, der Umstand, dass er auf den weiteren von ihm untersuchten Blättern keine Fingerspuren des Beklagten zu 1 gefunden habe, nicht den Schluss zulasse, dieser habe die Blätter nicht in der Hand gehabt. Dieser Schluss gilt auch für das Gutachten Wo; auch diesem kann nach den erwähnten Darlegungen des Sachverständigen Ro nicht entnommen werden, dass der Beklagte zu 1 die begutachteten Blätter nicht in der Hand gehabt habe.

251

Soweit die Berufung rügt, die Ergebnisse der Gutachten Lo vom 10. August 2007 und Dr. Se vom 23. März 2009 mit Ergänzungsgutachten vom 19. April 2012 und persönlicher Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 4. Juni 2012 (Bd. XI, Bl. 2690 - 2692) seien in die Beweiswürdigung nicht eingeflossen, ist dies unzutreffend. Das Landgericht hat die Gutachten im Rahmen seiner Überzeugungsbildung gewürdigt, es würdigt sie nur anders, als der Beklagte zu 1 sie würdigen will.

252

Das Landgericht durfte den Gutachten der Sachverständigen Lo und Dr. Se ein – wie geschehen – schwaches Indiz für die Richtigkeit der Aussagen des Geschäftsführers der Klägerin und des Drittwiderbeklagten in ihren Anhörungen entnehmen. Das Landgericht hat dabei gewürdigt, dass beide Sachverständige zu dem Ergebnis kommen, dass die Unterschriften "wahrscheinlich" von dem Beklagten zu 1 stammen, und diese Wahrscheinlichkeit nur die vierte von neun Wahrscheinlichkeitsstufen ist. Sofern die Berufung so zu verstehen sein sollte, dass die Sachverständige Dr. Se an dieser Einschätzung nicht festgehalten habe, trifft dies nicht zu. In ihrer persönlichen Anhörung vom 4. Juni 2012 hat die Sachverständige ausgeführt, die neuen Unterschriftenproben erhöhten die von ihr angenommene Wahrscheinlichkeit, dass die Unterschriften von dem Beklagten zu 1 stammen, wenn auch nicht auf einen Grad von an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit. Dass sich die Wahrscheinlichkeit verringern würde, hat sie ausgeschlossen. Von nichts anderem ist das Landgericht ausgegangen.

253

Das Landgericht hat die Gutachten der Sachverständigen Dr. He vom 24. Juli 2007 und 19. November 2007 mit der ergänzenden Stellungnahme vom 12. September 2011 (Blatt 2249 -2250 GA) mit Recht keinen Beweiswert beigemessen. Die Sachverständige Dr. He hat in ihrer persönlichen Anhörung vom 30. November 2011 (Blatt Bd. X, Bl. 2443-2450) ausgeführt, dass sie zu dem Alter der verwendeten Kugelschreiberpasten keine Angaben machen könne, sobald die Lagerungsbedingungen des zu begutachtenden Materials von den Versuchsbedingungen abwichen. Diese Versuchsbedingungen waren: 22 bis 23 Grad, nicht klimatisierter Büroraum, Lagerung ohne Prospekthüllen in einem Regal. Dem hat das Landgericht mit Recht entnommen, dass die Gutachten nur verwertbar sind, wenn sich feststellen lässt, dass die begutachteten Dokumente entsprechend gelagert waren. Die Anknüpfungstatsache der Lagerung muss feststehen. Das Landgericht hat nicht aufklären können, wie die Dokumente gelagert wurden. Der daraus geschlossene Schluss, das Gutachten der Sachverständigen Dr. He könne nicht verwertet werden, ist frei von Rechtsfehlern. Die Annahme der Berufung, das Ergebnis des zunächst schriftlich auf der Basis unterstellter Lagerung bei Laborbedingungen erstatteten Gutachtens stehe fest, weil es der Klägerin nicht gelungen sei, die von ihr behauptete Art der Lagerung zu beweisen, ist rechtsirrig. Es gibt keine Vermutung für eine bestimmte Art der Aufbewahrung von Urkunden. Auch die Angriffe der Berufung gegen die Feststellung des Landgerichts, die Lagerung lasse sich nicht aufklären, zeigen keine Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten auf. Das Landgericht ist von der Unaufklärbarkeit ausgegangen; es hat nicht etwa eine bestimmte Art der Lagerung festgestellt. Es hat sich nicht mit dem nach § 286 ZPO zu fordernden Grad von Gewissheit davon überzeugen können, dass die Sachverständige Dr. He von den tatsächlichen Lagerungsbedingungen ausgegangen ist. Warum aber das Landgericht davon hätte ausgehen müssen, dass die Dokumente unter den von der Sachverständigen postulierten Laborbedingungen gelagert wurden, erhellt die Berufung nicht. Der Drittwiderbeklagte hat in seiner Anhörung ausgesagt, die Dokumente seien in einer Klarsichthülle gelagert worden, die Zeugin Ot konnte sich an die Art der Lagerung nicht mehr erinnern. Damit waren beide Aussagen unergiebig; dass die Dokumente unter den postulierten Laborbedingungen gelagert wurden, lässt sich ihnen gerade nicht entnehmen. Ein weiteres Sachverständigengutachten hat das Landgericht mit Recht nicht eingeholt, es ist auch in der Berufungsinstanz nicht einzuholen. Der Beklagte zu 1 hat weder in 1. Instanz noch in der

Berufungsbegründung dargelegt, warum er meint, dass sich das Alter der Unterschriften noch aufklären lässt. Nach den beiden bislang erstatteten Gutachten des Dr. Bü vom 3. Februar 2009 (Bd. IV, Bl. 937 ff.) und der Dr. He altern Kugelschreiberpasten unterschiedlich schnell. Die Alterung ist aber auch bei langsam alternden Pasten nach spätestens einem Jahr abgeschlossen – so Frau Dr. He in ihrer Anhörung am 30. November 2011 – nach Meinung des Herrn Dr. Bü regelmäßig sogar schon nach vier Monaten. Nach Ablauf dieses Zeitraums lässt sich das Alter der Paste nicht mehr aufklären. Untersuchungen zur Lagerung von Dokumenten mit Kugelschreiberpasten in Klarsichthüllen gibt es laut Frau Dr. He nicht. Damit gibt es für eine erneute Begutachtung keine Anknüpfungstatsachen. Vor diesem Hintergrund müsste der Beklagte zu 1 darlegen, aufgrund welcher Umstände doch von verwertbaren Anknüpfungstatsachen auszugehen sein soll. Hieran fehlt es.

254

Auch die Einwendungen gegen die weiteren von dem Landgericht im Rahmen der Überzeugungsbildung herangezogenen Indizien überzeugen nicht. Die Vertragsverhandlungen erlauben indizielle Schlüsse auf den später abgeschlossenen Vertrag. Seine Überzeugung hat das Landgericht auf die Vertragsverhandlungen nicht gestützt, es hat sie nur als weiteres Mosaiksteinchen im Rahmen seiner Überzeugungsbildung herangezogen. Dass aber der als Anlage K9 vorgelegte Vertrag in ganz wesentlichen Teilen die vorangegangenen Verhandlungen widerspiegelt – mit Ausnahme der BGB-Leihe – stellt auch der Beklagte zu 1 nicht in Abrede. Dies ergibt sich bereits aus der E-Mail des für den Beklagten zu 1 tätigen anwaltlichen Beraters B. vom 21. Dezember 2005 (11.04 Uhr, Anl. K126), in der alle aus damaliger Sicht des Beklagten zu 1 regelungsbedürftigen Punkte – mit Ausnahme eines § für die Leihbereits stichwortartig aufgelistet sind. Diese Punkte finden sich im Kern alle in der vorgelegten Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 (K9) wieder. Die Motivation des Geschäftsführers der Klägerin und des Beklagten zu 1, den am 22. Dezember 2005 abgeschlossenen Vertrag zu schließen – mit welchem Inhalt auch immer –, hat das Landgericht zu Recht nicht berücksichtigt. Weder das von Seiten der Klägerin vorgetragene Motiv der Erpressung mit der Unrichtigkeit des Börsenzulassungsprospekts noch das von dem Beklagten zu 1 angegebene eines "gentlemans agreement" vermögen zu überzeugen. Überdies hat sich der Beklagte zu 1 zu seinem Motiv, den Vertrag abzuschließen, in seiner persönlichen Anhörung vom 12. April 2010 (Bd. VI, Bl. 1340 ff.) mehr als ausweichend geäußert: Es sei ihm darum gegangen, die Aktien die an Ca. veräußert worden waren, zurückzuerhalten, außerdem sollten die Eigentumsverhältnisse bis zum 31.12.2005 geklärt sein. Objektive Umstände, die das von dem Beklagten zu behauptete "gentlemans agreement" erhärten würden, sind nicht ersichtlich. Welches Motiv zutrifft oder ob es etwa ein anderes, von keiner Partei vorgetragenes gab, lässt sich definitiv nicht feststellen. Das Landgericht ist dem mit Recht nicht weiter nachgegangen. Auch die Anzahl der im Laufe der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen und Durchsuchungen zu Tage geförderten Vertragsexemplare ist ein Indiz für die Authentizität der Unterschrift des Beklagten zu 1. Dass im Verlauf der Ermittlungen immer weitere Exemplare gefunden wurden, stellt der Beklagte zu 1 nicht in Abrede. Die Annahme des Landgerichts, es wäre ungewöhnlich, eine Vielzahl gänzlich unnötiger Vertragsexemplare zu fälschen, ist tragfähig. Der Senat teilt die Auffassung, dass ein Fälscher sich regelmäßig darauf beschränken wird, nur die unbedingt erforderliche Anzahl von Urkunden zu fälschen, um kein unnötiges Risiko einzugehen. Auf die Frage, wie viele Exemplare am 22. Dezember 2005 unterzeichnet wurden, kommt es

für die Tragfähigkeit dieses Indizes nicht an. Überdies steht nicht fest, wie viele Vertragsexemplare am 22. Dezember 2005 unterzeichnet wurden (dazu sogleich).

255

Soweit die Berufung rügt, das Landgericht habe der Parteianhörung des Geschäftsführers der Klägerin und des Drittwiderbeklagten schon wegen der entgegenstehenden Aussagen der Zeugen B. und KI. nicht folgen dürfen, trifft dies nicht zu. Der Grundsatz der Waffengleichheit, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses und eines wirkungsvollen Rechtsschutzes erfordern, dass einer Partei, die - wie die Klägerin - für ein Vier-Augen-Gespräch keinen Zeugen hat, Gelegenheit gegeben wird, ihre Darstellung des Gesprächs in den Prozess persönlich einzubringen. Zu diesem Zweck ist die Partei gemäß § 448 ZPO zu vernehmen oder gemäß § 141 ZPO anzuhören (BGH, Urt. v. 14. Mai 2013 – VI ZR 325/11, Rn. 10 m. w. N.). Diese Grundsätze gelten auch, wenn es sich um ein Sechs-Augen-Gespräch handelt, bei dem der allein zur Verfügung stehende Zeuge im Lager des Prozessgegners steht (BGH, Urt. v. 14. Mai 2013 – VI ZR 325/11, Rn. 10). Die vorliegende Situation ist einem "Vier-oder Sechs-Augen-Gespräch" vergleichbar. An den Gesprächen am Abend des 22. Dezember 2005 haben fünf Personen teilgenommen. Die beiden, die auf Seiten der Klägerin teilgenommen haben, ihr Geschäftsführer und der Drittwiderbeklagte, können nicht als Zeugen vernommen werden. Die beiden anderen waren die Rechtsberater des Beklagten zu 1 und der von ihm vertretenen Gesellschaften und stehen damit in seinem Lager.

256

Es gibt keinen Grundsatz, dass Rechtsanwälte immer die Wahrheit sagen; überdies ist auch der Drittwiderbeklagte Rechtsanwalt. Ebenso gibt es keinen Grundsatz, dass wegen Wirtschaftsstraftaten Angeklagte immer die Unwahrheit sagen. Die Richtigkeit der Aussagen ist vielmehr in beiden Fällen stets zu untersuchen und zu begründen. Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht ausgegangen.

257

Soweit die Berufung ausführt, der Drittwiderbeklagte sei nicht glaubwürdig, zeigt sie damit keine Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten der Beweiswürdigung des Landgerichts auf. Sie setzt vielmehr ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts und meint, vermeintliche oder tatsächliche Widersprüche machten die Aussage insgesamt unglaubhaft. Das trifft bereits im Ansatz nicht zu. Widersprüche oder auch Unrichtigkeiten im Randgeschehen lassen keine Schlussfolgerungen auf die Glaubhaftigkeit der Aussage im Hinblick auf das Kerngeschehen zu. Überdies bestehen die Widersprüche nicht oder werden sie von dem Beklagten überbewertet: Die Aussagen zur Aushändigung der Vertragsexemplare sind nicht widersprüchlich. Es war vereinbart, dass der Vertrag nicht ausgehändigt sondern treuhänderisch verwahrt werden sollte, gleichwohl wäre der Drittwiderbeklagte einer entsprechenden Anweisung eines Vertragspartners nachgekommen. Was an dieser Äußerung widersprüchlich sein soll, erhellt die Berufung nicht. Einen Anspruch auf Einsichtnahme des Vertrages durch die Vertragsparteien gegen den Drittwiderbeklagten wird wohl auch sie nicht verneinen wollen. Diesen Anspruch hätte der Drittwiderbeklagte durch Übersendung eines Vertragsexemplars – oder auch einer Kopie – erfüllen können. Die Anzahl der

Vertragsausfertigungen steht nicht fest, spricht mithin auch nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage des Drittwiderbeklagten. Der Zeuge B. konnte nicht erinnern, wie viele Exemplare unterzeichnet worden sind und konnte nicht ausschließen, dass fünf Exemplare unterzeichnet wurden. Die Aussage des Zeugen KI. hat das Landgericht, was die Anzahl der Vertragsexemplare angeht, mit Recht für nicht glaubhaft erachtet. Der Zeuge erklärte mehrfach, keine konkrete Erinnerung zu haben – weder an Gesprächsinhalte noch den tatsächlich unterzeichneten Vertrag noch vorangegangene Verhandlungen. Er konnte nur angeben, dass ein einziges Vertragsexemplar unterzeichnet worden sei, wobei er im Hinblick auf die Paraphierung von seiner Aussage im Rahmen der staatsanwaltlichen Vernehmungen abgewichen ist. Eine derartige Aussage reicht für eine Überzeugungsbildung nicht aus. Dass der Drittwiderbeklagte abstreitet, dass der Vertrag in einer fingierten Akte versteckt werden sollte, ist für die Glaubhaftigkeit seiner Aussage im Kerngeschehen – Authentizität der Unterschriften – ohne Belang. Dass der tatsächlich geschlossene Vertrag körperlich verbunden worden ist, hat keine der am Vertragsschluss beteiligten Personen ausgesagt. Der Zeuge KI. hat seine im Rahmen der staatsanwaltlichen Vernehmung gemachte Aussage, der tatsächlich geschlossene Vertrag sei paraphiert worden, im Rahmen seiner zeugenschaftlichen Vernehmung im hiesigen Verfahren nicht aufrechterhalten, sondern relativiert. Er hat angegeben, sich nicht mehr erinnern zu können. Ob seine Aussage vor der Staatsanwaltschaft richtig gewesen sei, konnte er nicht bestätigen; er konnte nur angeben, dass er sich mit dem Protokoll "gut gefühlt" habe. Das Landgericht hat diese Aussage mit Recht für unbrauchbar erachtet. Die von der Berufung angestellten Zweifel an der Plausibilität des Verhaltens des Drittwiderbeklagten zeigen keine Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten in den landgerichtlichen Feststellungen auf.

258

Soweit die Berufung ausführt, auch der Geschäftsführer der Klägerin sei nicht glaubwürdig, zeigt sie damit keine Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten der Beweiswürdigung des Landgerichts auf. Sie setzt vielmehr ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts und meint, vermeintliche oder tatsächliche Widersprüche machten die Aussage insgesamt unglaubhaft. Zur Aufbewahrung der Vertragsausfertigungen und zu deren Anzahl gilt das zur Aussage des Drittwiderbeklagten Gesagte entsprechend.

259

Eigeninteressen verfolgen alle fünf Personen, die an dem Gespräch teilgenommen haben. Dies gilt insbesondere für die Zeugen B. und KI., die anwaltlichen Berater des Beklagten zu 1 und der von ihm vertretenen Gesellschaften. Sie haben nicht dafür gesorgt, dass der Beklagte zu 1 oder einer von ihnen treuhänderisch für ihn ein Exemplar des tatsächlich unterzeichneten Vertrages erhält. Den "sichersten Weg" haben sie mit dieser Art von Beratung verlassen, sie sind dem Beklagten zu 1 möglicherweise zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er diesen Prozess wegen ihrer Nachlässigkeit verlieren sollte. Überdies schließen Eigeninteressen es nicht aus, eine Aussage für glaubhaft zu erachten.

260

Dass das Landgericht die Aussagen der Zeugen KI. und B. als nicht ausreichend erachtet hat, die durch die weiteren von ihm herangezogenen Indizien gestützten Aussagen des Geschäftsführers der Klägerin und des Drittwiderbeklagten zu widerlegen, ist nicht zu beanstanden. Die Aussagen sind, was die Unterschrift des Beklagten zu 1 unter dem als Anlage K9 eingereichten Vertrag angeht, unergiebig. Der Zeuge KI. hat, wie oben bereits dargelegt, mehrfach betont, keine genaue Erinnerung an den Verlauf des Abends und der Gespräche mehr zu haben. Die aus dem Zusammenhang gerissenen in der Berufungsbegründung zitierten Bruchstücke seiner Aussage machen sie nicht ergiebig. Zu den insoweit angeführten Passagen, die sich mit der Frage einer "Schubladenvereinbarung" befassen, wird im Rahmen des Scheingeschäfts zurückzukommen sein.

261

Vor allem aber hat das Landgericht zu Recht die "Gemeinsame Erklärung" (Anlage K232; hinsichtlich M. K10) und ihre Wiederholung vom 17. November 2006 (K14) als Indizien für die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Geschäftsführers der Klägerin und des Drittwiderbeklagten herangezogen. Dass der Beklagte zu 1 am 22. Dezember 2005 eine derartige Anweisung gab, ist unstrittig. Dies hat er selbst in seiner Anhörung am 12. April 2010 (Blatt 1399 ff. GA) bestätigt. Auf die Frage, ob die von der Klägerin als Original vorgelegte "Gemeinsame Erklärung" Schattenspur hat, kommt es damit nicht an. Entscheidend ist, dass der Beklagte zu 1 die "Gemeinsame Erklärung" abgegeben hat.

(2)

262

Überdies steht fest, dass die Parteien einen Vertrag mit einem sich aus Anlage K9 ergebenden Inhalt geschlossen haben, weil dies gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als unstrittig anzusehen ist. Der Beklagte zu 1 muss den von der Klägerin behaupteten Inhalt des Vertrags qualifiziert bestreiten; er kann sich nicht auf einfaches Bestreiten zurückziehen. Er kann den Inhalt des Vertrages auch nicht mit Nichtwissen bestreiten.

(a)

263

Nach § 138 Abs. 2 und 3 ZPO hat sich jede Partei über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären; Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, sofern nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. Hieraus folgt, dass eine Partei, soll ihr Vortrag beachtlich sein, auf Behauptungen des Prozessgegners unter Umständen substantiiert zu erwidern hat (BGHZ 100, 190, 195, juris-Rn. 18; BGH, Urt. v. 11. Juni 1985 – VI ZR 265/83, juris-Rn. 16, NJW-RR 1986, 60; Urt. v. 27. September 2007 – VII ZR 198/06, NJW-RR 2008, 112 Rn. 7). Dies setzt allerdings voraus, dass sich die behaupteten Vorgänge in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben (BGH, Urt. v. 11. Juni 1985 – VI ZR 265/83, aaO; Urt. v. 27. September 2007 – VII ZR 198/06, aaO) und es ihr zuzumuten ist, nähere Angaben zu machen (BGHZ 100, 190, 195, juris-Rn. 18; BGH, Urt. v. 27. September 2007 – VII ZR 198/06, aaO).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann der Beklagte zu 1 den von der Klägerin behaupteten Inhalt des am 22. Dezember 2005 geschlossenen Vertrages nicht einfach bestreiten. Der Vertragsschluss hat sich im Wahrnehmungsbereich des Beklagten zu 1 abgespielt. Er hat den Vertrag vom 22. Dezember 2005 persönlich und in Anwesenheit seiner rechtlichen Berater, der Zeugen B. und KI., geschlossen. Auch der Inhalt des Vertrages liegt in seinem Wahrnehmungsbereich; er hat an den Vertragsverhandlungen am 22. Dezember 2005 teilgenommen und am Ende einen Vertrag unterzeichnet. Dass der Beklagte von seiner Möglichkeit, den Inhalt des Vertrages wahrzunehmen, keinen Gebrauch gemacht haben will, ist für die Tatsache, dass er tatsächlich in seinem Wahrnehmungsbereich lag, ohne Belang. Überdies ist die nicht weiter belegte Behauptung des Beklagten zu 1, er habe den Verhandlungen und dem Inhalt des schlussendlich von ihm unterzeichneten Vertrages keine Aufmerksamkeit geschenkt, unglaublich und damit unbeachtlich. Er hat im Vorfeld des Vertragsschlusses mit dem Geschäftsführer der Klägerin verhandelt. Er hat seinem Rechtsanwalt B. vorgegeben, wie der Vertrag ausgestaltet werden sollte. Ferner ging es um die "Überlassung" von ca. 3,68 Mio T. Aktien (2.486.400 an F. + 1.196.552 an M.), die zum damaligen Zeitpunkt mit einem Wert von über 50 Mio. Euro an der Börse gehandelt wurden. Des Weiteren hat der Beklagte zu 1 angegeben, das Schreiben vom 17. November 2006 nur verfasst zu haben, um der Vereinbarung nach außen den Anstrich der Ernsthaftigkeit zu geben; er muss sich also im November 2006 noch über den Inhalt des Vertrages im Klaren gewesen sein. Vor diesem Hintergrund ist die Einlassung des Beklagten zu 1, er habe den Inhalt des Vertrages gar nicht richtig mitbekommen, als reine Schutzbehauptung zu werten und unglaublich.

Es ist dem Beklagten zu 1 auch zuzumuten, nähere Angaben zu machen. Es ist zwischen ihnen unstreitig, dass die Klägerin und der Beklagte zu 1 unter Einschaltung der sie beratenden Rechtsanwälte, aber auch der Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagte zu 1 in einem Telefonat über den Inhalt des Vertrages verhandelt haben. Es ist zwischen ihnen weiter unstreitig, dass am 22. Dezember 2005 in den Kanzleiräumen des Drittwiderbeklagten tatsächlich ein Vertrag geschlossen wurde. Im Januar sind sodann 2.468.400 Aktien der T. AG in das Depot der F. und 1.196.552 Aktien der T. AG in das Depot der M. bei der FSK eingebucht worden; hierbei ist zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 unstreitig, dass diese Aktien von einem Depot der Klägerin bei der UBS Z. stammten. Zwischen ihnen ist unstreitig, dass sie und F./M. am 22. Dezember 2005 gemeinsame Erklärungen abgegeben haben, die den Inhalt der als Anlagen K232 und K10 eingereichten "Gemeinsamen Erklärung" hatte und schließlich ist unstreitig, dass der Beklagte zu 1 den Inhalt der "Gemeinsamen Erklärung" mit Schreiben vom 17. November 2006 (K14) wiederholte. Damit ergibt sich folgendes – unstreitiges – Bild: Die Parteien verhandelten über eine "Überlassung" von Aktien der Klägerin an F./ M., sie schlossen einen – wie auch immer rechtlich ausgestalteten – Vertrag, der diese "Überlassung" regelte, die Klägerin stellte F./M. die Aktien auch tatsächlich zur Verfügung und die Gesellschaften sowie MH persönlich verpflichteten sich, die Aktien am 30. November 2006 zurück zu liefern. Damit ist das Kerngeschehen nicht im Streit. Gründe, warum es dem Beklagten zu 1 angesichts dieser Situation nicht zuzumuten sein sollte, sich substantiiert zu dem Inhalt des am 22. Dezember 2005 geschlossenen Vertrages zu äußern, sind nicht ersichtlich.

266

Für die Auffassung, der Beklagte zu 1 müsse substantiiert bestreiten, spricht auch, dass in der Berufungsbegründung anklingt, nach Auffassung des Beklagten zu 1 sei keine BGB-Leihe, sondern eine Aktienleihe, also ein Sachdarlehen vereinbart worden. Träfe dies zu, wären F./M. und aufgrund der Garantieerklärung auch der Beklagte zu 1 verpflichtet, der Klägerin die darlehensweise überlassenen Aktien zurück zu gewähren (§ 607 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Parteivortrag wäre äquipollent, Beweis müsste nicht erhoben werden. Dürfte der Beklagte zu 1 in dieser Situation einfach bestreiten, müsste er die Aktien, wenn der Klägerin der ihr obliegende Beweis nicht gelingen sollte, nicht zurückgewähren. Das widerspricht jedoch beiden "Gemeinsamen Erklärungen".

(b)

267

Der Beklagte zu 1 kann den Inhalt des am 22. Dezember 2005 geschlossenen Vertrages nicht mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) bestreiten. Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nach § 138 Abs. 4 ZPO nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

268

Nach dem Vorstehenden war der Inhalt des am 22. Dezember 2005 geschlossenen Vertrages Gegenstand der Wahrnehmung des Beklagten zu 1. Sofern sein Vortrag dahin zu verstehen sein sollte, er habe den Inhalt des Vertrages vergessen, weil ihm kein Vertragsexemplar ausgehändigt worden sei, berechtigt ihn dies nicht zum Bestreiten mit Nichtwissen.

269

Für die Beurteilung, ob ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist, kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt an, in dem sich die Partei im Prozess zu erklären hat. Vermag sie sich etwa an einen lange zurückliegenden (Alltags)-Vorgang - nach der Lebenserfahrung glaubhaft - nicht mehr zu erinnern, ist es zulässig, dass sie diesen mit Nichtwissen bestreitet. Allerdings trifft die Partei in diesem Zusammenhang eine Informationspflicht. Sie ist verpflichtet, die ihr zugänglichen Informationen in ihrem Unternehmen und von denjenigen Personen einzuholen, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind (BGH, Urt. v. 19. April 2001 - I ZR 238/98, NJW-RR 2002, 612).

270

Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze kann der Beklagte zu 1 den Inhalt des von ihm am 22. Dezember 2005 geschlossenen Vertrages nicht mit Nichtwissen bestreiten. Es ist nach der Lebenserfahrung bereits nicht glaubhaft, dass der Beklagte zu 1 den Inhalt des Vertrages vergessen haben könnte. Es gab im Vorfeld des Vertragsschlusses intensive Verhandlungen. Der Vertrag regelte die "Überlassung" von Aktien, die an der Börse mit einem zweistelligen Millionenbetrag bewertet wurden. Der Beklagte zu 1 verfasste noch am 17. November 2006, also vier Monate vor der Zustellung der

Klage, ein Schreiben, um den Inhalt des Vertrages nach außen zu dokumentieren. Überdies trifft den Beklagten zu 1 eine Informationspflicht. Der Vertrag ist auf dem Laptop seines anwaltlichen Beraters, des Zeugen B. verfasst worden. Er hätte sich von diesem jederzeit eine Abschrift des Vertrages besorgen können. Dass dies im März/April 2007 nicht möglich gewesen wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Und schließlich hätte der Beklagte zu 1 mündliche Auskünfte seiner beiden Anwälte - der Zeugen B. und KI. - einholen müssen, um von Ihnen den Inhalt des Vertrages zu erfragen.

bb)

271

Der Vertrag ist nicht nach § 117 BGB nichtig.

272

Ob ein Rechtsgeschäft wirklich gewollt oder nur zum Schein geschlossen wird, hängt davon ab, ob die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen, oder ob sie ein ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft für notwendig erachten. Wollen die Parteien übereinstimmend nur den äußeren Anschein eines Rechtsgeschäfts erzeugen, dessen Rechtswirkungen aber nicht eintreten sollen, sind die von ihnen abgegebenen Erklärungen wirkungslos. Setzt der von den Parteien angestrebte Zweck dagegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraus, spricht dies umgekehrt gegen eine bloße Simulation (BGH, Urt. v. 20. Juli 2006 – IX ZR 226/03, NJW-RR 2006, 1555, 1556 Rn. 11 mit umfassenden weiteren Nachweisen).

273

Der Beklagte zu 1 hat die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts schon nicht schlüssig dargelegt. Er beschränkt sich darauf vorzutragen, der Vertrag sei nur für die "Schublade" gedacht gewesen. Er hätte nach dem 30. November 2006 vernichtet werden sollen. Dieser Vortrag reicht für die Annahme eines Scheingeschäfts jedoch nicht aus. Er erlaubt nicht den Schluss, dass zwischen der Klägerin und F. bzw. dem Beklagten zu 1 nicht gewollt gewesen wäre, dass die Aktien zum 30. November 2006 zurückgeliefert werden. Vielmehr legt der Vortrag das Gegenteil nahe: Der Vertrag hatte die sichtbare Folge, dass Aktien in das Depot der F. bei der Beklagten zu 3 eingebucht wurden. Er sollte des Weiteren die Rückabwicklung der "Überlassung" der Aktien sichern und nach dieser Rückabwicklung vernichtet werden. Dann aber war die Rückabwicklung ernstlich gewollt. Insbesondere sprechen die "Gemeinsame Erklärung" (Anlage K232) und ihre Wiederholung vom 17. November 2006 (Anlage K14) als Indizien für die Ernsthaftigkeit des Geschäfts: F. sollte die Aktien tatsächlich zurück liefern.

274

Überdies hat das Landgericht nach der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme nicht festgestellt, dass der Vertrag nur zum Schein abgeschlossen sein sollte. An diese Feststellung ist das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) gebunden.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellungen zeigt die Berufung nicht auf. So hat der Zeuge B. in seiner Vernehmung am 9. November 2010 mehrfach geäußert, es sei nur darum gegangen "eine Papierlage" zu schaffen. Diese Aussage ist bereits inhaltlich unergiebig. Der Zeuge erläutert nicht, welche "Papierlage" geschaffen werden sollte, was die Parteien tatsächlich wollten und was sie in dem Vertrag niederlegten. Er beschränkt sich darauf, eine Einschätzung wiederzugeben. Gleiches gilt für die Aussage des Zeugen KI.. Dieser hat ausgesagt, es sei ihm im Laufe des Abends klar geworden, dass ein Scheingeschäft abgeschlossen werden sollte. Der Vertrag habe nicht nach außen dringen sollen. Der Scheingeschäftscharakter sei ihm nach und nach bewusst geworden. Begründen konnte er seine Einschätzung nicht. Überdies hat sich das Landgericht zu Recht auch in diesem Punkt nicht von der Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugen KI. und B. überzeugen können. Ihre Aussagen beschränken sich auf die juristische Schlussfolgerung; Details fehlen. Die Berufung legt des Weiteren nicht dar, warum das Landgericht den beiden Zeugen hätte glauben müssen.

cc)

275

Dass der Beklagte zu 1, wie er behauptet, bei Abschluss des Vertrages nicht berechtigt war, die Beklagte zu 2 (K. Consulting AG, damaliger Vorstand Arne G.) zu vertreten, ist für die Wirksamkeit des Vertrages vom 22. Dezember 2005 ohne Belang. § 139 BGB ist nicht einschlägig; es ist anzunehmen, dass der Vertrag auch zwischen der Klägerin, F. und dem Beklagten zu 1 allein geschlossen worden wäre. Die jeweiligen Verpflichtungen sind trennbar. Der Beklagte zu 1 hat sich gegenüber der Klägerin im Rahmen eines Schuldbeitritts verpflichtet; die daraus folgenden Ansprüche hängen von Ansprüchen der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 nicht ab. Die Klägerin hätte auch ohne die Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 einen gem. § 488 BGB gesetzlichen Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 2 in Höhe von 3.333.138,89 € gehabt (vgl. die Darlehensabrechnung v. 21. Dezember 2005, Anl. K7). Es ging der Klägerin von einem objektivierten Horizont her für den Beklagten zu 1 erkennbar auch gerade darum, dass der Beklagte zu 1 ihr gegenüber selbständig haftete. Überdies ist der Vortrag auch unerheblich, weil der Beklagte zu 1, wenn er von der Beklagten zu 2. nicht bevollmächtigt worden sein sollte, der Klägerin für deren Verpflichtungen nach § 179 Abs. 1 BGB haftete. Sein Vortrag wäre äquipollent.

dd)

276

Der Höhe nach kann die Klägerin für den Verlust ihrer 1.864.800 T. Aktien keinen Schadensersatz in Geld mehr verlangen, weil ein greifbarer Wert dieser Aktien zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (10. April 2014) zur Überzeugung des Senats nicht mehr festgestellt werden kann. Unstreitig werden die Aktien der T. AG seit langem nicht mehr an einer deutschen Börse gehandelt. Die Aktie ist letztmalig außerbörslich am 22. August 2013 an der NASDAQ zum Kurs von 0,0001 USD gehandelt worden (vgl. Anlagen BB (3) – 2, BB 1-1 und BB 1-2). Aus diesen Anlagen (Beklagter zu 1. Anlage BB 1-2; Beklagte zu 3. Anlage BB 3-2) ergibt sich, dass damals nur 200 Stück T. Aktien zum Kurs von 0,0001 USD an der NASDAQ gehandelt worden sind. Danach hat es bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung

am 10. April 2014 keinen weiteren Handel mit T. Aktien mehr gegeben. Die Übersicht der Beklagten zu 3. (Anlage BB 3-2, Bl. 3148) weist deshalb auch ab dem 22. August 2013 (21:44 Uhr) einen aktuellen Kurs von 0,0 USD aus. Dies entspricht auch dem Auskunftsportal "OnVista" (Anlage BB 1-2, Bl. 3341), das ebenfalls von einem aktuellen Wert von 0,0 USD ab dem 22. August 2013, 21:44 Uhr ausgeht. Entsprechend den von den Beklagten eingereichten Unterlagen geht der Senat - letztlich auch vor dem Hintergrund des laufenden Insolvenzverfahrens der T. AG - davon aus, dass aktuell die Aktien der T. AG weder börslich noch außerbörslich keinen Abnehmer mehr finden werden. Mangels konkreter Anhaltspunkte ist dem Senat eine anderweitige Schätzung des Wertes auch nicht möglich. Im Ergebnis ist deshalb der aktuelle Wert der streitgegenständlichen Aktien mit 0 anzusetzen.

277

Es wäre in dieser Situation Sache der Klägerin gewesen, einen höheren außerbörslichen Kurswert der T. Aktie an der NASDAQ zum 10. April 2014 darzulegen. Dies hat die Klägerin aber nicht getan. Sie hat vielmehr auf die Aufforderung des Senats, zu dem aktuellen Wert der T.-Aktien vorzutragen, nicht reagiert. Dies fällt ihr zur Last.

278

Die Klägerin ist nicht an ihr Verlangen nach Naturalrestitution gebunden.

279

Die Klägerin kann Schadensersatz in Geld verlangen. Auch wenn dem Geschädigten der Nichterfüllungsschaden zu ersetzen ist, kann er im Falle des Verlusts vertretbarer Sachen allerdings nach § 249 Abs. 1 BGB Naturalrestitution verlangen (BGH, Urt. v. 15. Mai 2008 – III ZR 170/07, WM 2008, 1280, 1281 Rn. 11; Urt. v. 3. Juli 2008 – I ZR 218/05, NJW-RR 2009, 103, 104 Rn. 21; Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. § 5 III 1). Ob ein Wahlrecht zwischen Naturalrestitution und Geldentschädigung besteht (BGH, Urt. v. 15. Mai 2008 – III ZR 170/07, aaO) oder Geldentschädigung nur unter den Voraussetzungen der § 249 Abs. 2, § 250, § 251 BGB verlangt werden kann (BGH, Urt. v. 3. Juli 2008 – I ZR 218/05, aaO Rn. 22), kann dahinstehen, da die Voraussetzungen des § 250 BGB erfüllt sind. Eine Fristsetzung (vgl. § 250 Satz 1 BGB) war entbehrlich, weil die Klägerin zunächst auf Lieferung der Aktien geklagt und der Beklagte zu 1 diese verweigert hat.

280

Die Klägerin war an die Wahl der Naturalrestitution nicht gebunden. Im Grundsatz gilt allerdings § 263 Abs. 2 BGB. Hiernach gilt die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete. So kann ein Geschädigter, wenn er die Wahl zwischen Geldentschädigung und Naturalrestitution hat, von der Wahl der Geldentschädigung nicht wieder abrücken und ist an sie gebunden (BGHZ 66, 239, 246, juris-Rn. 23; RG JW 1937, 1145; OLG Stuttgart VersR 1978, 188, 189). Dies gilt umgekehrt aber nicht, vielmehr kann der Geschädigte zu einer anderen Berechnungsart, insbesondere von der Naturalrestitution zur Geldentschädigung, übergehen (BGH, Urt. v. 29. Oktober 1952 – II ZR 47/52, NJW 1953, 337; Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. § 5 IV 4 – Seite 227. Zweifelnd: BGHZ 66, 239, 246).

281

Gem. § 1 Ziff. 1.2.1 und Ziff. 1.3 des Vertrages vom 22. Dezember 2005 war die Leistung der F. (mithin auch des Beklagten zu 1 im Wege des persönlichen Schuldbeitritts) zwar davon abhängig (§ 320 BGB), dass die Klägerin den vereinbarten Kaufpreis von 3,45 Mio. Euro zahlt (der in Höhe von 3.333.138,89 € mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 2 verrechnet werden durfte). Gem. § 1 Ziff. 1.3.2 des Vertrages stand die Kaufpreiszahlung jedoch unter dem Vorbehalt der Pfandfreistellung hinsichtlich der streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien. Eine solche Pfandfreistellung ist zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Voraussetzung für ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB ist die Fälligkeit der Gegenforderung. Mangels Fälligkeit der Kaufpreisforderung von 3,45 Mio. € kann sich der Beklagte zu 1 mithin nicht auf ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht berufen.

b)

282

Der Klägerin steht gegen den Beklagten auch kein Anspruch auf Schadensersatz wegen der verspäteten Leistung der mit der Klage zunächst geforderten 1.864.800 Aktien aus § 280 Abs. 1, Abs. 2, § 286 BGB zu.

283

Zwar befand sich der Beklagte zu 1 mit der Leistung der Aktien in Verzug. Der Klägerin ist aber kein ersatzfähiger Schaden entstanden.

aa)

284

Nach dem Vorstehenden war F. verpflichtet, der Klägerin die geliehenen Aktien am 30. November 2006 frei von Rechten Dritter zurückzuliefern. Das war ihr unmöglich, weil sie Aktien zum einen am 28. Februar/3. März 2006 an die Beklagte zu 3 verpfändet und sie zum anderen in der Zeit von Juli bis September 2006 über die Börse an unbekannte Dritte veräußert hatte. Aus diesem Grund stand der Klägerin gegen F. ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 283 BGB zu, der sich (auch) gemäß § 249 Abs. 1 BGB nach Wahl der Klägerin auf Naturalrestitution, nämlich Lieferung von Aktien richtete. Da der Beklagte zu 1 in dem Vertrag vom 22. Dezember 2005 garantiert hatte, dass F. ihre Verpflichtungen erfüllen würde, haftete er der Klägerin nach dem Vorstehenden ebenfalls auf Schadensersatz in Form der Naturalrestitution. Diesen Anspruch erfüllte der Beklagte zu 1 bis zur Klageänderung nicht.

285

Da die Klägerin auf Erfüllung der Schadensersatzverpflichtung klagte, war eine Nachfristsetzung entbehrlich; der Beklagte zu 1 war zum Zeitpunkt der Klageänderung mit der Erfüllung seiner Verpflichtung zum Schadensersatz in Verzug.

bb)

286

Der Klägerin ist jedoch kein ersatzfähiger Schaden entstanden. Die Klägerin beabsichtigte nicht, die Aktien zu veräußern. Überdies kann der Schaden nicht anhand des Börsenkurses berechnet werden, zu dem tatsächlichen Wert der Aktien hat die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen.

(1)

287

Ein Schaden, der auf der verzögerten Lieferung der Aktien beruht, setzt voraus, dass die Klägerin überhaupt beabsichtigte, die Aktien zu veräußern. Fehlte es an dieser Absicht, so könnte die verspätete Lieferung entfallen, ohne dass der Klägerin aus ihr ein weiterer Schaden entstanden wäre. Zur Ermittlung des Schadens ist das aktuelle Vermögen mit dem Vermögen zu vergleichen, dass der Geschädigte unter Hinzudenken des schädigenden Ereignisses hätte. Hätte der Beklagte zu 1 die Aktien vertragsgemäß geleistet, so änderte sich das Vermögen der Klägerin nicht. Sie hätte 1.864.800 Aktien der T. AG (von der F.) in ihrem Besitz, die nur den heutigen – sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergebenden – Wert hätten. Ein Schaden entsteht ihr erst, wenn sie beabsichtigte, die Aktien zu veräußern.

288

Die Klägerin wollte die Aktien vorliegend jedoch nicht veräußern. Sie wollte mit ihnen bestimmenden Einfluss auf die T. AG ausüben. Das war in erster Instanz unstrittig.

289

Soweit die Klägerin erstmals im Berufungsrechtszug unter Beweisantritt behauptet, sie habe die Aktien der F. und der M. im Dezember 2006 an der Börse kursschonend veräußern wollen, steht dies im Widerspruch zu dem unstrittigen Vortrag in der ersten Instanz sowie zu ihrem tatsächlichen Verhalten nach dem 30. November 2006.

290

Im ersten Rechtszug ist unstrittig geblieben, dass die Klägerin nicht beabsichtigte, die von der M. und der F. zum 30. November 2006 zurückzuliefernden Aktien an der Börse zu veräußern. Die Klägerin hat den mehrfach entgegengesetzten Vortrag der Beklagten zu 3. zur fehlenden Veräußerungsabsicht nicht nur durch Schweigen zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO), sondern sogar ausdrücklich unstrittig gestellt.

291

Die Historie des Vortrags der Klägerin im ersten Rechtszug stellt sich wie folgt dar:

292

- Mit der Klagschrift vom 15.2.2007 (Seite 50) hat die Klägerin ausdrücklich erklärt, dass sie - ohne die behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten - noch Eigentümerin der 1.864.800 T. Aktien gewesen wäre.

293

- Mit Schriftsatz vom 29. April 2008 hat die Klägerin ihren Anspruch auf Herausgabe der Aktien auf Schadenersatz in Geld umgestellt. Zu einer vermeintlichen Veräußerungsabsicht nach dem 30. November 2006 fehlt jeder Vortrag.

294

- Mit Schriftsatz vom 10. Juni 2008 hat die Beklagte zu 3 ausdrücklich vorgetragen, dass die Klägerin überhaupt nicht vorhatte, die Aktien der M. und der F. zu verkaufen.

295

- Mit Schriftsatz vom 31. März 2010 hat die Klägerin den Vortrag der Beklagten zu 3 aus dem Schriftsatz vom 10. Juni 2008 nicht bestritten und zu einer etwaigen Veräußerungsabsicht nichts vorgetragen.

296

- Mit Schriftsatz vom 29. Juli 2010 hat die Beklagte zu 3 nochmals vorgetragen (S. 65 des Schriftsatzes), dass die Klägerin überhaupt nicht vorhatte, die von der F. und M. zurückerhaltenen Aktien zu verkaufen.

297

- Die Klägerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 4. Oktober 2010 (S. 126) Folgendes erklärt:

298

... Es handelt sich hierbei um einen Marktpreis, sodass unerheblich ist, ob eine Veräußerung auf einen Schlag Einfluss auf den Aktienkurs der T. AG gehabt hätte. Die Klägerin wollte und konnte aufgrund des "Lock up" ihre Aktien nicht verkaufen. Darum geht es hier vorliegend allerdings nicht, sondern vielmehr um eine Schadensberechnung aufgrund eines vertragswidrigen Verkaufs der Beklagten im Rahmen eines kollusiven Zusammenwirkens. ..."

299

Die Auslegung der v.g. prozessualen Erklärungen im ersten Rechtszug ergibt, dass die Klägerin weder während der Lock Up Phase noch unmittelbar danach die Aktien veräußern wollte. Schließlich hat sie selbst mit der Klagschrift vom 15. Februar 2007 vorgetragen, dass sie zum damaligen Zeitpunkt noch Eigentümerin der 1.864.800 T. Aktien gewesen wäre. Überdies ist dem ausdrücklichen Zugestehen der fehlenden Veräußerungsabsicht für einen bestimmten Zeitraum – Lock-Up-Phase – nicht die Absicht zu entnehmen (vgl. § 138 Abs. 3 ZPO), sie für die übrige Zeit bestreiten zu

wollen. Des Weiteren ist die Klägerin darlegungsbelastet. Die Behauptung einer Veräußerungsabsicht lässt sich ihrem Vortrag aber an keiner Stelle entnehmen.

300

Damit ist im ersten Rechtszug unstrittig geblieben, dass die Klägerin die M.- und F.-Aktien nach dem 30. November 2006 nicht veräußern wollte.

301

Hierfür sprechen im Übrigen auch weitere Umstände, insbesondere das tatsächliche Verhalten der Klägerin nach dem 30. November 2006. Zu Recht tragen die Beklagten vor, dass als negatives Signal an der Börse bewertet worden wäre, wenn die Klägerin als Hauptaktionärin und damit FT als Gründer und Vorstandsvorsitzender der T. AG unmittelbar nach der Lock Up-Periode über 3 Mio. Aktien an der Börse verkauft und sich damit praktisch als Träger des wirtschaftlichen Risikos verabschiedet hätte. Schließlich haben weder die Klägerin noch andere Insider der T. AG nach dem 30. November 2006 maßgebliche Aktienpakete an der Börse veräußert. Dies ergibt sich aus der Übersicht der sog. Insidertrades bei der T. AG (Anlage BB 3-3, Bl. 3150 GA). Zuletzt hatte offenbar Herr Uwe G. am 23. November 2006 ein größeres Aktienpaket verkauft (rund 16.000 Aktien), danach hat es bis April 2008 keine maßgeblichen Insiderverkäufe mehr gegeben. Die Klägerin selbst hat unstrittig die übrigen noch in ihrem Besitz befindlichen Aktien erst im April 2008 an Investoren verkauft. Die Beklagten haben bestritten, dass die Veröffentlichung des behaupteten Vertrages zwischen der T. AG und der Firma C. am 1. Juli 2007 eine günstige Gelegenheit für die Veräußerung der Aktien gewesen wäre. Aber selbst diese Gelegenheit hat die Klägerin tatsächlich nicht zum Anlass genommen, die damals in ihrem Besitz befindlichen Aktien an der Börse zu veräußern. Damit spricht auch das tatsächliche Verhalten der Klägerin nach dem 30. November 2006 im Ergebnis gegen die nunmehr behauptete Veräußerungsabsicht.

302

Der neue Vortrag der Klägerin im zweiten Rechtszug, sie hätte die Aktien nach dem 30. November 2006 sukzessive marktschonend an der Börse verkauft, ist gemäß §§ 529, 531 ZPO verspätet. Das Landgericht hat keine Hinweispflicht nach § 139 ZPO verletzt. Ein rechtlicher Hinweis ist nicht erforderlich, wenn die Partei durch eingehenden und zutreffenden Vortrag der Gegenpartei auf die Rechtslage hingewiesen worden ist (BGHZ 170, 67, 75 Rn. 19; Beschl. v. 20. Dezember 2007 – IX ZR 207/05, NJW-RR 2008, 581, 582 Rn. 2). Das Gericht ist nicht gehalten, eine Partei zu ihrem Vortrag widersprechendem Vorbringen aufzufordern. Die Beklagten haben mehrfach darauf hingewiesen, dass ein Verzögerungsschaden nur in Betracht kommt, wenn die Klägerin beabsichtigte, die Aktien zu veräußern. Hierauf reagierte die Klägerin, indem sie mit den vorstehenden Ausführungen ihre fehlende Veräußerungsabsicht unstrittig stellte.

(2)

303

Die Klägerin kann den von ihr behaupteten Schaden nicht nach einem vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung (6. Februar 2014) liegenden Börsenkurs berechnen.

(a)

304

Ein tatsächlich zu erwartender Gewinn ist nicht ersatzfähig, wenn er nur durch Verletzung eines gesetzlichen Verbots hätte erzielt werden können (BGHZ 79, 223, 231, juris-Rn. 30; BGH, Urt. v. 28. Januar 1986 – VI ZR 151/84, NJW 1986, 1486, 1487, juris-Rn. 18). Entgegen einem gesetzlichen Verbot sind solche Vorteile erlangt, wenn das einschlägige Verbotsgesetz nicht nur die Vornahme des Rechtsgeschäfts missbilligt, sondern auch dessen zivilrechtliche Wirksamkeit verhindert (BGHZ 79, 223, 231, aaO; BGH, Urt. v. 28. Januar 1986 – VI ZR 151/84, aaO). Der entscheidende Gesichtspunkt, der zur Versagung der Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns führt, ist dabei allerdings weniger die wegen des Gesetzesverstößes nach § 134 BGB eintretende Nichtigkeit des gewinnbringenden Rechtsgeschäfts als solche, sondern vielmehr der Umstand, dass die Gewinnerzielung vom Gesetz missbilligt wird (BGHZ 79, 223, 231, aaO; BGH, Urt. v. 28. Januar 1986 – VI ZR 151/84 aaO, juris-Rn. 18). Der Geschädigte kann als entgangenen Gewinn nicht fordern, was er nur mit rechtswidrigen Mitteln erlangt hätte; er soll im Wege des Schadensersatzes nicht einen Gewinn erhalten, dessen Erzielung andere gesetzliche Vorschriften gerade verhindern wollen (BGHZ 79, 223, 231, aaO; BGH, Urt. v. 28. Januar 1986 – VI ZR 151/84, aaO, juris-Rn. 18). Insoweit reicht es aus, dass andere gesetzliche Vorschriften es zumindest missbilligen, den von dem Geschädigten verlangten Gewinn zu erzielen (BGH, Urt. v. 11. Januar 1994 – VI ZR 143/93, NJW 1994, 851, 852, juris-Rn. 10).

305

Wenn der zu erwartende Gewinn nur durch Verletzung eines gesetzlichen Verbots oder unter Verletzung die Gewinnerzielung missbilligender Vorschriften erzielt werden kann, ist die Vermutung des § 252 Satz 2 BGB nicht anzuwenden (RGZ 90, 305, 306; vgl. auch BGH, Urt. v. 21. Februar 1964 – Ib ZR 108/62, NJW 1964, 1181, 1184). Die Beweislast für die Anwendbarkeit des § 252 BGB liegt bei dem Geschädigten; er muss also darlegen und beweisen, dass er den von ihm verlangten Gewinn nicht unter Verletzung die Gewinnerzielung missbilligender Vorschriften erzielt hätte. Hierzu hat er die von dem Schädiger – erweitert – darzulegenden Tatsachen, die für eine Missbilligung streiten, zu widerlegen.

(b)

306

Vorliegend ist die Vermutung des § 252 Satz 2 BGB nicht anzuwenden. § 14 WpHG missbilligt es, den von der Klägerin verlangten Gewinn zu erzielen. Das steht zur Überzeugung des Senats fest (§ 286 ZPO); auf die Frage, ob auch insoweit das Beweismaß des § 287 ZPO gilt, kommt es deshalb nicht an.

307

Die T. AG war eine reine Holdinggesellschaft. Ihr Wert wurde seit dem Jahr 2006 ausschließlich durch ihre Beteiligungen an der TAE GmbH (im Folgenden: TAE) und an der SAI (im Folgenden: SAI) sowie den gegenüber diesen beiden Gesellschaften bestehenden Forderungen bestimmt. Das ergibt sich aus dem in dem Insolvenzeröffnungsverfahren der T. AG (AG Hamburg 67g IN 148/08) erstatteten Gutachten des Rechtsanwalts Dr. Ah vom 30.06.2008 (S. 53 f. des Gutachtens). Die neu gegründete SAI erwirtschaftete Verluste in erheblicher Höhe (Seite 53 des Gutachtens). Der Wert der Anteile lag deutlich unter den gegenüber der T. AG und der TAE bestehenden Verbindlichkeiten (S. 54 des Gutachtens). Ein Wert kommt der Beteiligung der T. AG an der SAI vor diesem Hintergrund weitgehend nicht zu. Auch die Beteiligung an der TAE war weitgehend wertlos. Der TAE gelang es nach den Feststellungen des im Insolvenzeröffnungsverfahren (AG Chemnitz 15 IN 1353/08) bestellten Gutachters Rechtsanwalt Dr. Küb. während der gesamten Dauer ihrer Geschäftstätigkeit nicht, aus sich heraus wirtschaftlich zu überleben (S. 21 des Gutachtens). Sie lebte von den Zuschüssen der T. AG, die diese wiederum aus dem Börsengang erlöst hatte (S. 21 des Gutachtens). Auch diese Beteiligung war mithin weitgehend wertlos; Ansprüche der T. AG gegen die TAE waren uneinbringlich. Überdies – vor allem - ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Jahresabschlüsse der TAE der Jahre 2003, 2004 und 2005 wegen Bilanzmanipulationen nichtig waren. Das steht aufgrund der Rechtskraft des Gestaltungsurteils des Landgerichts Chemnitz vom 31. Juli 2008 (Az. 1 HK O 403/07) gegenüber jedermann fest. Aus diesem Umstand ist zwanglos zu folgern, dass die Beteiligung an der TAE bei weitem nicht den von der T. AG aktivierten Wert hatte. Die Bilanz der T. AG war im Hinblick auf den aktivierten Wert des TAE falsch. Da deren Jahresabschlüsse nichtig waren, mussten sie neu aufgestellt werden; der Wertansatz der Beteiligung an der TAE in der Bilanz der T. AG war neu festzustellen. Alles in allem lässt sich festhalten, dass die Aktiva der T. AG einen weit geringeren Wert hatten, als in ihrer Bilanz ausgewiesen. Der Kurs, zu dem die Aktien der T. AG an der Börse gehandelt wurden, konnte diese ganz erheblichen Minderwerte mangels entsprechender Kenntnisse der Börsenteilnehmer nicht berücksichtigen und gibt von daher den wahren Wert der Aktien nicht zutreffend wieder. Auf die von der Klägerin aufgeworfene Frage, welchen Wert die T. AG hatte, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an. Entscheidend ist, dass in ihrer Bilanz aktivierte Vermögensgegenstände, vor allem die Beteiligung an der TAE, nicht den aktivierten Wert hatten.

308

Die gleichwohl bestehende Möglichkeit, die Aktien über die Börse zu den jeweiligen Börsenkursen tatsächlich veräußern zu können, stellt keinen ersatzfähigen Schaden zugunsten der Klägerin dar. § 14 WpHG missbilligt es, den aus der Möglichkeit, die Aktien über die Börse veräußern zu können, herrührenden Gewinn zu erzielen. Nach § 14 WpHG sind Insidergeschäfte verboten. Es wäre unbillig, einem Insider auf dem Umweg über Schadensersatzansprüche indirekt die Früchte eines Insidergeschäfts zukommen zu lassen. Vorliegend war das Wissen um den wahren Wert der Aktiva der T. AG eine Insiderinformation im Sinne des § 13 WpHG. Die Klägerin war Insider; ihr sind über §§ 31, 166 BGB die Kenntnisse ihres Geschäftsführers und damaligen Vorstands der T. AG FT zuzurechnen. Für die Wissenszurechnung ist unerheblich, dass – nach den Recherchen der Beklagten zu 3 - ab dem 10. Juni 2008 die TPU GmbH & Co. KG Alleingesellschafterin der Klägerin geworden ist. Der Gesellschafterwechsel auf Klägerseite fand damit erst nach Abberufung von FT als Vorstand der T. AG (23. April 2008), nach der Klageänderung (29. April 2008) und

nach Insolvenzeröffnung über das Vermögen der T. AG (1. Juli 2008) statt. Bei der TPU GmbH & Co. KG soll es sich außerdem um eine Familiengesellschaft der Familie T. handeln. Die Kommanditanteile werden zu 89,95 % von FT und (seit 2013) von seinen beiden Kindern mit jeweils 5 % und seiner Ehefrau mit 0,05 % gehalten. Einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Komplementär-GmbH (TPU GmbH) ist FT (vgl. Bl. 3129 GA).

309

Soweit die Klägerin nunmehr in der Berufungsinstanz bestreitet, dass FT von den Luftbuchungen gewusst habe, ist sie mit diesem neuen Vortrag in der Berufungsinstanz ausgeschlossen. Der Beklagte zu 1 hat zu den gegen den Geschäftsführer der Klägerin und damaligen Vorstand der T. AG erhobenen Vorwürfen der Bilanzfälschung mit Schriftsatz vom 2. August 2010 ausführlich vorgetragen und auch den Vorwurf erhoben, FT habe von den Bilanzfälschungen bereits vor dem Börsengang gewusst. Dem ist die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 4. Oktober 2010 mit dem lapidaren Bemerkten entgegengetreten, die persönliche Verantwortung des Geschäftsführers hierfür in strafrechtlicher Sicht – über die organschaftliche oder moralische Verantwortung hinaus – werde nach wie vor in Abrede gestellt. Das reicht für ein Bestreiten der von dem Beklagten zu 1 behaupteten Kenntnis des FT von den Bilanzmanipulationen nicht aus. Dem Aufsichtsratsprotokoll kann man zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) entnehmen, dass er den wahren Wert der Aktiva der T. AG kannte oder zumindest wusste, dass der wahre Wert ihrer Vermögensgegenstände deutlich unter dem aktivierten lag. So spricht er in dem Aufsichtsratsprotokoll ausdrücklich davon, dass im Jahr 2002 auf Rat des Beklagten zu 1 sehr aggressiv gebucht worden sei. Es sei im Vertrauen auf die Zukunft gehandelt worden. Damit waren die Bilanzfälschungen und die entsprechende Kenntnis des Geschäftsführers der Klägerin in 1. Instanz unstrittig. Wenn die Klägerin nunmehr in Abrede nimmt, dass dieser von den Bilanzfälschungen gewusst habe, so ist sie mit diesem neuen Vortrag in der Berufungsinstanz ausgeschlossen (§ 531 Abs. 2 ZPO).

310

Überdies beschränkt sich der Vortrag auch in der Berufungsinstanz darauf, dass er von den Bilanzmanipulationen nichts gewusst habe. Dem Aufsichtsratsprotokoll lasse sich eine Kenntnis von den Bilanzmanipulationen bereits vor dem Börsengang nicht entnehmen. Das trifft aber nicht zu, wie sich dem Protokoll unschwer entnehmen lässt. Aus dem Aufsichtsratsprotokoll vom 23. April 2008 (Anlage C 57, S. 2 bis 5) ergibt sich, dass FT bereits vor dem Börsengang der T. AG im November 2005 konkrete Kenntnisse über folgende Umstände hatte:

311

- Verbuchung von Scheinforderungen (u.a. Rechnung an die No über ca. 1,3 Mio. € als sog. Luftbuchung) in den Jahren 2003 bis 2005 bei der T. AG und deren Tochtergesellschaften sowie deren teilweise Begleichung von Konten der Klägerin. Alle Forderungsbuchungen, welche Gegenstand des Ermittlungsverfahrens seien, waren nach Aussage des Strafverteidigers der Frau Gr. (Rechtanwalt Dr. Ahl.) vom Vorstand der T. AG (bestehend aus Frau Gr. und FT) "mitgetragen" worden. FT hat zugestanden, dass man dies zum Teil so sehen könne. 7 Mio € dieser

Scheinforderungen sollten im Rahmen des "Projekts P 7" von FT und dem Beklagten zu 1 zu jeweils 50% bezahlt werden.

312

- Die von der BDO AG im April/Mai 2005 durchgeführte Sonderprüfung der Forderungen auf Lieferung und Leistungen der Konzerngesellschaften wurde nicht ordnungsgemäß zu Ende geführt, um den Börsengang der T. AG nicht zu gefährden. Der Endbericht wäre eine Katastrophe für den IPO gewesen.

313

- Der Börsenzulassungsprospekt war unvollständig und teilweise falsch (insbesondere war die Nichtbeendigung der Sonderprüfung der BDO AG nicht erwähnt).

314

Ferner hat FT auf der AR- Sitzung erklärt, dass die T. AG bereits im Jahr 2002 unter starkem finanziellen Druck gestanden habe und auf Rat des Beklagten zu 1 sehr aggressive Buchungen vorgenommen worden seien. Die eingebuchten Forderungen seien nach dem Börsengang dann teilweise von einem Konto der Klägerin bezahlt worden, weil anderenfalls der Börsengang nicht hätte fortgesetzt werden können. Die Saldenbestätigungen der Firma Pi. seien vermutlich durch den Mitarbeiter Ri. gefälscht worden. Eine frühere Information des Aufsichtsrats über die v.g. Umstände wäre für die T. AG "das Aus" gewesen.

315

Es ist unstrittig, dass es bei der T. AG seinerzeit gefälschte Stempel gab, die für die falschen Saldenbestätigungen und Bilanzmanipulationen wichtig waren. Mit diesen Erklärungen und unstrittigen Umständen steht zur Überzeugung des Senats fest, dass FT die Verbuchung von Scheinrechnungen zur Steigerung der Umsatzzahlen des T. Konzerns bereits vor dem Börsengang bekannt war. Die Umsätze der T. AG und insbesondere ihrer Tochterunternehmen TAE und SAI entsprachen nicht der Realität. Den Scheinrechnungen lagen keine tatsächlichen Leistungen zugrunde. Gleichwohl wurden diese Rechnungen teilweise nach dem Börsengang über ausländische Konten der Klägerin bezahlt. Dies ergibt sich auch aus den Feststellungen des Landgerichts Hamburg gem. Urteil vom 12. Juni 2013 (Anlage BB 3-3). Die späteren Zahlungen von einem Konto der Klägerin hätten keinen Sinn ergeben, wenn FT die Scheinrechnungen und Luftumsätze vor dem Börsengang nicht bekannt gewesen wären. Es gab nämlich keinen plausiblen Grund für die nachträgliche Bezahlung dieser Rechnungen. FT wusste auch, dass die von der BDO AG im April/Mai 2005 durchgeführte Sonderprüfung deshalb nicht zu Ende geführt worden ist, weil der Abschlussbericht "eine Katastrophe für den Börsengang der T. AG gewesen wäre" (vgl. AR Protokoll vom 23. April 2008, Anl. C 57).

316

Hätte FT dieses Wissen vor dem Börsengang der T. AG in Form einer Ad-Hoc Mitteilung am Markt bekannt gegeben, wäre der Aktienkurs der T. AG - wie der spätere Kursverlauf zeigt - bereits damals auf das heutige Niveau gesunken.

317

Der Senat ist deshalb bereits aufgrund der vorliegenden Dokumente davon überzeugt, dass der Geschäftsführer der Klägerin und ehemalige Vorstand der T. AG FT über Insiderinformationen im Sinne von § 13 WpHG verfügte. Die Auffassung der Klägerin, die Nichtigkeit des Jahresabschlusses der Tochtergesellschaft TAE, die rechtskräftig feststeht, wirke sich auf die Bilanz der T. AG nicht aus, ist rechtsirrig. Aufgrund der Nichtigkeit der Jahresabschlüsse ist der in der Bilanz der T. AG aktivierte Wert der Beteiligung an der TAE neu zu bewerten; der aktivierte Wert kann mithin nicht mehr angesetzt werden. Genau darum geht es im Rahmen des § 14 WpHG: Die bilanzierten Vermögensgegenstände haben nicht den bilanzierten Wert.

318

Die durch die SdK publik gemachten kursierenden Gerüchte über Betrugsvorwürfe bei der T. AG (Anlage K 307) führen nicht dazu, dass die Bilanzmanipulationen öffentlich bekannt wären. Öffentlich bekannt ist eine Insiderinformation, wenn sie einem breiten Anlegerpublikum und damit einer unbestimmten Zahl von Personen zugänglich gemacht wurde (Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 4. Aufl. S. 34). Hierfür reicht die Veröffentlichung der Insiderinformation in einem nur in bestimmten Kreisen einschlägigen Börseninformationsdienst oder – wie hier – Newsboard nicht aus (Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 4. Aufl. S. 34). Überdies stehen Gerüchte der Kenntnis erst dann gleich, wenn sie sich kenntnisgleich verdichtet haben. Die Klägerin kann sich deshalb nicht darauf berufen, dass diese Umstände bereits im Oktober 2006 aufgrund der SdK-Berichte und der negativen Presse marktbekannt waren. Im Gegensatz zu Insidern wusste der Markt nämlich zu diesem Zeitpunkt noch nicht, ob die Vorwürfe tatsächlich wahr waren oder es sich allesamt nur um haltlose Verdächtigungen handelte.

319

Als damaliger Vorstand der T. AG kann sich FT von entsprechenden Kenntnissen nicht dadurch entlasten, dass er auf die Verantwortlichkeit des damaligen Finanzvorstandes Roswitha Gr. bzw. auf strafrechtliche Handlungen des ehemaligen Mitarbeiters Frank Ri. verweist. Das Aufsichtsratsprotokoll vom 23. April 2008 (Anlage C 57) spricht insoweit eine andere Sprache. Darin heißt es u.a., dass der Strafverteidiger von Frau Gr., Herr Rechtsanwalt Dr. Ahl., damals ausgeführt hat, dass "sämtliche Einbuchungen der Forderungen, welche Gegenstand des Ermittlungsverfahrens seien, in weiten Bereichen von FT und Frau Gr. mitgetragen wurden" (vgl. S. 5 des AR-Protokolls v.23.4.2008). FT hat dies damals nicht dementiert sondern auf ausdrücklichen Vorhalt des Aufsichtsrats von Quistorp erklärt, dass "man dies so zum Teil sehen könne". Die Erklärung der Klägerin, FT habe seine Kenntnisse erst wenige Tage vorher in der zweiten Hälfte April 2008 durch Einsichtnahme in die Ermittlungsakten erhalten, ist deshalb ungläubhaft. Aus dem Vermerk des Aufsichtsratsvorsitzenden – des Drittwiderbeklagten - vom 23. April 2008 (Anlage K 314) ergibt sich außerdem, dass FT bereits am Abend des 21. April 2008 gegenüber einem halben Dutzend Vertretern der Sp.-Investorengruppe gegenüber zugegeben habe, dass es Betrugereien bei der Bilanzerstellung der T. AG und der TAE GmbH gegeben habe. Der Sprecher der Investorengruppe (Herr Boris Jo.) habe ihm – dem Drittwiderbeklagten - gegenüber davon gesprochen, dass FT

seinerzeit von "admitted bzw. indicated fraud" (zugelassenem bzw. angezeigtem Betrug) gesprochen habe. Dabei kann unterstellt werden, dass FT die Bilanzmanipulationen und "Luftbuchungen" möglicherweise nicht persönlich vorgenommen hat. Der Senat ist jedoch aufgrund der vorliegenden Dokumente davon überzeugt, dass ihm diese Bilanzfälschungen als Vorstandsvorsitzendem nicht verborgen geblieben sein können und dass er sie zumindest "mitgetragen" hat.

320

Dabei ist unerheblich, ob FT das Gestaltungsurteil des Landgerichts Chemnitz vom 31. Juli 2008 (Az. 1 HKO 403/07) bekannt war oder nicht. Mit der Rechtskraft dieses Urteils steht nämlich die Nichtigkeit der Jahresabschlüsse der TAE für die Jahre 2003 bis 2005 wegen Bilanzmanipulationen gegenüber jedermann fest. Daran ändert auch die Stellungnahme der Wirtschaftsprüfungskanzlei E. & Y. (Frau Astrid Nis.) vom 12. April 2007 (Anlage K 316, Bl. 3315-3319 GA) nichts. Dort ging es lediglich um die Frage der Zulässigkeit einer Bilanzierung künftiger Umsätze mit sog. Retrofit-Kits und Bezug durch die C. Aircraft Company bereits im Bilanzjahr 2006 (Entwicklungskosten in Höhe von ca. 1,8 Mio. € + 4 % der erwarteten Umsatzerlöse für 2.500 Retrofit-Kits in Höhe von rund 3,5 Mio. €).

321

Zu dem tatsächlichen Wert der T. AG zu den von der Klägerin bzw. dem Landgericht angenommenen Verzugszeitpunkten fehlt jeder nachvollziehbare Vortrag. Soweit die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 31. März 2014 pauschal behauptet, der damalige Börsenwert zum Verzugszeitpunkt am 1. Dezember 2006 (jeweils über 20,61 €/St.) habe auch dem damaligen Substanzwert der T. AG entsprochen (Bl. 3202 GA), fehlt es an der Darlegung sämtlicher Anhaltspunkte über die im Unternehmen tatsächlich vorhandenen Aktiva und Passiva. Da die Vermutung des § 252 S. 2 BGB zugunsten der Klägerin nicht greift, ist sie verpflichtet, den tatsächlichen Wert der T. AG zum Verzugszeitpunkt darzulegen und ggf. nachzuweisen. Hingegen sind die Beklagten nicht verpflichtet, einen niedrigeren Wert als den Börsenkurs darzulegen bzw. nachzuweisen. Der Umstand, dass die TAE inzwischen zu einem Kaufpreis von 35 Mio. € an einen chinesischen Investor veräußert worden ist, lässt keinen verlässlichen Rückschluss auf die Bewertung der T. AG in den Jahren 2006 und 2007 zu. Bei einem Kauf vom Insolvenzverwalter, der üblicherweise nur die werthaltigen Vermögensgegenstände im Werte eines sog. asset-deals (übertragende Sanierung auf einen neuen Rechtsträger) verkauft, verbleiben üblicherweise die Altverbindlichkeiten bei dem insolventen Rechtsträger. Unstreitig befindet sich die T. AG gegenwärtig in einem Insolvenzverfahren. Auch die Behauptung, dass die T. AG im Jahr 2006 angeblich über liquide Mittel im zweistelligen Millionen Bereich verfügt haben soll, besagt nichts über den tatsächlichen Wert der Aktiengesellschaft, weil z.B. zum Verhältnis Eigenkapital/Fremdkapital jeglicher Vortrag fehlt.

c)

322

Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 1 aus der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 in Verbindung mit § 285 BGB scheidet ebenfalls aus. Die Aktien veräußerte F., nicht der Beklagte zu 1.

d)

323

Der Beklagte zu 1 haftet der Klägerin auch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen der Belastung der Aktien mit einem Pfandrecht der Beklagten zu 3 und ihrer Veräußerung an gutgläubige Dritte über die Börse. Der Klägerin steht hieraus jedoch kein weitergehender Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1 zu.

324

Zu der Höhe des Anspruchs nach § 249 Abs. 2 BGB und zu der Höhe des Verzögerungsschadens gilt das vorstehend Gesagte entsprechend. Das stellvertretende Commodum nach § 285 BGB kann die Klägerin aus deliktischen Anspruchsgrundlagen nicht verlangen. § 285 BGB ist nur anwendbar auf Deliktsansprüche, die auf Leistung eines Gegenstandes gerichtet sind (Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl. § 285 Rn. 3; MüKo-BGB/Emmerich, 6. Aufl. § 285 R. 10).

3)

325

Der Hilfsantrag auf gesamtschuldnerische Zahlung von 3.333.488,89 € nebst Zinsen ist ebenfalls unbegründet. Zwar bestätigt gem. Ziff. V.3 der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 einen entsprechenden Darlehensrückzahlungsanspruch der Klägerin. Dieser Anspruch richtet sich jedoch allein gegen die Beklagte zu 2 (K. Consulting AG). Der Beklagte zu 1 hat für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit keine Garantie übernommen. Insoweit fehlt es mithin an der entsprechenden Passivlegitimation der Beklagten zu 1 und 3.

4)

326

Die Berufung des Beklagten zu 1 ist unbegründet, soweit er sich gegen die Abweisung der Widerklage wendet.

327

Das Betreiben eines gesetzlich geregelten Verfahrens ist keine Rechtsverletzung (Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl. § 823 Rn. 37). Zu dem Betreiben gehört es auch, den notwendigen Sachverhalt vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen. Danach ist es der Klägerin nicht vorzuwerfen, sich in dem vorliegenden Rechtsstreit auf die Anlage K 9 zu berufen.

328

Überdies verbietet die von dem Beklagten zu 1 behauptete Abrede die Benutzung der Vertragsurkunde nicht. Die Vereinbarung ist auszulegen (§§ 133, 158 BGB). Für den Fall, dass F. die Aktien zum 30. November 2006 nicht an die Klägerin liefert, ist

bereits bei Vertragsschluss für alle Vertragsparteien zu erkennen, dass unvereinbare Interessen bestehen werden. Die Abwägung dieser Interessen ergibt, dass die Urkunde im Rahmen eines Rechtsstreits benutzt werden und den Parteien von dem Drittwiderbeklagten zur Verfügung gestellt werden darf. Die Abrede, die Urkunde im Rechtsverkehr nicht zu verwenden, kommt hingegen nur zum Tragen, wenn der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt worden ist. Dass die Anlage K 9 den tatsächlich am 22. Dezember 2005 geschlossenen Vertrag wiedergibt und dieser Vertrag wirksam ist, steht zur Überzeugung des Senats fest. Auf die vorstehenden Ausführungen wird Bezug genommen.

329

Und schließlich fehlt es an einem Verschulden der Klägerin und des Drittwiderbeklagten. Das hat das Landgericht festgestellt (§ 529 ZPO). Hieran ist der Senat gebunden. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellung zeigt die Berufung nicht auf. Auf die vorstehenden Ausführungen zur Pflichtwidrigkeit wird Bezug genommen.

330

C. Berufung der Beklagten zu 3

331

Die Berufung der Beklagten zu 3 hat Erfolg.

332

Der Klägerin steht weder dem Grunde noch der Höhe nach ein Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte zu 3 zu. Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich weder aus einem Vertrag zugunsten Dritter noch einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte noch aus gesetzlichen Anspruchsgrundlagen. Überdies fehlt es an der notwendigen Kausalität zwischen den behaupteten Pflichtverletzungen und dem Schaden sowie an einem etwaigen Verschulden der Beklagten zu 3. Durch das überwiegende Mitverschulden der Klägerin, die sich das Verhalten ihrer Vertragspartnerin F. zurechnen lassen müsste, wäre auch aus diesem Grunde ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist. Im Übrigen gelten zur Schadenshöhe dieselben Erwägungen wie bei dem Ansprüchen gegen den Beklagten zu 1.

1)

333

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 3 kein Anspruch aus Schlechterfüllung eines zu ihren Gunsten zwischen F. und der Beklagten zu 3 geschlossenen Vertrages zu. Insbesondere liegt in der zwischen F. und der Beklagten zu 3 am 29./30. Dezember 2005 geschlossenen Vereinbarung (Anlage K11) kein Vertrag zugunsten Dritter. Gegen die dahin gehende Auslegung des Vertrages durch das Landgericht erinnert die Klägerin in der Berufungsbegründung nichts. Die Auslegung trifft auch zu.

334

Vorliegend haben F. und die Beklagte zu 3 in Ziffer 1.c) und 2. der Vereinbarung ein sogenanntes Sperrdepot vereinbart. Hierunter versteht man ein Depot, bei dem besondere Einschränkungen für die Verfügungsmacht des Berechtigten bestehen. Möglich ist die rechtsgeschäftliche Begründung eines Sperrdepots über die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter; möglich ist aber auch eine "Selbstbeschränkung" durch den Depotinhaber im Wege einer Absprache entweder mit dem Begünstigten oder mit der Bank (OLG München, Urt. v. 24. September 1997 – 7 U 2402/97, juris-Rn. 3, WM 1999, 317, 319 zum Sperrkonto). Das Depot ist nicht als Vertrag zugunsten der Klägerin ausgestaltet.

335

Nach § 328 Abs. 1 BGB kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung an sich zu fordern. Insoweit ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern (§ 328 Abs. 2 BGB).

336

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze haben F. und die Beklagte zu 3 der Klägerin kein Recht eingeräumt, eine Leistung an sich fordern zu können. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung – hier Ziffer 1.c) – ergibt sich ein derartiges Recht nicht. Der Wortlaut setzt vielmehr voraus, dass Klägerin und F. ihrerseits ein zeitlich befristetes Veräußerungsverbot (§ 137 BGB) vereinbart haben. Dieses Veräußerungsverbot wird in Ziff. 1.c) der Vereinbarung der Beklagten zu 3 gegenüber offengelegt. Das folgt aus dem Passus "... können von unseren Gesellschaften ...". Durch die Offenlegung des Veräußerungsverbots soll es – trotz der Regelung des § 137 Satz 1 BGB – gleichsam dingliche Wirkung entfalten. Dass es gerade um die dingliche Wirkung geht, zeigt wiederum der Wortlaut, der durchgängig auf Verfügungsgeschäfte abstellt. Dieses Verständnis vom Wortlaut wird durch die Vorgeschichte der Vereinbarung erhärtet. Klägerin und F./M. wollten mit der Beklagten zu 3 eine dreiseitige Vereinbarung schließen. Das lehnte die Beklagte zu 3 ausdrücklich ab. Sie weigerte sich sogar, der Klägerin nach Unterzeichnung der Vereinbarung ein Exemplar derselben zu übersenden. Durch dieses Verhalten hat die Beklagte zu 3 von einem objektivierten Empfängerhorizont her für Klägerin und F. erkennbar zum Ausdruck gebracht, sich gegenüber der Klägerin nicht binden und ihr in keinem Fall einen eigenständigen Unterlassungsanspruch einräumen zu wollen. Vor diesem Hintergrund regelt die Vereinbarung nur eine Selbstbeschränkung der F., mit deren Hilfe das zwischen ihr und der Klägerin vereinbarte Veräußerungsverbot verstärkt werden soll. Dass die Klägerin, wie von ihr behauptet und von der Beklagten zu 3 bestritten, nach Unterzeichnung der Vereinbarung einen Rechtsanwalt beauftragte, für sie eine Kopie bei der Beklagten zu 3 abzuholen und dieser dies auch tat, ändert an dem objektiviert erkennbaren Willen der Beklagten zu 3, sich ihr gegenüber nicht binden zu wollen, nichts.

337

Aus Ziffer 2 der Vereinbarung folgt nichts anderes. Diese Regelung dient nur dazu, das zwischen der Klägerin und F. vereinbarte zeitlich befristete Veräußerungsverbot durch eine noch weitergehende Selbstbeschränkung der F. in Richtung einer dinglichen Wirkung zu verstärken. An dem Wortlaut der Vereinbarung und dem objektiviert erkennbar geäußerten Willen der Beklagten zu 3 ändert Ziffer 2 wiederum nichts. Überdies sprechen die nachfolgend unter 2) angeführten Umstände gegen einen Vertrag zugunsten Dritter und wäre auch ein solcher wirksam angefochten worden.

338

Die ergänzenden Ausführungen der Klägerin aus dem Schriftsatz vom 31. März 2014 überzeugen nicht. Ein Vertrag zugunsten Dritter liegt auch danach nicht vor. Unstreitig hat die Beklagte zu 3 jeden Kontakt und jede vertragliche Beziehung - auch aus Gründen des Bankgeheimnisses - zur Klägerin und deren Geschäftsführer abgelehnt. Dies ergibt sich schließlich auch aus der polizeilichen Aussage des Rechtsanwalts S. vom 8. Mai 2007 (Anlage K 166), auf dessen ausdrückliches Anraten die FSK jeglichen Kontakt zur Klägerin strikt abgelehnt hatte. Der Vertrag vom 22. Dezember 2005 (Anl. K 9) ist unstreitig der Beklagten zu 3 nicht offengelegt worden, so dass sie auch überhaupt nicht wissen konnte, ob und ggf. welche Rechtspositionen und Interessen die Klägerin an den Aktien hatte. Die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 ist letztlich auch vor diesem Hintergrund und der unstreitigen unwiderruflichen Erklärung der F. vom 28. Dezember 2005 (Anlage B10) auszulegen. Auch aus dem nachfolgenden Verhalten wird letztlich deutlich, dass die FSK einen eigenständigen vertraglichen Anspruch der Klägerin – dem Rat ihrer Anwälte S. und Dr. Za. folgend - gerade nicht begründen wollte.

2)

339

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 3 kein Schadensersatzanspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu. Die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 (K11) entfaltet - entgegen der Auffassung des Landgerichts - keine Schutzwirkung für die Klägerin.

340

Neben dem gesetzlich geregelten Vertrag zugunsten Dritter hat die Rechtsprechung den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herausgebildet. Bei dieser Rechtskonstruktion steht der Anspruch auf die geschuldete Hauptleistung allein dem Gläubiger zu, der Dritte ist jedoch in der Weise in die vertraglichen Neben- und Hauptleistungspflichten einbezogen, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen kann (BGH WM 2004, 1869, 1870). Diese Rechtsprechung beruht auf einer maßgeblich durch das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB). Ihr liegt zugrunde, dass der Vertragsschuldner die Leistung nach dem Vertrag so zu erbringen hat, dass bestimmbare Dritte nicht geschädigt werden. Das hat zur Folge, dass einem einbezogenen Dritten im Fall der Schädigung ein eigener Ersatzanspruch als sekundärer vertraglicher Leistungsanspruch gegen den Schuldner zusteht (BGH Urteil vom 20. April 2004, BGHZ 159, 1, 4). Der konstruktive Unterschied zur sog. Drittschadensliquidation liegt darin, dass bei der Drittschadensliquidation der Schaden

zur Anspruchsgrundlage und beim Vertrag mit Schutzwirkung die Anspruchsgrundlage zum Schaden gezogen wird. Während die Drittschadensliquidation nur den Ausgleich einer vom Schädiger her gesehenen zufälligen Schadensverlagerung bezweckt (d.h., dass kalkulierbare Risiko für den Schuldner wird dadurch nicht erhöht), führt der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hingegen zu einer Vermehrung des Risikos, d. h. der Schuldner haftet in diesen Fällen nicht bloß für Schäden des im Schutzbereich befindlichen Dritten sondern zusätzlich auch für Schäden seines eigentlichen Vertragspartners und Gläubigers (Risikohäufung). Wegen dieser zusätzlichen Belastung des Schuldners durch die Risikohäufung müssen deshalb für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte grundsätzlich strengere Voraussetzungen gelten (vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 844 m. w. N.).

a)

341

Ein Sperrdepot / -konto entfaltet bereits generell keine Schutzwirkung zugunsten des Sperrbegünstigten, wenn es - wie hier - an weiteren Abreden fehlt (Senat, Urt. v. 27. Februar 2014 – 5 U 127/12). Die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte sind bei einem Sperrdepot in einem solchen Fall regelmäßig nicht erfüllt.

342

Der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liegt zugrunde, dass der Vertragsschuldner die Leistung nach dem Vertrag so zu erbringen hat, dass bestimmbare Dritte nicht geschädigt werden. Das hat zur Folge, dass einem einbezogenen Dritten im Falle der Schädigung ein eigener Ersatzanspruch als sekundärer vertraglicher Leistungsanspruch gegen den Schuldner zusteht (BGHZ 193, 297, 301 Rn. 13 u. 14). Dabei wird die Forderung des Dritten aus den Vertragspflichten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger abgeleitet (BGH, Urt. v. 11. April 2013 – III ZR 80/12, juris-Rn. 22). Deshalb kann der in die Schutzwirkung einbezogene Dritte keine weitergehenden Rechte haben als der Vertragspartner des Schuldners (BGHZ 33, 247, 250; 56, 269, 272; Urt. v. 11. April 2013 – III ZR 80/12, aaO).

343

Wäre ein Sperrdepot oder –konto ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, so stünden dem Dritten weitergehende Rechte als dem Gläubiger zu. Bei einem Sperrdepot / -konto, das, wie vorliegend, nur die dem Depotinhaber gegenüber dem Dritten obliegende Verfügungsbeschränkung offenlegt, dem Dritten aber keine eigenen Rechte gegenüber der Bank einräumt, kann sich die Bank gegenüber dem Depotinhaber nicht schadensersatzpflichtig machen, wenn sie Verfügungen über das Depot zulässt. Der Depotinhaber ist Inhaber des gesperrten Rechts oder Eigentümer der gesperrten Sache. Verfügt er trotz des mit der Bank vereinbarten Verfügungsverbots, erleidet er keinen Schaden, da ihm für das aufgegebenes Recht ein von ihm für diesen Rechtsverlust ausgehandelter Gegenwert zufließt. Der Schaden des Depotinhabers könnte damit allein darin erblickt werden, dass er dem Dritten, seinem Vertragspartner, wegen des Verstoßes gegen das mit diesem vereinbarte Veräußerungsverbot zum Schadensersatz verpflichtet ist (vgl. § 137 Satz 2 BGB).

Diesen Schaden könnte er von der Bank nur ersetzt verlangen, wenn diese verpflichtet wäre, ihn vor sich selbst zu schützen. Dies ist aber regelmäßig, sofern und soweit ihm eine freie Willensbildung möglich ist und kein Informationsgefälle besteht, nicht der Fall.

b)

344

Im Übrigen liegen im hier zu entscheidenden Fall auch die von der Rechtsprechung entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei sachgerechter Auslegung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (XI ZR 56/07 - Entscheidung vom 6. Mai 2008, WM 2008, 1252-1257) "setzt die *Einbeziehung eines Dritten in die Schutzwirkungen eines Vertrages voraus, dass Sinn und Zweck des Vertrages und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen auf den Dritten seine Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erfordern und eine Vertragspartei, für den Vertragsgegner erkennbar, redlicherweise damit rechnen kann, dass die ihr geschuldete Obhut und Fürsorge in gleichem Maße auch dem Dritten entgegengebracht wird. Um die vom Gesetzgeber gewollte unterschiedliche Ausgestaltung von vertraglicher und deliktischer Haftung nicht aufzugeben, ist bei Vermögensschäden eine Beschränkung auf eng begrenzte Fälle geboten. Der Kreis der in den Vertragsschutz einbezogenen Dritten ist daher unter Beachtung einer sachgerechten Abwägung der Interessen der Beteiligten dahin zu begrenzen, dass der Dritte mit der Hauptleistung bestimmungsgemäß in Berührung kommt, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten besteht, den Interessen des Schuldners durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen wird und der Dritte schutzbedürftig ist*" (BGH a.a.O., zitiert auch in juris Rz. 27 m. w. N.). Das Oberlandesgericht Hamm hat mit Urteil vom 29. Mai 2013 (12 U 178/12, zitiert in juris Rz. 31-35) ausgeführt, dass ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter voraussetze, dass

345

- der Dritte bestimmungsgemäß mit der geschuldeten Leistung in Berührung kommt und den Gefahren einer Pflichtverletzung ebenso ausgesetzt ist, wie der Gläubiger selbst,

346

- der Vertragspartner (Gläubiger) ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hat

347

- die Drittbezogenheit seiner Leistung für den Schuldner erkennbar ist und

348

- der Dritte schutzbedürftig ist.

349

Wenn es - wie hier - um Vermögensschäden geht, ist grundsätzlich eine Beschränkung auf eng begrenzte Fälle geboten, um die vom Gesetzgeber gewollte unterschiedliche Ausgestaltung von vertraglicher und deliktischer Haftung nicht aufzuheben. Die Auslegung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 ergibt, dass sie keine Schutzwirkung zugunsten der Klägerin entfalten sollte.

350

aa) Leistungsnähe (bestimmungsgemäße Leistungsberührung des Dritten, d.h. der Klägerin)

351

Es fehlt bereits an einer bestimmungsgemäßen Leistungsberührung der Klägerin i.S. der Rechtsprechung.

352

Früher hat die Rechtsprechung bei der Entscheidung darüber, ob eine bestimmte Person in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen ist, vielfach darauf abgestellt, ob das "Wohl und Wehe" dieser Person dem Vertragspartner der schutzpflichtigen Partei anvertraut war (vgl. u. a. BGH NJW 1984, 355 f.). Heute können die Vertragspartner jedoch auch dann, wenn es ihnen nicht um das Wohl und Wehe eines Dritten geht oder gehen muss, diesen Dritten ausdrücklich oder stillschweigend ebenfalls in den Schutzbereich ihres Vertrages einbeziehen (BGH NJW-RR 1986, 1307). Auf dieser Linie hat sich eine Berufshaftung für Rechtsanwälte, Sachverständige, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer herausgebildet. Es handelt sich dabei um Berufsgruppen, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen und deren Vertragsleistungen von vornherein erkennbar zum Gebrauch gegenüber einem Dritten bestimmt sind. Schutzwirkungen zugunsten Dritter werden deshalb im Allgemeinen bei solchen Verträgen angenommen, in denen ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung in Auftrag gegeben werden, um davon auch gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen (BGH Urteil vom 14. Juni 2012, IX ZR 145/11, WM 2012, 1359-1364 = BGHZ 193, 297 - 315, zitiert auch in juris Rz. 16 und 18). Dieser Rechtsprechung liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, dass für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in Verkehr gebrachten Angaben jeder einstehen muss, der durch von ihm in Anspruch genommenes und ihm auch entgegengebrachtes Vertrauen auf den Willensentschluss Dritter Einfluss genommen hat. In diesen Fällen beschränkt sich der Drittschutz ausnahmsweise nicht auf solche Personen, denen gegenüber dem Vertragspartner eine gesteigerte Fürsorgepflicht ("Wohl und Wehe") obliegt, weil z. B. einem Wirtschaftsprüfer klar sein muss, dass die von ihm erbrachte Leistung der Sicherung wirtschaftlicher Drittinteressen dient und deshalb eine Erweiterung des Haftungsrisikos eintritt (BGH a. a. O. unter Hinweis auf BGH Urteil vom 20. April 2004, X ZR 250/02, BGHZ 159, 1, 4). Das Bestehen und die Reichweite eines etwaigen Drittschutzes sind durch Auslegung des jeweiligen Vertrags zu ermitteln.

353

Hier geht es im Grundsatz um eine Ergänzung des bestehenden Sicherungsvertrages zwischen Darlehensnehmer (F.) und Bank (FSK). Die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 wurde unmittelbar nach dem Börsengang der T. AG (17. November 2005) geschlossen, weil infolge der Aufhebung der Vinkulierung die FSK Anfang Dezember 2005 nunmehr ein eigenes, mittelbares Besitzrecht an den zu ihren Gunsten verpfändeten, globalverbrieften Aktien der F. haben wollte. Dadurch sollte die Möglichkeit eines Pfandrechtsverlusts durch gutgläubigen Erwerb nach § 936 BGB ausgeschlossen werden. Zwar hatte die FSK durch den Abschluss der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 auf weitere Pfandrechtsbestellungen (Verpfändungen und Depotpfandrechten) hinsichtlich der einzubuchenden Aktien (2.486.400 Aktien der F. und 1.198.552 Aktien der M.) sowie eine Verwertung der Aktien bis zum Ende der Lock-up-Periode (30. November 2006) verzichtet, wobei jedoch durch anwaltliches Schreiben vom 30. Dezember 2005 (Anlage B 11) klargestellt worden war, dass damit nicht auch auf mögliche Nachsicherungsansprüche mit anderen Sicherheiten, wie z. B. Grundschulden, Bürgschaften etc. verzichtet worden sei. Das notwendige schriftliche Einverständnis der Klägerin zur Aufhebung der Selbstbeschränkung (Ziffer 1. c der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005) und zur Abänderung (Ziffer 2. der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005) ist - nach der Vorstellung der FSK - nur deshalb in den Vertrag aufgenommen worden, weil auch die Klägerin als größte Aktionärin der T. AG ein nachvollziehbares Interesse daran hatte, größere Kursschwankungen – ausgelöst durch eine mögliche Pfandrechtsverwertung - in der ersten Phase nach dem Börsengang zu vermeiden.

354

Selbst wenn man unterstellt, dass die Klägerin auf Grundlage des Vertrags 22. Dezember 2005 (Anlage K 9) tatsächlich Eigentümerin und Verleiherin (im Sinne von §§ 598 ff. BGB) der streitgegenständlichen Aktien geworden ist, lässt sich eine besondere bestimmungsgemäße Leistungsnähe zwischen ihr (als Verleiherin) und der F. (als Entleiherin) nicht feststellen. Beide sind schließlich durch ein eigenständiges Vertragsverhältnis ("Leihvertrag" vom 22. Dezember 2005) miteinander verbunden. So sind z.B. auch Untermieter regelmäßig nicht in den Schutzbereich des Hauptmietvertrages mit einbezogen, weil sie mit ihrem Vermieter - dem Hauptmieter - ein eigenes Vertragsverhältnis verbindet, auf das sie ihre Ansprüche stützen können (OLG Oldenburg, Urteil vom 7. Juni 2011 -Az. 9 U 26/10 -, veröffentlicht in juris Rz. 68 unter Berufung auf BGH WM 1979, 307, OLG Hamm, OLGR 2007, 361). Es kommt auch nicht darauf an, dass derartige Ansprüche in der Insolvenz des eigentlichen Vertragspartners wirtschaftlich weitgehend wertlos seien, weil das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade nicht die Absicherung des Risikos, dass der unmittelbare Vertragspartner nicht leistungsfähig ist, bezweckt (OLG Oldenburg a. a. O. mit Hinweis auf BGH NJW 2004, 3630).

355

bb) Kein eigenes schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten

356

Hier ergibt sich bereits zweifelsfrei aus den Umständen, dass F. kein ausdrückliches Interesse an der Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages hatte.

Den Verzicht auf weitere Pfandrechtsbestellungen (Ziffer 1. a der Vereinbarung) und den Verwertungsverzicht (Ziffer 1. b der Vereinbarung) hat die F. als Sicherungsgeberin im eigenen Interesse als Kompensation für die Einbuchung der T.-Aktien in ihrem Depot bei der FSK gefordert. Schließlich war ursprünglich auf Grundlage des Vertrages vom 22. Dezember 2005 (Anlage K 9) vorgesehen, dass die FSK unwiderruflich angewiesen wird, "jegliche Erklärung betreffend das Depot und die Aktien bis zum 30. November 2006 nur durchzuführen bzw. anzuerkennen, wenn es sich um eine gemeinsame Erklärung von TVV und F. handelte. Entsprechendes sollte die FSK den Vertragsparteien schriftlich bestätigen (vgl. Ziffer 1.2.2 der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005, Anlage K 9). Offenbar war eine solche Einbeziehung der Klägerin in das Kredit- und Sicherungsverhältnis zwischen der F. und FSK - aus welchen Gründen auch immer - von F. bzw. dem Beklagten zu 1. nicht gewollt, anderenfalls hätten sie jedenfalls den Versuch einer vertraglichen Perpetuierung unternommen. Auch die FSK hat unstreitig eine entsprechende dreiseitige Vereinbarung abgelehnt. Es ist nach alledem zumindest zweifelhaft, ob die F. tatsächlich ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung der Klägerin in den vorgenannten Vertrag hatte.

357

cc) Erkennbarkeit der Drittbezogenheit für den Schuldner (hier die FSK)

358

Vor allem aber war die Drittbezogenheit der Leistung für die FSK nicht erkennbar. Unstreitig hatte sie bis Dezember 2006 keine Kenntnis von der vertraulichen Vereinbarung vom 22. Dezember 2005. Aufgrund der unwiderruflichen Erklärung der F. vom 28. Dezember 2005 (Anlage B 10, Bl. 234, 235 GA) durfte die FSK vielmehr davon ausgehen, dass sowohl das wirtschaftliche als auch das juristische Eigentum an den eingebuchten insgesamt 2.486.400 F.-Aktien bei der F. lag. Ausweislich dieser Erklärung hatte die F. auch die entsprechenden Treuhandverträge vom 27. Dezember 2002, 1. September 2003 und 7. Mai 2004 mit der Klägerin gekündigt (vgl. das Kündigungsschreiben der F. vom 20. Dezember 2005, Anl. B9). Selbst wenn die Aktien im Januar 2006 von einem Depot der Klägerin bei der UBS Z. stammten (was die Beklagte zu 3 ausdrücklich bestritten hat), war auch aus diesem Umstand für die Beklagte zu 3 die Drittbezogenheit der Leistung nicht erkennbar. Vielmehr war die Klägerin bis zur fristlosen Kündigung des Treuhandvertrages am 20.12.2005 (Anl. B9) unstreitig noch berechnigte Besitzerin der Aktien und war im Außenverhältnis zur Ausübung der Aktionärsrechte ermächtigt (dazu sogleich).

359

Außerdem wäre gemäß Nr. 20.1 lit. a S. 1 der Sparkassen AGB die Veräußerung verpfändeter Aktien meldepflichtig gewesen. Aufgrund der bei Vertragsschluss bereits avisierten Einbuchung der Aktien in ein Depot bei der FSK bestand zugunsten der F. schließlich eine gesetzliche Eigentumsvermutung (§ 1006 Abs. 1 und Abs. 3 BGB) als mittelbarer Eigenbesitzerin zweiter Stufe.

360

Die Klägerin legt auch nicht dar, wie und wodurch die Beklagte zu 3 erkannte oder hätte erkennen können, dass nicht länger F. sondern ab dem 1. Januar 2006 sie Eigentümerin der Aktien war.

361

Nach alledem war für die FSK Ende Dezember 2005 nicht erkennbar, dass es hier auch um den Eigentumsschutz der Klägerin (als "Entleiherin") hinsichtlich der T. Aktien im Depot der F. gehen sollte.

362

dd) Keine Schutzbedürftigkeit der Klägerin

363

Die Schutzbedürftigkeit des Dritten entfällt regelmäßig, wenn ihm eigene vertragliche Ansprüche zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben, wie diejenigen Ansprüche, die ihm bei einer Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags zuzubilligen wären (OLG Hamm Urteil vom 29. Mai 2013, a. a. O. zitiert in juris Rz. 38 i. H. a. die Haftung eines Tierarztes zugunsten des Käufers bei einer tierärztlichen Ankaufsuntersuchung). Dieses Kriterium hat die Rechtsprechung entwickelt, um eine uferlose Ausdehnung des Kreises der in den Schutzbereich einbezogenen Personen zu vermeiden (vgl. BGH Urteil vom 12. Januar 2011, VIII ZR 346/09, WM 2011, 909, 912, zitiert auch in juris Rz. 11). Hier stehen der Klägerin eigene vertragliche Ansprüche gegen die Beklagten zu 1. und 2. aus dem "Leihvertrag" vom 22. Dezember 2005 gemäß §§ 280, 283 BGB i. V. m. dem Schuldbeitritt des Beklagten zu 1. zu. Die inzwischen eingetretene Insolvenz der eigentlichen Vertragspartner (hier die Beklagten zu 1 und 2) ist insoweit unerheblich (BGH Urteil vom 22. Juli 2004, NJW 2004, 3630, 3632; OLG Oldenburg, Urteil vom 7. Juni 2011, 9 U 26/10, zitiert in juris Rz. 68). Etwas anderes gilt möglicherweise nur dann, wenn der Vertrag zum Inhalt hat, gerade den Dritten und seine Rechte zu schützen. Hier war jedoch schon das Sicherungsinteresse des Dritten mangels Kenntnis der FSK von dem Vertrag vom 22. Dezember 2005 (Anl. K 9) überhaupt nicht erkennbar.

364

Im Übrigen kann der in die Schutzwirkung einbezogene Dritte keine weitergehenden Rechte haben als der Vertragspartner des Schuldners (BGHZ 33, 247, 250; 56, 269, 272; Urt. v. 11. April 2013 – III ZR 80/12, a.a.O.; vgl. die obigen Ausführungen unter C.2.a).

3)

365

Die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 ist wegen Anfechtung gemäß §§ 119 Abs. 2, 123, 142 Abs. 1 BGB nichtig.

366

Die begründete Anfechtung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 könnte die Beklagte zu 3. auch der Klägerin als "begünstigter Dritter" analog § 334 BGB entgegenhalten.

367

a) Anfechtungserklärung gegenüber F.

368

Die Beklagte zu 3 hat die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 zu Recht gegenüber dem Beklagten zu 1 als Geschäftsführer der F. angefochten. Die Anfechtung war ihm gegenüber zu erklären (§ 143 Abs. 1 BGB), das gilt auch für den Fall, dass die Vereinbarung Schutzwirkung für die Klägerin entfaltete.

369

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter ist die Anfechtung gegenüber dem Vertragspartner und nicht gegenüber dem begünstigten Dritten zu erklären (BGH, Urt. v. 12. April 1957 – I ZR 1/56, LM PatG § 9 Nr. 8 a. E.; Palandt/Ellenberger, BGB 72. Aufl. § 143 Rn. 5). Der Verpflichtete kann dem ihn in Anspruch nehmenden Dritten die Einrede der Anfechtung nach § 334 BGB entgegenhalten (BGH, Urt. v. 21. September 2011 – IV ZR 38/09, WM 2011, 2311, 2313 Rn. 32). Der Dritte kann nämlich die Rechte nur so erwerben, wie sie zwischen den Vertragsparteien gestaltet worden sind (BGH, Urt. v. 21. September 2011 – IV ZR 38/09, aaO).

370

Für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gilt – erst recht - nichts anderes (vgl. BGH, Urt. v. 07. März 2013 – III ZR 106/12, Rn. 9, n. v.): Die Anfechtung ist zwischen den Vertragsparteien zu erklären. Denn der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte beruht nach dem Vorstehenden auf einer ergänzenden Auslegung des zwischen den Vertragsparteien bestehenden Vertrages; gerade deshalb können dem Dritten keine weitergehenden Rechte zustehen als dem Vertragspartner des Schuldners. Dem Vertragspartner steht im Fall der Anfechtung aber nur der Schadensersatzanspruch des § 122 BGB zu. Weitergehende Rechte kann der in den Schutzbereich einbezogene Dritte jedenfalls nicht geltend machen dürfen.

371

Überdies würde die Möglichkeit des Anfechtungsberechtigten, sich von dem Vertrag durch Anfechtung zu lösen, unbillig eingeschränkt, wenn er die Anfechtung sowohl gegenüber seinem Vertragspartner als auch gegenüber dem geschützten Dritten erklären müsste. Gerade dem Vertragspartner erwachsen aus dieser Sichtweise ungerechtfertigte Vorteile; der Vertrag entfaltete über die Schutzwirkung gegenüber dem Dritten auch ihm gegenüber nicht vorgesehene weitergehende Rechte: Der Vertragspartner könnte die Erklärung der Anfechtung auch gegenüber dem Dritten fordern und sich bis zu deren Wirksamkeit auf das Fortbestehen des Vertrages berufen.

372

b) Anfechtung vom 27. Februar 2006 (Anlage K 18)

373

Diese Anfechtung ist unwirksam. Die Wirksamkeit dieser Anfechtung ergibt sich nicht daraus, dass der Beklagte zu 1 die Anfechtung für F. und M. "unwiderruflich" als wirksam akzeptierte. Außerdem liegt insoweit auch kein Anfechtungsgrund (arglistige Täuschung des Beklagten zu 1 oder Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Aktien) vor.

aa)

374

Die Anfechtung greift nicht schon deshalb durch, weil der Beklagte zu 1 sie am 27. Februar 2006 für F. und M. "unwiderruflich als berechtigt anerkannt" hat.

375

Beiderseitige Anfechtungserklärungen können im Einzelfall dahin ausgelegt werden, dass in ihnen Antrag und Annahme eines Aufhebungsvertrages liegen (BGH, Urt. v. 29. September 1958 – II ZR 342/56, NJW 1958, 1968). Gleiches könnte für die Anfechtungserklärung der Beklagten zu 3 und das Akzeptieren dieser Erklärung durch F. gelten. Die Erklärungen sind im vorliegenden Fall auch dahin gehend zu verstehen. Denn bereits wenige Tage später, am 28. Februar/3. März 2006 verpfändete F. die Aktien an die FSK. Durch dieses spätere Verhalten kommt deutlich zum Ausdruck, dass weder FSK noch F. an dem in der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 niedergelegten Verbot weiterer Besicherung festhalten wollten. Gleichwohl ist die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 nicht aufgehoben worden. Denn in Ziffer 2 der Vereinbarung hatten die Vertragsparteien vereinbart, dass eine Aufhebung nur unter Einbeziehung der Klägerin möglich sein sollte. Diese Klausel ist schuldrechtlich wirksam. Die Klägerin hat der Aufhebung nicht zugestimmt.

bb)

376

Objektiv lag kein Irrtum über das zugunsten der FSK bestehende Pfandrecht an den 2.486.400 Aktien der F. vor.

377

Auf Grundlage der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 (Anlage K 11) ging die FSK davon aus, dass F. bereits mit Vereinbarung vom 11. November 2002 (Anlage B 3) sowie den entsprechenden Ergänzungsvereinbarungen vom 30. Dezember 2003 und 7. September 2005 alle Anfang 2006 eingebuchten 2.486.400 T.-Aktien wirksam an sie verpfändet hatte (vgl. Ziffer 1. a der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 und die unwiderrufliche Erklärung der F. vom 28. Dezember 2005, Anl. B10). Das war auch tatsächlich der Fall, wie sich aus der Auslegung und rechtlichen Bewertung der Verpfändungs- und Abtretungsvereinbarungen zwischen F./FSK und den entsprechenden Erklärungen der T. AG ergibt.

Die F. hat mit Verpfändungs- und Abtretungserklärung vom 11. November 2002 (Anlage B3) sämtliche 2.486.400 Aktien (davon 177.600 Altaktien) wirksam an die FSK verpfändet und gleichzeitig sämtliche Nebenrechte – mit Ausnahme der Stimmrechte – an die FSK abgetreten. Bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 212 AktG) erstreckt sich das bestehende Pfandrecht an den Altaktien automatisch auf die neuen Aktien (Münchener Kommentar zum Aktienrecht – Arnold, 3. Aufl., § 202 Rn. 6 m.w.N.; Hüffer Aktiengesetz, 9. Aufl., § 212 Rn.2). Auf die entsprechenden Ergänzungsvereinbarungen vom 30. Dezember 2003 und 7. September 2005 wegen der jungen Aktien kommt es rechtlich mithin nicht an. Die Verpfändung vom 12. November 2002 ist der T. AG mit Schreiben vom 12. November 2002 (Anl. B6) ordnungsgemäß angezeigt worden. Die T. AG hat durch ihren Vorstand FT am 24. November 2002 (Anl. B6) den Verpfändungs- und Abtretungsvertrag vom 11. November 2002 nicht nur zur Kenntnis genommen sondern sogar ausdrücklich bestätigt, dass diesem keine weiteren Rechte Dritter entgegenstehen. Die fehlende Zustimmung der Hauptversammlung der T. AG (vgl. HV Protokoll vom 27. Dezember 2002, Anlage B13) hindert nicht die Wirksamkeit der Pfandrechtsbestellung und der Abtretung an die FSK. Maßgeblich ist im Außenverhältnis gemäß § 68 Abs. 2 Satz 2 AktG nämlich nur die Zustimmung des Vorstands (MüKo AktG–Bayer, a.a.O., § 68 Rn. 87 und 90). Diese Zustimmung kann formlos oder auch nur konkludent erklärt werden (MüKo AktG–Bayer, a.a.O., § 68 Rn. 90). Bereits in der Zulassung zur Abstimmung in der Hauptversammlung am 8. November 2002, jedenfalls aber in der Übersendung des Hauptversammlungsprotokolls vom 8. November 2002 (Anlage B5) an die FSK ist eine solche Zustimmung zu sehen. Im Übrigen hat der ehemalige Vorstand FT sowohl am 24. November 2002 (Anl. B6) als auch am 6. Dezember 2004 (Anlage K97) die Verpfändung und Abtretung der Aktien zugunsten der FSK sogar ausdrücklich bestätigt. Auf die zu diesem Zeitpunkt laut Satzung der T. AG (§ 7 der Satzung) geltende Gesamtvertretung (vgl. § 78 Abs. 2 AktG; dem Vorstand der T. AG gehörten ausweislich des Protokolls der Hauptversammlung vom 8. November 2008 neben FT noch Herr Timo Pf. an) kommt es nicht an. Es genügt, dass nach außen ein Gesamtvertreter auftritt, denn die anderen können diesem gegenüber intern zustimmen (vgl. Palandt- Ellenberger, BGB, 73. Auflage, § 167 Rn. 13 m.w.N.). Davon ist hier auszugehen. Die Zustimmung des Vorstandes ist zu keinem Zeitpunkt gegenüber der FSK widerrufen worden, auch nicht, nachdem der damalige Vorstand der T. AG und ehemalige Geschäftsführer der Klägerin Ende Dezember/Anfang Januar 2003 erkannte, dass der Hauptversammlungsbeschluss vom 8. November 2002 nichtig war. Auf die fehlende Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung der T. AG gemäß § 5 Abs. 2 der damals geltenden Satzung (vgl. Anlage B4: Übertragung der Namensaktien nur mit Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Hauptversammlung von 85 %) kommt es nicht an, weil diese Regelung nur das Innenverhältnis betrifft.

Global verbrieft Aktien können im Übrigen dinglich sowohl nach §§ 929 ff. BGB (durch depotmäßige Umbuchung des anteilmäßigen Bruchteilseigentums) als auch durch Zession nach § 398 BGB übertragen werden (RGZ 86, 154, 155; BGH Urteil vom 14. Mai 2013, XI ZR 160/12, WM 2013, 1264-1268, Rn. 20). Die gegenteilige Auffassung der Klägerin, nach der eine Übertragung der Aktien durch Abtretung nicht

zulässig sei, ist rechtsirrig. Sowohl bei Namens- als auch bei Inhaberaktien ist eine Eigentumsübertragung durch Abtretung rechtlich möglich und zulässig. Die BGH Entscheidung vom 14. Mai 2013 (a.a.O.) bezieht sich zwar nicht konkret auf Aktien sondern auf Inhaberschuldverschreibungen, die nur eine Forderung und kein Mitgliedschaftsrecht verbrieften (vgl. MüKo-Habersack, BGB, 5. Aufl., § 793 RdNr. 11). Allerdings handelt es sich bei globalverbrieften Inhaberaktien (§ 10 Abs. 1 AktG) um Inhaberpapiere, die den jeweiligen Inhaber der Urkunde als berechtigt ausweisen, das verbrieftete Recht geltend zu machen (Staudinger-Marburger, Neubearbeitung 2009, vor § 793 RdNr. 7). § 793 BGB enthält für alle schuldrechtlichen Inhaberpapiere eine Generalklausel, die alle denkbaren Fälle der wertpapiermäßigen, auf den Inhaber lautende Verbriefung schuldrechtlicher Rechte erfasst (Staudinger-Marburger, a. a. O., vor § 793 RdNr. 13). Deshalb können Inhaberaktien genauso wie verbrieftete Inhaberschuldverschreibungen dinglich sowohl nach §§ 929 ff. BGB als auch durch Zession nach § 398 BGB übertragen werden. Im Falle der Abtretung ist weder die Übergabe des Wertpapiers noch ein Übergabesurrogat erforderlich. Bis auf das Stimmrecht (§ 134 AktG) war die Beklagte zu 3 aufgrund des Pfändungs- und Abtretungsvertrages mithin nicht nur Pfandrechtsgläubigerin (§ 1205 BGB) sondern zugleich auch Inhaberin sämtlicher Mitgliedschaftsrechte an den Aktien geworden. Tatsächlich lag damit weder eine arglistige Täuschung noch ein Irrtum der Beklagten i.S.v. § 119 BGB zum Zeitpunkt der Anfechtungserklärung vor. Die Pfandrechtsbestellung vom 11. November 2002 war wirksam. Es gab hinsichtlich des Pfandrechts kein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung auf Seiten der FSK bei Abschluss des Vertrages vom 29./30. Dezember 2005.

380

Auf die Behauptung der Beklagten zu 3, sie habe erstmals mit Schreiben der Anwälte des Beklagten zu 1 (KI. und B.) vom 17. Februar 2006 Kenntnis von dem Inhalt des Hauptversammlungsprotokolls der T. AG vom 27. Dezember 2002 erhalten, kommt es nicht an. Aufgrund dieser Information ging die FSK nämlich bloß rechtsirrtümlich davon aus, dass damit auch die ursprüngliche Pfandrechtsbestellung vom 11. November 2002 (über die 177.600 Altaktien der T. AG) wegen fehlender Zustimmung der Gesellschafterversammlung der T. AG "schwebend unwirksam" war. Diese Annahme basierte auf der irrigen Rechtsauffassung des damaligen FSK - Beraters, Herrn Rechtsanwalt S.. Letzterer vertrat die Auffassung, dass es sich bei der Verpfändung der F. vom 11. November 2002 um die Verfügung eines Nichtberechtigten handelte, die erst mit der Satzungsänderung der T. AG vom 19. September 2005 und den Wegfall des Zustimmungserfordernisses der Hauptversammlung wirksam geworden ist (vgl. das Schreiben von Rechtsanwalt S. vom 23. Februar 2006, Anl. K165). Wegen der Möglichkeit lastenfreier Zwischenverfügungen von F. und der Klägerin als Treuhänderin in der Schwebephase vom 11. November 2002 bis 19. September 2005 sah Rechtsanwalt S. erhebliche Risiken auf Seiten der FSK und riet deshalb zur unverzüglichen Anfechtung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 (s.o. Schreiben vom 23. Februar 2006).

381

Objektiv lag aber zum Zeitpunkt der Vereinbarung am 29/30. Dezember 2005 gar kein Irrtum der FSK vor. Sie war tatsächlich sowohl Pfandrechtsgläubigerin als auch wirtschaftlich Inhaberin der Mitgliedschaftsrechte (bis auf das Stimmrecht) hinsichtlich aller 2.468.400 Aktien.

cc)

382

Eine arglistige Täuschung der FSK durch F. liegt insoweit ebenfalls nicht vor. Die Täuschung kann durch positives Tun und/oder Unterlassen begangen werden. Das Verschweigen von Tatsachen stellt nur dann eine Täuschung dar, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsache eine Aufklärungspflicht bestand. Entscheidend ist, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte. Dabei müssen besonders wichtige Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, ungefragt offenbart werden. Arglist erfordert Vorsatz keine Absicht. Bedingter Vorsatz genügt. Er ist gegeben, wenn der Handelnde, obwohl er mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet, ins Blaue hinein unrichtige Behauptungen aufstellt.

383

Hier wusste der Beklagte zu 1 als damaliger Geschäftsführer der F., dass die ursprüngliche Zustimmung der Hauptversammlung der T. AG zur Verpfändung der 177.600 Altaktien vom 8. November 2002 (Anlage B 3) nichtig war (vgl. HV Protokoll vom 27. Dezember 2002, Anl. B13). Dieses hatte FT dem Beklagten zu 1 sowie dem Drittwiderbeklagten ausdrücklich per E-Mail vom 5. Januar 2003 (Anlage B 31) mitgeteilt. Eine entsprechende Kenntnis hat der Beklagte zu 1 im Übrigen auch durch sein "Anerkenntnis" vom 27. Februar 2006 (K18) ausdrücklich zugestanden. Über diesen Umstand ist die FSK erst unmittelbar vor der Anfechtung informiert worden.

384

Gleichwohl liegt in dem Verschweigen dieses Umstandes objektiv keine arglistige Täuschung über Bestand und Umfang des Aktienpfandrechts zugunsten der FSK. Die Verpfändung war trotz dieses Umstands wirksam (s.o.). Die zugunsten der FSK durch die F. bestellten Sicherungsrechte bestanden ungeschmälert fort. Soweit durch die Offenbarung des Umstandes der nichtigen Zustimmung der Hauptversammlung auf Seiten der FSK eine rechtliche Unsicherheit ausgelöst worden ist, stellt dies keinen Anfechtungsgrund nach § 123 BGB dar. Das wäre nur dann der Fall gewesen, wenn mit der Offenbarung auch der Vorstand der T. AG die erteilte Zustimmung zur Verpfändung widerrufen hätte.

c)

385

Die Vereinbarung ist aber aufgrund der Anfechtung vom 4. April 2007 (Anlage B16) wegen des fehlenden Eigentumsrechts der F. an den streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien nichtig.

386

Diese Anfechtung ist wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) begründet. Die Beklagte zu 3 hat nämlich erstmals mit der Zustellung der Klage vom 15. Februar 2007 erfahren, dass sich die Klägerin tatsächlich des juristischen und wirtschaftlichen Eigentums an den streitgegenständlichen 1.864.800 T.-Aktien der F. berührt. Ihr Eigentumsrecht stützt die Klägerin sowohl auf den "Options/Leihvertrag" vom 11./13. November 2002 (über ursprünglich 133.200 T.-Aktien; vgl. Anlage K 2) als auch auf den "Leihvertrag" vom 22. Dezember 2005 (Anlage K 9). Auf die beiden vorgenannten Verträge – die der Beklagten zu 3 bis dahin nicht bekannt waren – stützt die Klägerin das von ihr behauptete juristische und wirtschaftliche Eigentum an den 133.200 T.-Aktien (nach Kapitalerhöhung 1.884.800 T.-Aktien).

387

Die Beklagte zu 3 ging bei Abgabe der Erklärung vom 29./30. Dezember 2005 aufgrund der unwiderruflichen Erklärung der F. vom 28. Dezember 2005 (Anlage B 10) davon aus, dass sowohl das wirtschaftliche als auch das juristische Eigentum an sämtlichen 2.486.400 Aktien bei der F. lag. Das kommt in dem Wortlaut der Unwiderruflichen Erklärung vom 28. Dezember 2005 deutlich zum Ausdruck. Die Beklagte zu 3 durfte die Unwiderrufliche Erklärung auch ihrem Wortlaut entsprechend verstehen. Schließlich waren auch die Rechte aus dem Treuhandvertrag zwischen der Klägerin und der F. vom 27. Dezember 2002 (Anlage B7) gemäß Vertrag vom 3. September 2003 (Anlage K87) an die FSK abgetreten und der Treuhandvertrag unstreitig am 20. Dezember 2005 (Anl. B9) fristlos gekündigt worden. Objektiv lag das juristische und wirtschaftliche Eigentum an den Aktien am 29./30. Dezember 2005 auch tatsächlich bei der F.. Gemäß Vertrag vom 22. Dezember 2005 (§ 1.1) sollte das Eigentum an den streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien nämlich erst mit Wirkung zum 1. Januar 2006 auf die Klägerin übergehen. Die Auslegung der entsprechenden Treuhandverträge vom 27. Dezember 2002 (Anlage B7) und 7. Mai 2004 (Anl. C16) ergibt, dass lediglich der Besitz an den Aktien, nicht jedoch das Eigentum an die Klägerin als Treuhänderin übertragen worden ist. Nach § 1 Nr. 2 und § 2 Nr. 1 des Treuhandvertrages vom 27. Dezember 2002 (entsprechend § 2 Nr. 1 des Vertrages vom 7. Mai 2004) sollte zwar im Außenverhältnis die Klägerin alleinige Aktionärin sein, im Innenverhältnis sollten die Aktien jedoch wirtschaftlich und rechtlich dem Treugeber (und damit F.) zustehen. F. hatte die Klägerin lediglich ermächtigt (§ 185 BGB), sämtliche Mitgliedschaftsrechte an den Aktien wahrzunehmen. Es gibt im Aktienrecht die Sonderform einer Treuhand, bei der dem Treuhänder außer der Ermächtigung, die Rechte aus der Aktie – insbesondere das Stimmrecht - auszuüben, nur der Besitz der Aktie übertragen wird, um ihn gegenüber der Gesellschaft zu legitimieren (sog. Legitimationsübertragung; vgl. Helmut Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973, S. 96 mit Hinweis auf RGZ 118, 330, 332). Um dem Dritten die Ausübung des Stimmrechts im eigenen Namen zu ermöglichen, muss ihm nach außen die Stellung eines stimmberechtigten Aktionärs gegeben werden. Dazu genügt die Einwilligung des berechtigten Aktionärs i.S.v. § 185 BGB und die Einräumung des Besitzes an den Aktien. Von einer fiduziarischen Vollrechtsübertragung unterscheidet sich diese Rechtsform dadurch, dass dem Dritten nicht das volle Recht zustehen soll, ihm vielmehr nur die äußere Rechtsstellung eingeräumt wird, um entsprechend der Ermächtigung einzelne aus dem Recht entspringende Befugnisse geltend zu machen (RGZ, 118, 330, 332). Das war hier der Fall.

388

Das Verschweigen der Eigentumsübertragung vom 22. Dezember 2005 – insoweit ist zunächst die Schlüssigkeit des Klägervortrags zu prüfen - an die Klägerin gem. § 929 S. 2 BGB stellt eine arglistige Täuschung durch den Geschäftsführer der F. dar. Der Beklagte zu 1 hätte die FSK über die bereits am 22. Dezember 2005 vereinbarte Eigentumsübertragung an die Klägerin zum 1. Januar 2006 informieren müssen. Der FSK ist damit jedenfalls ab dem 1. Januar 2006 tatsächlich eine andere Rechtslage vorgetäuscht worden, als dies objektiv der Fall war. Das Schreiben des Drittwiderbeklagten vom 20. Dezember 2004 (Anl. K99), das dem FSK-Vorstand E. nochmals am 19. Dezember 2005 vorgelegt worden ist, stellt keine ausreichende Information der FSK über die bestehende Eigentumslage an den Aktien zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung vom 29./30. Dezember 2005 dar. Aus diesem Schreiben ergibt sich vielmehr ausdrücklich, dass seit Ende 2002 sowohl das juristische als auch das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien bei der F. lag. Soweit der Drittwiderbeklagte als damaliger Rechtsberater der Klägerin rechtsirrtümlich in dem v.g. Schreiben davon ausging, dass durch den Treuhandvertrag das juristische Eigentum an den 177.600 Aktien (nach Kapitalerhöhung 2.486.400 Aktien) bei der Klägerin als Treuhänderin lag, ist dies unerheblich. Unstreitig hatte die F. nämlich den Treuhandvertrag am 20. Dezember 2006 (Anl. B9) fristlos gekündigt und dies der FSK mit der "Unwiderruflichen Erklärung" vom 28. Dezember 2005 auch ausdrücklich mitgeteilt.

389

Der Beklagten zu 1 hat auch vorsätzlich gehandelt. Die Eigentumslage hinsichtlich der zugunsten der FSK verpfändeten T.-Aktien war für die finanzierende Bank wesentlich, zum einen im Hinblick auf die Bonität der Schuldnerin, zum anderen wegen der bestehenden Gefährdung ihres Aktienpfandrechts bei einem Eigentumserwerb durch Dritte. Die F. hat auch eine Schädigung der FSK billigend in Kauf genommen, anderenfalls hätte sie den Inhalt des Vertrages vom 22. Dezember 2005 der FSK offenbart. Der Beklagte zu 1 hielt es auch offensichtlich für möglich, dass die FSK der von ihr für F. und M. abgegebenen Unwiderrufliche Erklärung glaubte. Alles andere wäre lebensfremd.

390

Die Frage, ob damit gleichzeitig ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaften i. S. v. § 119 Abs. 2 BGB vorlag (hier das juristische Eigentum der F.) kann offen bleiben.

d)

391

Die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 ist überdies gem. § 139 BGB aufgrund wirksamer Anfechtung hinsichtlich der M.-Aktien vom 27. Februar 2006 nichtig.

392

Die Anfechtungserklärungen der Beklagten zu 3 vom 27. Februar 2006 (Anlage K 18) und vom 4. April 2007 (Anlage B 16) sind auch im Hinblick auf die Pfandrechtsbestellung an den 1.196.552 Aktien der M. und deren Eigentum erfolgt.

393

Gemäß § 139 BGB ist im Zweifel die Gesamtnichtigkeit eines einheitlichen Rechtsgeschäfts anzunehmen, wenn nur ein Teil nichtig ist. Ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. v. § 139 BGB ist anzunehmen, wenn bei einem einheitlichen Vertrag einzelne Regelungen unwirksam sind oder wenn mehrere formal selbständige Verträge nach dem Willen der Parteien miteinander "stehen und fallen" sollen (BGH NJW-RR 1988, 348/351). Das ist hier der Fall. Der befristete Selbstbeschränkungs- und Verwertungsverzicht der FSK gemäß Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 (Anlage K 11) wurde sowohl hinsichtlich der Aktien der F. (2.486.400 Stück) als auch der M. (1.198.552 Stück) in einer Urkunde zusammengefasst. Die Vereinbarung umfasste zwar unterschiedliche Aktienpakete von unterschiedlichen Sicherungsgebern, gleichwohl war der Beklagte zu 1 als Geschäftsführer und Gesellschafter der beiden Projektgesellschaften F. und M. sowie maßgeblicher Darlehensnehmer der FSK die "wirtschaftliche Klammer", die den Vertrag als einheitliches Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB erscheinen lässt. Der Erwerb beider Aktienpakete war durch die FSK als damaliger Hausbank des Beklagten zu 1. finanziert. Damit greift die Zweifelsregelung des § 139 BGB. Anderenfalls müsste positiv festgestellt werden, dass die Vertragsparteien (FSK und F./M.) die Fortgeltung eines teilweise nichtigen Vertrags gewollt hätten. Dafür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte.

394

Jedenfalls die Anfechtungserklärung der M. vom 27. Februar 2006 war sowohl wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) als auch wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft (§ 119 Abs. 2 BGB) gerechtfertigt. Das hat der Senat mit Urteil vom 27. Februar 2014 bereits entschieden (vgl. S. 93 – 99, OLG Schleswig 5 U 127/12) und ausgeführt (Seite 95 f.):

(bb)

395

Die 1. Anfechtung konnte wegen arglistiger Täuschung der Beklagten zu 3 durch M. erklärt werden.

396

Nach § 123 Abs. 1 BGB kann, wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten. Arglistig täuscht, wer einen Irrtum hervorruft oder unterhält (statt aller: Palandt/Ellenberger, BGB 72. Aufl. § 123 Rn. 2). Arglist erfordert keine Schädigungsabsicht und keinen Vorteil (BGH, Urt. v. 25. Oktober 2007 – VII ZR 205/06, WM 2008, 40, 41 Rn. 20). Hinzutreten müssen Kausalität und Vorsatz, der sich wiederum auch auf die Ursächlichkeit beziehen muss.

397

(aaa)

Vorliegend hat M., vertreten durch den Beklagten zu 1, die Beklagte zu 3 arglistig getäuscht. Sie hat bei der FSK den Irrtum hervorgerufen, dass die in der Folgezeit in das Depot der M. bei der FSK einzubuchenden 1.196.552 Aktien der FSK verpfändet seien.

Sie hat in der Unwiderruflichen Erklärung vom 28. Dezember 2005 (Bl. 244 GA) angegeben, die dort in den Ziffern 1 bis 3 näher bezeichneten 1.196.552 Aktien seien der FSK verpfändet und bestätigte diese Verpfändungen in Ziffer 4. Sie erklärte weiter, auf sämtliche Einreden oder Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Pfandrechte zu verzichten und die zugrundeliegenden Verträge anzuerkennen. Insoweit ist zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 3 unstreitig, dass der Beklagte zu 1 zu diesem Zeitpunkt berechtigt war, M. zu vertreten. Durch diese Erklärung hat M. gegenüber der FSK konkludent den vorstehenden Irrtum hervorgerufen. Die Erklärung ist, insoweit zwischen den Parteien unstreitig, im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 zu sehen. In der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 verzichtete die FSK "im Hinblick auf das bestehende Aktienpfandrecht" auf die Einräumung weiterer Sicherheiten. Diese Erklärung kann von einem objektivierten Empfängerhorizont nur so verstanden werden, dass an den noch einzubuchenden Aktien, um die es in der Vereinbarung ja gerade geht, Aktienpfandrechte bestünden. Genau diese Aktienpfandrechte waren einen Tag zuvor, in der "Unwiderruflichen Erklärung" vom 28. Dezember 2005 näher beschrieben worden. Von einem objektivierten Empfängerhorizont her lassen sich die beiden Erklärungen nicht anders verstehen.

Durch diese Täuschung hat M. bei der FSK den Irrtum hervorgerufen, die Aktien seien ihr verpfändet. Das steht nach den vorstehenden Ausführungen zur Überzeugung des Senats fest. Insoweit ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob M. am 29./30. Dezember 2005 noch Eigentümerin von 1.196.552 Aktien der T. AG war, nichts über das Bestehen / Nichtbestehen von Pfandrechten aussagt: Die FSK focht die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 am 27. Februar 2006, wie bereits erwähnt, mit der Begründung an, dass ihr die Aktien nicht verpfändet seien. Umstände, aus denen sich das Durchschlagen der – behaupteten – Kenntnis von der Eigentümerstellung auf das Nichtbestehen des Pfandrechts ergäben, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Tatsächlich waren der FSK – bei Zugrundelegung des Klägervortrags – auch tatsächlich noch Aktien verpfändet, nämlich die Aktien, die Ca. noch nicht weiterveräußert hatte. Nach dem Vorstehenden waren sämtliche im Eigentum der M. stehenden 2.486.400 Aktien der FSK verpfändet. An der Wirksamkeit dieser Verpfändung hatte sich durch die von der Klägerin behauptete Ca.-Transaktion vom 27. Juni 2005 nichts geändert. Ca. hat die Aktien nicht gutgläubig lastenfrei erworben. Am 27. Juni 2005 waren die Aktien der T. AG noch als vinkulierte Namensaktien ausgestaltet. Die Änderung der Satzung ist erst im Juli 2005 beschlossen und im September 2005 in das Handelsregister eingetragen und damit wirksam geworden (§ 181 Abs. 3 AktG). Namensaktien können nach § 68 Abs. 1 Satz 1 AktG durch

Indossament oder aber durch Abtretung nach §§ 413, 398 BGB (RGZ 86, 154, 157. Vgl. auch BGH, Urt. v. 14. Mai 2013 – XI ZR 160/12, WM 2013, 1264, 1266 Rn. 17). übertragen werden. Vorliegend sind die Aktien von M. auf den Geschäftsführer der Klägerin und von diesem auf Ca. durch Abtretung übertragen worden. Dass sie indossiert worden seien, hat die Klägerin nicht behauptet, es ist auch nicht ersichtlich. Damit hat Ca. die Aktien nicht gutgläubig lastenfrei erworben (§ 936 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb scheidet bereits deshalb aus, weil es im Rahmen der Abtretung (§ 398 BGB) keinen gutgläubigen Erwerb, auch keinen gutgläubig lastenfreien gibt (BGHZ 122, 180, 196, juris-Rn. 23). Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb fand erst statt, als Ca. nach dem Börsengang Aktien über die Börse an gutgläubige Dritte veräußerte. Dass aber die FSK zu irgendeiner Zeit erkannt hätte, dass ihr im Eigentum der Ca. stehende Aktien verpfändet gewesen wären, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

401

Auf die Frage, ob der FSK das Hauptversammlungsprotokoll vom 27. Dezember 2002 bekannt war, kommt es insoweit nicht an. Die in das Depot eingebuchten Aktien waren der FSK nicht verpfändet. Sie stehen in keinerlei Bezug zu den ursprünglich verpfändeten Aktien, die am 27. Februar 2006 teils noch mit einem Pfandrecht der FSK belastet im Eigentum der Ca. standen, teils lastenfrei im Eigentum gutgläubiger Erwerber. Das Hauptversammlungsprotokoll steht zu dem eigentlichen Anfechtungsgrund in keinerlei Zusammenhang. Die FSK unterlag vielmehr, als sie die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 anfocht, zwei weiteren Irrtümern: Sie nahm an, bei den im Depot befindlichen Aktien handele es sich um solche, die ihr von der M. verpfändet worden waren, und unterlag zusätzlich dem Rechtsirrtum, die Wirksamkeit der Verpfändung vinkulierter Namensaktien hänge auch im Außenverhältnis von der Zustimmung der Hauptversammlung ab. Ihren eigentlichen Irrtum – gänzlich andere Aktien - erkannte sie hingegen nicht. Sie traf mit der Anfechtung gleichsam zufällig "ins Schwarze". An ihren beiden Irrtümern muss sie sich insoweit nicht festhalten lassen; auf die Frage, ob sie sich insoweit tatsächlich in einem Irrtum befand, kommt es nicht an. Wer arglistig täuscht, kann sich nicht darauf berufen, dass eine Anfechtung erst zulässig sei, wenn der Getäuschte die Täuschung durchschaue.

402

Überdies steht nach dem Vorstehenden zur Überzeugung des Senats fest, dass der FSK das Hauptversammlungsprotokoll erst kurz vor der Anfechtungserklärung bekannt geworden ist.

403

(bbb)

404

Die Täuschung über das Pfandrecht an den noch einzubuchenden Aktien war für den Abschluss der Erklärung vom 29./30. Dezember 2005 auch ursächlich. Für die Annahme eines Zusammenhangs zwischen Täuschung und Abgabe der

Willenserklärung genügt es, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die EntschlieÙung hat (BGH, Urt. v. 23. April 1997 - VIII ZR 212/96, NJW 1997, 1845, 1847 juris-Rn. 36; BGH, Urt. v. 12. Mai 1995 – V ZR 34/94, WM 1995, 1540, 1541, juris-Rn. 17). Wenn eine Eigenschaft besonders zugesichert wird, so rechtfertigt dies nach der Lebenserfahrung die Annahme, dass die Täuschung die EntschlieÙung beeinflusst hat (BGH, Urt. v. 12. Mai 1995 – V ZR 34/93, aaO, juris-Rn. 18). Dass die arglistig hervorgerufene Fehlvorstellung unter Umständen nicht das einzige für den Vertragsschluss bestimmende Moment war, ist unerheblich; es genügt, dass es mitursächlich war (BGH, Urt. v. 12. Mai 1995 – V ZR 34/93, aaO). Dass für den Getäuschten der Irrtum bei größerer Aufmerksamkeit vermeidbar gewesen und die Willenserklärung dann nicht abgegeben worden wäre, schließt die Ursächlichkeit der Täuschung hingegen nicht aus (BGH, Urt. v. 23. April 1997 - VIII ZR 212/96, NJW 1997, 1845, 1847 juris-Rn. 36; BGH, Urt. v. 28. September 1988 – VIII ZR 160/87, NJW 1989, 287, 288, juris-Rn. 26).

405

An diesen Maßstäben gemessen war die Täuschung der M. ursächlich für den Abschluss der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 durch die FSK. Dafür besteht nach dem Vorstehenden zunächst ein Anscheinsbeweis. Denn M. und die FSK hatten in der Unwiderruflichen Erklärung vom 28. Dezember 2005 das Bestehen der Pfandrechte noch einmal festgehalten; M. hatte sie explizit anerkannt, bekräftigt und damit auch zugesichert. Die FSK hatte, wie bereits erwähnt, den Abschluss der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 von der Abgabe der Unwiderruflichen Erklärung abhängig gemacht. Damit hing der Abschluss der Vereinbarung auf Seiten der FSK davon ab, dass die Pfandrechte tatsächlich bestanden. Überdies war die Täuschung auch unabhängig von dem Eingreifen des vorstehenden Anscheinsbeweises zur Überzeugung des Senats ursächlich für den Abschluss der Vereinbarung. Das ergibt sich zum einen wiederum daraus, dass die FSK den Abschluss der Vereinbarung von der Abgabe der Unwiderruflichen Erklärung abhängig gemacht hatte. Zum anderen ergibt es sich auch aus dem nachfolgenden Geschehen: Denn sobald die FSK bemerkte, dass ihr die Aktien nicht verpfändet waren, verlangte sie von M. deren Verpfändung.

406

(ccc)

407

M. handelte im Hinblick auf Täuschung und Kausalität auch arglistig.

408

Das für die Anfechtungsberechtigung nach § 123 Abs. 1 BGB erforderliche arglistige Handeln setzt voraus, dass der Täuschende durch sein Verhalten beim Erklärungsgegner einen Irrtum erregen bzw. aufrechterhalten möchte, d. h. der

Täuschende muss die Unrichtigkeit der falschen Angaben gekannt und gleichzeitig das Bewusstsein und den Willen gehabt haben, durch die irreführenden Angaben bzw. das Unterlassen der Aufklärung über die wahre Sachlage einen Irrtum zu erregen bzw. aufrechtzuerhalten und den Getäuschten damit zu einer Willenserklärung zu bewegen, die er sonst nicht oder mit anderem Inhalt abgegeben hätte. Dabei genügt bedingter Vorsatz (BGH, Urt. v. 13. Mai 1957 – II ZR 56/56, NJW 1957, 988; Urt. v. 19. Mai 1999 - XII ZR 210/97, NJW 1999, 2804, 2806). Insoweit reicht es aus, dass der Täuschende die Unrichtigkeit seiner Angaben (BGH, Urt. v. 11. Mai 2001 – V ZR 14/00, WM 2001, 1420, juris-Rn. 14; Urt. v. 13. Juni 2007 – VIII ZR 236/06, WM 2007, 2258, 2260 Rn. 29) oder deren Ursächlichkeit für die Entschließung des Getäuschten (BGH, Urt. v. 13. Mai 1957 – II ZR 56/56, NJW 1957, 988; Urt. v. 28. April 1971 – VIII ZR 258/69, NJW 1971, 1795, 1800) zumindest für möglich hält.

409

An diesen Maßstäben gemessen handelte M. arglistig. Ihr Geschäftsführer, der Beklagte zu 1, dessen Vorsatz ihr nach § 31 BGB zuzurechnen ist, wusste, dass an den in das Depot der M. bei der FSK einzubuchenden 1.196.552 Aktien der T. AG kein Pfandrecht der FSK bestand. Die Aktien stammten nach dem Klägervortrag, und nur dessen Schlüssigkeit ist zunächst zu untersuchen, aus dem Depot der Klägerin bei der UBS Z. und waren der FSK zu keiner Zeit verpfändet gewesen. Das wusste der Beklagte zu 1 nach dem Vortrag der Klägerin auch. Darüber hinaus musste der Beklagte zu 1 es auch für möglich halten, dass die Beklagte zu 3 die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 nur bei Bestehen des Pfandrechts eingehen wollte. Denn sie hatte von ihm ja gerade die Abgabe der Unwiderruflichen Erklärungen gefordert. Angesichts des Wortlauts der Unwiderruflichen Erklärung ist es zur Überzeugung des Senats bereits im Ansatz widersinnig, der Beklagte zu 1 könne es nicht zumindest für möglich gehalten haben, dass die FSK dieser Erklärung glaubte und von dem Bestehen eines ihr zustehenden Pfandrechts an den einzubuchenden Aktien ausging. Die Unwiderrufliche Erklärung kann nur den Zweck gehabt haben, genau diese Vorstellung hervorzurufen.

(cc)

410

Die 1. Anfechtung konnte auch wegen eines Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB erklärt werden.

411

Nach § 119 Abs. 1, Abs. 2 BGB kann derjenige, der bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war, diese anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde (§ 119 Abs. 1 BGB). Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden (§ 119 Abs. 2 BGB). Darunter fallen sowohl die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die infolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den

Anschauungen des Verkehrs Einfluss auf die Wertschätzung auszuüben pflegen (BGHZ 88, 240, 245). Abgestellt werden muss insoweit auf das angefochtene Geschäft und seine Zielsetzung; als verkehrswesentlich dürfen nur solche Eigenschaften berücksichtigt werden, die von dem Erklärenden in irgendeiner Weise erkennbar dem Vertrag zugrunde gelegt worden sind, ohne dass er sie gerade zum Inhalt seiner Erklärung gemacht haben muss (BGHZ 16, 54, 57; 88, 240, 246).

412

An diesen Maßstäben gemessen lag der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 von Seiten der FSK für den Beklagten zu 1 und damit M. erkennbar zugrunde, dass an den einzubuchenden Aktien ein Pfandrecht zugunsten der FSK bestand. Das folgt wiederum aus der am 28. Dezember 2005 abgegebenen Unwiderruflichen Erklärung. Zur Kausalität gilt das zu § 123 BGB Gesagte entsprechend.

413

An diesen Ausführungen hält der Senat auch in diesem Verfahren fest. Insoweit kommt es die Bekundungen der Zeugen Mö, Ko und B. und damit auch auf den Inhalt des Protokolls vom 6. Februar 2014 (OLG Schleswig 5 U 127/12) nicht an. Eine weitere Beweiserhebung über die entsprechenden Behauptungen der Beklagten zu 3 (Zugang des Protokolls der Hauptversammlung der T. AG vom 27. Dezember 2002 erst im Februar 2006; Eigentumsrecht der F. an 2.486.400 Aktien und der M. an 1.196.552 Aktien) ist nicht notwendig, weil diese Fragen insoweit nicht beweiserheblich sind. Der Senat hat deshalb abweichend von der Ankündigung gem. Ziff. III des Beschlusses vom 27. Februar 2014 (vgl. Bd. XIV Bl. 2945 -2946) von der Durchführung einer Beweisaufnahme abgesehen (§ 360 ZPO) und die Parteien auf diesen Umstand im Termin ausdrücklich hingewiesen.

414

Ob auch die zweite Anfechtung der Beklagten zu 3 vom 4. April 2007 wegen der M. Aktien begründet war (vgl. S. 100 ff. der Entscheidung vom 27. Februar 2014, OLG Schleswig 5 U 127/12) kann an dieser Stelle offen bleiben.

e)

415

Ein Schadensersatzanspruch aus § 122 BGB steht der Klägerin gegen die Beklagte zu 3 nicht zu.

416

Die Vorschrift ist auf den durch einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte geschützten Dritten nicht anwendbar. Sie gewährt schon dem durch einen Vertrag zugunsten Dritter Begünstigten keinen Anspruch (Staudinger/Singer, BGB, Neubearbeitung 2012, § 12 Rn. 12). Überdies ist die Norm auf die Anfechtung nach § 123 BGB nicht entsprechend anzuwenden (Staudinger/Singer, BGB, Neubearbeitung 2012, § 122 Rn. 4).

4.

417

Es besteht kein Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der FSK und dem Schaden der Klägerin

418

Die Ersatzpflicht setzt voraus, dass der Schaden durch das zum Schadenersatz verpflichtende Ereignis verursacht worden ist. Das Verhalten des Schädigers muss für den Schaden kausal sein. Der Kausalzusammenhang ist Grund und Grenze der zivilrechtlichen Haftung. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der haftungsbegründenden Kausalität (Verhalten des Schädigers und der eingetretenen Rechtsgutverletzung) und der haftungsausfüllenden Kausalität (Ursachenzusammenhang zwischen Haftungsgrund - Rechtsgutsverletzung - und dem entstandenen Schaden).

419

Hier fehlt es bereits an der haftungsbegründenden Kausalität. Der Schaden liegt unstreitig in dem geltend gemachten Eigentumsverlust an den streitgegenständlichen 1.864.800 T.-Aktien.

420

Als Pflichtverletzungen der FSK kommen hier nur die Pfandrechtsbestellung vom 28. Februar/3. März 2006 (B15) sowie die Mitwirkung an dem Depotübertrag an die UBS Deutschland AG am 22. Juni 2006 in Betracht.

421

Durch die erneute Verpfändung ist jedenfalls der hier geltend gemachte Schaden nicht eingetreten. Die Klägerin konnte die Aktien auch durch den Vertrag vom 22. Dezember 2005 nicht gem. §§ 929 S. 2, 932 BGB gutgläubig lastenfrei erwerben, weil sie von dem bereits bestehenden Pfandrecht der FSK wusste (vgl. Vorbemerkung der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005, Anl. K9)

422

Ob durch die Mitwirkung der Beklagten zu 3 an der Depotumbuchung vom 22. Juni 2006 ohne die entsprechende Weiterleitung des vereinbarten Sperrvermerks ein Schaden der Klägerin (mit-)verursacht worden ist, kann im Ergebnis offen bleiben.

5)

423

Der Klägerin ist kein Schaden entstanden.

424

Ein Schaden wäre der Klägerin nur entstanden, wenn tatsächlich – die Wirksamkeit des Vertrages vom 22. Dezember 2005 (Anlage K9) als Vertrag mit Schutzwirkung unterstellt - zum 1. Januar 2006 das wirtschaftliche und juristische Eigentum an den 1.864.800 T. Aktien von der F. auf die Klägerin übertragen worden wäre. Das war tatsächlich jedoch nicht der Fall.

425

Die F. hat mit Verpfändungs- und Abtretungserklärung vom 11. November 2002 (Anlage B3) sämtliche 2.486.400 Aktien (in Form von 177.600 Altaktien) an die FSK wirksam verpfändet und gleichzeitig sämtliche Nebenrechte – mit Ausnahme der Stimmrechte – an die FSK abgetreten (s.o. Ausführungen zu Ziff. 3.b.aa). Der Vorstand der T. AG hat dieser Verpfändung konkludent durch Zulassung zur Abstimmung in der Hauptversammlung am 8. November 2002 und nachfolgend durch die Übersendung des Hauptversammlungsprotokolls an die FSK zugestimmt sowie schließlich die Verpfändungsanzeige der FSK vom 12. November 2002 ausdrücklich zur Kenntnis genommen (Anl. B6). Bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 212 AktG) erstreckt sich das bestehende Pfandrecht an den Altaktien automatisch auch auf die neuen Aktien. Global verbriefte Aktien können dinglich auch durch Zession nach § 398 BGB übertragen werden. Bis auf das Stimmrecht (§ 134 AktG) war die Beklagte zu 3. mithin nicht nur Pfandrechtsgläubigerin (§ 1205 BGB), sondern – mit Ausnahme des Stimmrechts - auch Inhaberin sämtlicher Mitgliedschaftsrechte an den Aktien. Die nichtige Zustimmung der Hauptversammlung der T. AG zur Verpfändung vom 8. November 2002 betrifft nur das Innenverhältnis und ist für das hier maßgebliche Außenverhältnis gemäß § 68 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht entscheidend. Damit waren sowohl die Abtretung als auch die Verpfändung sämtlicher 2.486.400 Aktien der F. an die FSK wirksam. Zusätzlich hat die F. mit Vereinbarung vom 3. September 2003 (Anl. K 87) auch alle Rechte aus dem Treuhandvertrag an die FSK abgetreten. Wirtschaftlich lagen damit alle Rechte (bis auf das Stimmrecht) bei der FSK.

426

Daran hat sich auch durch die Rückabtretung der Nebenrechte gemäß Ergänzungsvereinbarung vom 30. Dezember 2003 (Anlagen K 105 und K 318) nichts geändert. In dieser Ergänzungsvereinbarung heißt es unter Ziffer 2.:

427

Die FSK tritt sämtliche ihr mit den oben genannten Verpfändungs- und Abtretungsverträgen abgetretenen Nebenrechte aus dem Anteil am Grundkapital - auch bezüglich der F. Beteiligungsgesellschaft mbH durch die Kapitalerhöhung neu erworbenen Anteile - an die dies annehmende F. Beteiligungsgesellschaft mbH zurück ab.

428

An die FSK abgetreten bleiben bezüglich sämtlicher Mitgliedschaftsrechte die gegenwärtigen und zukünftigen Dividendenzahlungsansprüche sowie die Ansprüche auf Ausstellung und Herausgabe der Aktienurkunden/Globalurkunde

gegen die T. AG. Die FSK ermächtigt die F. Beteiligungsgesellschaft mbH, der T. AG die Abtretung der vorgenannten Ansprüche auch in ihrem Namen anzuzeigen."

429

Eine Auslegung dieser Vereinbarung ergibt bereits nach dem Wortlaut, dass nur das Stimmrecht bei der F. liegen sollte. Aus der v.g. Formulierung wird nämlich nicht deutlich, welche Nebenrechte konkret an die F. zurückabgetreten werden sollten. Aus Satz 2 ergibt sich vielmehr ausdrücklich, dass der wirtschaftliche Gehalt der Mitgliedschaftsrechte (insbesondere der Anspruch auf die Dividendenzahlung) bei der FSK verbleiben sollte. Außerdem haben F. und FSK mit nachfolgender Ergänzungsvereinbarung vom 21. September 2004 vereinbart, dass die Abtretung der Rechte aus dem Treuhandvertrag vom 3. September 2003 auch die jungen Aktien umfasst. Von einer Rückabtretung ist da nichts zu lesen. Der Verpfändungs- und Abtretungsvertrag vom 3. September 2003 ist der T. AG am 26. September 2004 (Anlage K 97) angezeigt und von FT persönlich am 6. Dezember 2004 bestätigt worden.

430

Ein Schaden ist der Klägerin nach alledem nicht entstanden. Sie könnte am 22. Dezember 2005 gem. § 929 S.2 BGB allenfalls noch Eigentum an der "rechtlichen Hülle" der Aktien von der F. erworben haben und war wegen der vorrangigen Abtretung an die FSK nur noch Inhaberin des Stimmrechts an den Aktien geworden. Ein gutgläubiger und lastenfreier Erwerb des Eigentums gemäß §§ 929, 932 BGB kam mangels guten Glaubens der Klägerin nicht in Betracht. Ihr Geschäftsführer wusste von der Pfandrechtsbestellung und der vorrangigen Abtretung an die FSK. Schließlich hatte die F. unmittelbar zuvor sogar noch mit anwaltlichem Schreiben vom 20. Dezember 2005 (Anlage B9) den Treuhandvertrag vom 7. Mai 2004 fristlos gekündigt und ausdrücklich die Einbuchung der 2.486.400 Aktien in ihr Depot bei der FSK bis zum 23. Dezember 2005 gefordert.

431

Die Pfandrechtsbestellung zugunsten der Beklagten zu 3. aufgrund der Verpfändungs- und Abtretungserklärung vom 11. November 2002 (Anlage B 3) ist nicht durch eine zwischenzeitige Erfüllung der Darlehensverbindlichkeiten erloschen. Entgegen der Ansicht der Klägerin aus dem Schriftsatz vom 31. März 2014 ist das ursprüngliche, der Verpfändung zugrunde liegende Darlehen vom 11. November 2002 (Anlage K 293) weder zurückgezahlt worden noch ist dieser Darlehensvertrag ausgelaufen. Vielmehr ist das ursprüngliche Darlehen durch den weiteren Darlehensvertrag zwischen der F. und der FSK vom 23. Dezember 2005 (Anlage K 292) verlängert worden. Es handelt sich dabei nicht - wie die Klägerin meint - um eine Novation, sondern um eine Verlängerung des ursprünglichen Darlehensvertrages vom 11. November 2002. Unter Ziffer 9 "Besondere Vereinbarungen" des Darlehensvertrages vom 23. Dezember 2005 (Anlage K 292) heißt es nämlich ausdrücklich:

432

Es handelt sich vorliegend nicht um eine Darlehensneugewährung, sondern um eine Vertragsänderung des bestehenden Fremdwährungsdarlehens Nr.

125.822.316 bei gleichzeitiger Prolongation bis zum 30.11.2006, das nunmehr als Tranche im Sinne dieses Rahmenvertrages fortgeführt wird".

433

Die Auffassung der Klägerin, dass das Pfandrecht der Beklagten zu 3 an den F.-Aktien wegen anfänglicher bzw. nachträglicher Übersicherung unwirksam gewesen sei, ist nicht substantiiert dargelegt. Unstreitig diene das Pfandrecht an den Aktien der Sicherung der Darlehensforderung der Beklagten zu 2. vom 11. November 2002 (Anlage K 293) bzw. des Folgevertrages vom 23. Dezember 2005 (Anlage K 292) in Höhe von rund 25 Mio. €. Schließlich ist auch unstreitig, dass aus dem Verkaufserlös der F.-Aktien ein Betrag von 25.419.200,00 € (Anlage K 166) zur Darlehensablösung bei der FSK verwendet worden ist.

434

Eine anfängliche Übersicherung liegt auch nicht unter Berücksichtigung der Bürgschaften der F.-Gesellschafter (S., FT und K.) vor. Es ist nicht nachvollziehbar dargelegt, welchen Wert die T. Aktien zum Zeitpunkt ihrer Verpfändung am 11. November 2002 (Anlage B 3) bzw. 23. Dezember 2005 (Anlage K 292) hatten. Der behauptete Kurswert der Aktien am 23. Dezember 2005 ist wegen der Insiderkenntnisse der Klägerin nicht maßgeblich. Im Übrigen sind verpfändete Aktien als Kreditsicherheit grundsätzlich nur mit einem Bruchteil ihres Kurswertes anzusetzen. Ob die entsprechenden Bürgschaften der F.-Gesellschafter überhaupt werthaltig gewesen sind, ist ebenfalls nicht dargelegt. Hinsichtlich MH hat die Klägerin stets vorgetragen, dass dessen Kreditengagement schon seit 2005 notleidend gewesen ist, weshalb jedenfalls dessen Bürgschaft über 6,25 Mio. € - nach dem eigenem Vortrag der Klägerin - nicht werthaltig gewesen sein kann. Deshalb ist auch eine nachträglicher Übersicherung nicht nachvollziehbar dargelegt. Eine entsprechende Freigabeverpflichtung der FSK im Falle der nachträglichen Übersicherung ergäbe sich im Übrigen aus Nr. 22 Abs. 2 der AGB der Sparkassen. Eine entsprechende Sicherheiten-Freigabe ist von der F. jedoch zu keinem Zeitpunkt verlangt worden. Ein Vorrang bei der Verwertung bestimmter Darlehenssicherheiten ist vom Gesetz nicht vorgesehen.

6.

435

Im Falle einer feststehenden Pflichtverletzung wird das Verschulden nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Die Beklagte zu 3 hat hier jedoch zur Überzeugung des Senats dargelegt, dass sie bei der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 schon keine Schutzpflichten zugunsten der Klägerin erkannt hat und damit auch keine Schutzpflichten schuldhaft verletzt hat. Die Beklagte zu 3 hatte unstreitig keine Kenntnis von der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005. Sie durfte vielmehr von der wirksamen Bestellung eines Pfandrechts und einer wirksamen Abtretung (mit Ausnahme des Stimmrechts) hinsichtlich aller 2.486.400 Aktien der F. ausgehen. Dies entsprach auch objektiv den Tatsachen. Die Depotumbuchung im Sommer 2006 diene der Wahrnehmung eigener berechtigter wirtschaftlicher Interessen. Die Beklagte zu 3 durfte davon ausgehen, dass der Depotübertrag vom 22. Juni 2006 nur der

Ermöglichung einer Umfinanzierung durch die UBS Deutschland AG dienen sollte (vgl. das Schreiben der F. an die FSK vom 13. Mai 2005, Anlage B34)

7.

436

Ein Anspruch der Klägerin aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte scheidet des Weiteren daran, dass sie sich das Mitverschulden der F. entgegenhalten lassen muss.

437

Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter muss sich der begünstigte Dritte - abgesehen von seinem eigenen Verschulden - grundsätzlich auch ein Mitverschulden des unmittelbaren Vertragspartners zurechnen lassen, weil ihm keine weitergehenden Rechte als dem unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers zustehen (BGH Urteil vom 14. Juni 2012, IX ZR 145/11, WM 2012, 1359-1364, zitiert auch in juris Rz. 35 m. H. a. BGH Urteil vom 13. November 1997, X ZR 144/94, WM 1998, 440, 442). Hier hat der unmittelbare Vertragspartner -nämlich F. - sowohl die Umbuchung der 2.436.400 T.-Aktien am 22. Juni 2006 auf ihr Depot bei der UBS Deutschland AG initiiert als auch die anschließende Verwertung der Aktien im Wege des Verkaufs an der Börse in Auftrag gegeben. Ohne entsprechenden Auftrag der F. wären sowohl der Depotübertrag im Sommer 2006 als auch der anschließende Aktienverkauf nicht möglich gewesen. Dieses Verhalten muss sich die Klägerin analog § 254 BGB als eigenes Mitverschulden zurechnen lassen.

8)

438

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 3 auch kein Schadensersatzanspruch aus gesetzlichen Anspruchsgrundlagen zu. Die FSK hat die Aktien durch Vereinbarung mit F. im Februar 2006 mit einem Pfandrecht belastet und sie hat die Aktien auf Verlangen der F. im Juni 2006 auf ein Depot der F. bei der UBS Deutschland AG in Hamburg übertragen. Der Klägerin steht insoweit weder ein Schadensersatzanspruch aus § 991 Abs. 2 BGB, noch aus § 823 Abs. 1 BGB, noch aus §§ 823 Abs. 1, 830 BGB oder §§ 826, 830 BGB noch ein Bereicherungsanspruch aus § 816 BGB zu.

a)

439

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 3 kein Schadensersatzanspruch aus § 989, § 991 Abs. 2 BGB zu.

440

Nach dieser Vorschrift haftet der Besitzer, der sein Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ableitet, der bei dem Erwerb des Besitzes in gutem Glauben ist, dem Eigentümer für den Schaden, der dadurch entsteht, dass die Sache verschlechtert

wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann, insoweit er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Diese Norm ist in dem vorliegenden Fall nicht direkt anwendbar. Sie ist aber auf den berechtigten Besitzer entsprechend anzuwenden.

aa)

441

Die Voraussetzungen dieser Norm sind nicht erfüllt. Sie setzt eine Vindikationslage voraus. An dieser fehlt es. Zwar war die Klägerin, ihren Vortrag unterstellt, juristische Eigentümerin der Aktien oder genauer Miteigentümerin der Globalurkunde. In dem Abschluss des Leihvertrages lag aber gerade keine Einigung (§ 929 BGB) zwischen ihr und F., dass das Eigentum an den Aktien auf letztere übergehen sollte. Der Leihvertrag sollte vielmehr gerade sicherstellen, dass das Eigentum nicht auf F. übergeht. Die FSK war auch Besitzerin der Aktien. Die Cl. Banking AG war unmittelbare Besitzerin der sammelverwahrten und globalverbrieften Aktien, nämlich der Globalurkunde, die FSK war mittelbare Besitzerin des Miteigentumsanteils der ersten Stufe und F. war als Depotinhaberin mittelbare Besitzerin der zweiten Stufe (vgl. BGH, Urt. v. 18. Januar 1996 – IX ZR 81/95, WM 1996, 518, juris-Rn. 11; Urt. v. 22.04.1997 – XI ZR 127/96, WM 1997, 1136, juris-Rn. 11; Klanten in: Schimansky/Bunte/Lwowoski, Bankrechtshandbuch, 4. Aufl. § 72 Rn. 101; MüKo-BGB/K.Schmidt, BGB, 6. Aufl., § 1008 Rn. 29). Die Beklagte war aber zum Besitz berechtigt. Denn sie leitete ihr Besitzrecht von F. ab, die aufgrund des Leihvertrages nach § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber der Klägerin zum Besitz berechtigt war.

bb)

442

§ 991 Abs. 2 BGB ist auf den berechtigten mittelbaren Besitzer entsprechend anzuwenden; eine Haftung der Beklagten zu 3 nach dieser Vorschrift kommt jedoch nicht in Betracht.

(1)

443

§ 991 Abs. 2 BGB ist jedoch auf Eigentumsverletzungen durch einen berechtigten mittelbaren Fremdbesitzer, dessen Oberbesitzer nicht der Eigentümer selbst ist, entsprechend anzuwenden (RGZ 157, 132, 135; OLG Schleswig, Urt. v. 12. Februar 1974 – 9 U 121/73, NJW 1974, 1712; OLG Hamburg, Urt. v. 12. Februar 1981 – 6 U 157/80, VersR 1982, 1204, 1205. A. A. Staudinger/Gursky, BGB, Neubearbeitung 2006, § 991 Rn. 7 mit umfassenden Nachweisen).

444

Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen

Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGHZ 170, 187, 191 Rn. 15). Die Unvollständigkeit des Gesetzes muss "planwidrig" sein (BGHZ 170, 187, 191 Rn. 15). Der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen und es ist zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist (BGHZ 149, 165, 174; 170, 187, 191 Rn. 15). Die dem Plan des Gesetzgebers widersprechende Lücke muss dabei nicht von Erlass des Gesetzes an bestehen, sondern kann sich auch später durch eine Veränderung der Lebensverhältnisse ergeben haben (BGHZ 170, 187, 191 Rn. 15). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Das Gesetz enthält eine planwidrige Regelungslücke, die nach der Intention des Gesetzgebers durch eine entsprechende Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB auf den berechtigten mittelbaren Besitzer zu schließen ist.

445

Das Gesetz enthält eine planwidrige Regelungslücke. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass der mittelbare Besitzer nicht fahrlässig handle, wenn ihm verborgen bliebe, dass ein anderer als derjenige, der ihm den Besitz gestattet hat, Eigentümer der Sache sei. Der mittelbare Besitzer haftete in diesem Fall nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht nach § 823 Abs. 1 BGB, weil ihn kein Fahrlässigkeitsvorwurf traf. So heißt es in Prot. I 4277 (zitiert nach Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht I §§ 854 – 1017, Seite 792):

446

"Man würde also auf dem von dem Antrage eingeschlagenen Wege dazu gelangen, die ermäßigte Haftung des Vindikationsbeklagten für einen jeden zur Herausgabe der Sache Verpflichteten eintreten zu lassen, welcher in Unkenntnis war über diese seine Verpflichtung, und dann auch die Haftung von vermeintlichen Berechtigten gegenüber dem negatorischen Ansprüche in ähnlicher Weise mildern zu müssen. Hiermit würde man aber viel zu weit gehen. Bei der Prüfung des Rechts zum Behalten und Benutzen fremder Sachen sei volle Sorgfalt gegenüber demjenigen zu verlangen gegenüber demjenigen, von welchem dieses Recht abgeleitet werde (...), während bei der Prüfung der Eigenthumsfrage eine solche zur Anwendung der Sorgfalt auffordernde Beziehung zwischen zwei Personen nicht gegeben sei. Deshalb liege ein genügender Grund nicht vor, die nach den Vorschriften über Delikte sich ergebende Haftung zu ermäßigen ...".

447

Nach dem heutigen Rechtsverständnis setzt fahrlässiges Handeln jedoch (nur) voraus, dass die Sorgfaltspflicht für den Schädiger erkennbar ist (BGH, Urt. v. 12. Juni 1990 – VI ZR 297/89, VersR 1990, 1289, 1291; Urt. v. 31. Mai 1994 – VI ZR 233/93, NJW 1994, 2232, 2233). "Eine zur Anwendung der Sorgfalt auffordernde Beziehung" wird nicht länger vorausgesetzt. Der berechtigte gutgläubige unverklagte mittelbare Besitzer könnte also, anders als bei der Schaffung des BGB vorausgesetzt, dem Eigentümer nach deliktsrechtlichen Vorschriften haften.

448

§ 991 Abs. 2 BGB intendiert den Schutz des redlichen unberechtigten Besitzers (Mugdan, Materialien zum BGB, III Sachenrecht, § 932 Abs. 2 BGB, Seite 226 f.). Der berechtigte Besitzer bedurfte dieses Schutzes nach dem Vorstehenden nicht, weil ihn im Falle der Verletzung des Eigentums in der Regel kein Fahrlässigkeitsvorwurf traf. Nach der Absicht des Gesetzgebers war der berechtigte Besitzer damit sogar noch weitgehender geschützt als der unberechtigte. Denn deliktisch konnte er bei einfacher Fahrlässigkeit nicht in Anspruch genommen werden und nach § 991 Abs. 2 haftete er mangels Vindikationslage nicht.

449

Durch das geänderte Verständnis des Fahrlässigkeitsbegriffs hat sich dieser Schutz in sein Gegenteil verkehrt. Der unberechtigte Besitzer kommt in den Schutz des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB, der berechtigte hingegen nicht. Letzterer haftet damit weitgehender als der unberechtigte.

450

Diese nachträglich entstandene Gesetzeslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB zu schließen. Denn nur so wird der bei der Gesetzgebung vorausgesetzte Schutz des berechtigten Besitzers erreicht.

(2)

451

Die Beklagte zu 3 haftet nicht nach § 991 Abs. 2 BGB. Sie ist der F. gegenüber nicht verantwortlich. F. und die FSK vereinbarten einvernehmlich, die Aktien mit einem Pfandrecht zugunsten der Beklagten zu 3 zu belasten und F. wies die FSK an, die der Beklagten zu 3 ohnehin verpfändeten Aktien auf das Depot bei der UBS Deutschland in Hamburg zu transferieren.

b)

452

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 3 kein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu. Der Anspruch ist nach § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB ausgeschlossen. Darüber hinaus trifft die FSK an einer etwaigen Eigentumsverletzung kein Verschulden. Schließlich macht die Klägerin keinen Schaden geltend, der auf der von ihr angenommenen Verletzung ihres Eigentums an den Aktien beruht.

aa)

453

Ein Anspruch der Klägerin nach § 823 Abs. 1 BGB ist nach § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB ausgeschlossen. Diese Norm schließt Schadensersatzansprüche gegen den gutgläubig unverklagten Besitzer aus, insbesondere deliktische

Schadensersatzansprüche (BGHZ 108, 353, 360, juris-Rn. 15; BGH, Urt. v. 21.01.1980 – II ZR 111/79, WM 1980, 891, 892, juris-Rn. 10). Ist der Fremdbesitzer insbesondere gutgläubiger (berechtigter) Besitzmittler eines Dritten, so bestimmt sich seine Haftung gegenüber dem Eigentümer nach § 991 Abs. 2 BGB (RGZ 157, 132, 135). In diesem Fall kann der Fremdbesitzer von dem Eigentümer nicht aus § 823 BGB in Anspruch genommen werden, wenn und soweit ihm der Dritte die das Eigentum verletzende Verfügung über die Sache in rechtlich einwandfreier Weise erlaubt hatte (RGZ 157, 132, 135). Dies war vorliegend nach dem Vorstehenden der Fall.

bb)

454

Das Eigentum der Klägerin an den Aktien könnte die FSK von vornherein nur dadurch verletzt haben, dass sie die Aktien in Absprache mit F. am 28. Februar/3. März 2006 mit einem Pfandrecht belastete. Das ist hier bereits deshalb nicht der Fall, weil die Aktien zu diesem Zeitpunkt bereits mit einem zugunsten der FSK seit November 2002 bestehenden Pfandrecht belastet waren.

455

Eine Verletzung des Eigentums der Klägerin an den Aktien durch die FSK wegen der Veräußerung über die Börse an gutgläubige Dritte kommt nicht in Betracht. Denn nicht die FSK, sondern F. veräußerte die Aktien. Eine Haftung der Beklagten kommt deshalb nur in Betracht, wenn die FSK Mittäter oder Beteiligte (§ 830 BGB) der Eigentumsverletzung durch F. wäre (dazu sogleich).

cc)

456

Die FSK hätte das Eigentum der Klägerin selbst dann nicht schuldhaft verletzt, wenn sie – was tatsächlich nicht der Fall war (weil bereits zu ihren Gunsten ein Pfandrecht bestand)- pflichtwidrig mit der F. ein neues Pfandrecht an den Aktien bestellt hätte. Sie haftet nämlich nicht für einfache Fahrlässigkeit.

(1)

457

Vorliegend haftet die FSK nicht schon bei einfacher Fahrlässigkeit, sondern nur bei grober Fahrlässigkeit. Denn nach § 932 BGB wird derjenige, welcher vom Nichteigentümer erwirbt, grundsätzlich Eigentümer und erwirbt das Eigentum nur dann nicht, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Dem widerspräche es, wenn man in dem Erwerb vom Nichteigentümer eine Eigentumsverletzung sähe, die unter dem Gesichtspunkt des § 823 Abs. 1 BGB schon bei leichter Fahrlässigkeit den Erwerber zur Herausgabe der erworbenen Sache oder zum Ersatz des dem wahren Eigentümer durch ihren Verlust entstandenen Schadens verpflichten würde (BGH, Urt. v. 25. April 1967 – VII ZR 1/65, NJW 1967, 1660, 1661 f.). In § 932 BGB ist vielmehr klar der

Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen, dass dem ohne grobe Fahrlässigkeit handelnden Erwerber die Sache verbleiben und ihm nicht auf dem Wege über § 823 Abs. 1 BGB wieder genommen werden soll (BGH, Urt. v. 25. April 1967 – VII ZR 1/65, NJW 1967, 1660, 1661). Dieser Grundsatz gilt für den Erwerb eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache nach § 1205 Abs. 1 Satz 2, § 1207 BGB entsprechend.

(2)

458

F. hat der FSK durch Vereinbarung vom 28. Februar/3. März 2006 (Anlage B 15) ein Pfandrecht an den in ihrem Depot befindlichen Aktien bestellt. Die Beklagte zu 3 hätte dieses Pfandrecht – unterstellt sie wäre bis dahin noch keine Pfandrechtsgläubigerin gewesen- nach § 1205 Abs. 1 Satz 2, § 1207, § 932 BGB, § 366 HGB gutgläubig erworben.

(a)

459

Da die FSK zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung mittelbare Besitzerin erster Stufe der Aktien bzw. des Miteigentumsanteils an der Globalurkunde war, richtete sich die Bestellung des Pfandrechts nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 22. April 1997 – XI ZR 127/96, WM 1997, 1136, juris-Rn. 11). Vorliegend einigten sich F. und die FSK dahin gehend, dass erstere der letzteren an den in dem Depot befindlichen Aktien (Miteigentumsanteilen) ein Pfandrecht bestellte.

(b)

460

Dieses Pfandrecht hätte die FSK gutgläubig erworben.

461

Die FSK handelte nicht grob fahrlässig, als sie mit F. vereinbarte, ihr ein Pfandrecht an den Aktien zu bestellen. Die FSK war sowohl im Hinblick auf das Eigentum der F. an den Aktien (§ 932 BGB) als auch im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis der F. (§ 366 Abs. 1 HGB) gutgläubig. Der Erwerber einer beweglichen Sache ist nach § 932 Abs. 2 BGB dann nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört (§ 932 BGB) oder er nicht über sie verfügen darf (§ 366 HGB).

462

Die FSK nahm an, F. sei Eigentümerin der Aktien; das steht, wie bereits mehrfach erwähnt, zur Überzeugung des Senats fest. Das Eigentum der Klägerin an den Aktien wäre der FSK auch nicht infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Auch das steht zur Überzeugung des Senats fest. Die FSK konnte nicht erkennen, dass F. zum 1. Januar 2006 (vgl. § 1 Ziff. 1.1 der Anlage K 9) tatsächlich nicht mehr Eigentümerin

von Aktien der T. AG war. Die Aktien waren für die Darlehensverbindlichkeiten der F. bei der FSK wirksam verpfändet worden. In dieser Situation hat sich F. bzw. ihr Geschäftsführer vertragsbrüchig verhalten. Er versprach der Klägerin sowohl wirtschaftliches und rechtliches Eigentum an den streitgegenständlichen 1.864.800 Aktien und sicherte ihr nach Ablauf der bis zum 30. November 2006 befristeten BGB-Leihe eine Kaufoption für 3,45 Mio. € zu. Damit setzte er sich gemeinsam mit dem Geschäftsführer der Klägerin über die der FSK zustehenden Pfandrechte und abgetretenen Mitgliedschaftsrechte hinweg. Es ist seitens der FSK nicht grob fahrlässig, mit einem derart vertragsbrüchigen Verhalten nicht zu rechnen. Die von der Klägerin dargelegten Umstände vermögen eine grob fahrlässige Unkenntnis der FSK von dem fehlenden Eigentum der F. nicht zu begründen.

463

Ferner durfte die FSK F. sowohl für die Eigentümerin der in ihrem Depot befindlichen Aktien als auch zur Verfügung über diese Aktien befugt halten (§ 366 HGB). F. hatte in den Unwiderruflichen Erklärungen vom 28. Dezember 2005 gerade erklärt, Eigentümerin der Aktien zu sein. Die Verfügungsbefugnis ergab sich darüber hinaus aus der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005. In der Vereinbarung teilte F. der Beklagten zu 3 mit, sich schuldrechtlich gegenüber der Klägerin verpflichtet zu haben, nicht über die Aktien zu verfügen (§ 137 Satz 2 BGB). Das setzt denklogisch voraus, dinglich Verfügungsbefugt zu sein. Die Vereinbarung einer schuldrechtlichen Verfügungsbeschränkung hindert den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis nicht, weil sie keine dinglichen Wirkungen entfaltet (§ 137 Satz 1 BGB).

dd)

464

Die Klägerin macht des Weiteren keinen Schaden geltend, der auf der Belastung der Aktien mit dem Pfandrecht beruht. Zugunsten der FSK bestand bereits seit 2002 ein berechtigtes Pfandrecht an den Aktien. Überdies hätte die Klägerin wegen der Belastung der Aktien mit dem Pfandrecht nur nach § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Naturalrestitution Beseitigung des Pfandrechts verlangen können. § 249 Abs. 2 BGB ist nicht einschlägig, weil die Belastung die Aktien (Miteigentumsanteile) nicht beschädigt. Diesen Anspruch auf Naturalrestitution hat die Klägerin zu keiner Zeit geltend gemacht. Aus seiner verzögerten Erfüllung kann ihr damit von vornherein kein Schaden entstanden sein.

c)

465

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 3 kein Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1, § 830 BGB oder §§ 826, 830 BGB zu. Es steht nicht fest, dass die FSK in Kenntnis der Tatumstände und mit einem auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen handelte.

466

Die Voraussetzungen einer Teilnahme an einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB richten sich nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Danach verlangt die Teilnahme neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern; objektiv muss eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen getragen war (BGH, Urt. v. 15. Mai 2012 – VI ZR 166/11, WM 2012, 1333, 1335 Rn. 17; Urt. v. 3. Dezember 2013 – XI ZR 295/12, WM 2014, 71, 73 Rn. 29).

467

Der Klägerin ist es nicht gelungen zu beweisen, dass die Beklagte zu 3 wusste, dass F. mit der Verpfändung und der Veräußerung das Eigentum der Klägerin an den Aktien verletzte. Die Argumentation fußt insoweit auf der Behauptung, die FSK habe bei Abschluss der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 gewusst, dass F. kein Eigentum an den 1.864.800 Aktien mehr hatte und ihr, der FSK, auch kein wirksames Pfandrecht daran zustand. Dies zu beweisen, ist der Klägerin nicht gelungen; vielmehr steht zur Überzeugung des Senats das Gegenteil fest: Zugunsten der FSK bestand bereits seit November 2002 ein wirksames Pfandrecht an den Aktien. Die FSK wusste Ende 2005 nicht, dass F. seit dem 1. Januar 2006 nicht mehr Eigentümerin von 1.864.800 Aktien der T. AG war und dass diese Aktien zum 30. November 2006 pfandfrei gegen Zahlung von 3,45 Mio. € der Klägerin zustehen sollten.

468

Für ein kollusives Zusammenwirken der Beklagten zu 3 bzw. deren Vorstände mit dem Beklagten zu 1 zum Nachteil der Klägerin (§ 826 BGB) fehlt es an objektiven Anhaltspunkten. Bis zum 31. Dezember 2005 war F. – selbst nach dem eigenen Vortrag der Klägerin (vgl. Anlage K 9) – juristische und wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien. Wenn nunmehr die Klägerin einen Unrechtspakt zwischen den Beklagten behauptet, so setzt dies voraus, dass die Beklagte zu 3 von der nach dem Vertrag vom 22. Dezember 2005 eintretenden Rechtsänderung –Übergang des Eigentums von F. auf die Klägerin zum 1. Januar 2006 – wusste. Vorher kann es keinen Unrechtspakt gegeben haben, weil tatsächlich alle Rechte an den Aktien (bis auf das Stimmrecht) bei F. bzw. der FSK lagen. Insoweit fehlt jedwede substantiierte Darlegung der Klägerin. Die Behauptung eines "bereits seit dem Jahr 2001 zwischen den Beklagten zu 1 und 3 geschlossenen Unrechtspakts" ist deshalb unbehelflich. Bei der Behauptung der Klägerin, die unwiderrufliche Erklärung der F. vom 28. Dezember 2005 (Anlage B 10) sei zwischen den Beklagten abgesprochen und nur vorgetäuscht gewesen, handelt es sich um eine bloße Mutmaßung. Die behauptete Kenntnis der Beklagten zu 3 von dem fehlenden Eigentumsrecht der F. an den Aktien bei Unterzeichnung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 ist schon deshalb unerheblich, weil F. - selbst nach dem eigenen Vortrag der Klägerin (vgl. Anlage K9) - jedenfalls bis zum Ablauf des 31. Dezember 2005 juristische und wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien gewesen ist.

469

Der Umstand, dass sich die FSK nach dem 30. November 2006 zunächst weigerte, die Anfrage der Klägerin zum Verbleib der T.-Aktien zu beantworten, ist kein Indiz für den behaupteten "Unrechtsakt". Die FSK durfte vielmehr zunächst aufgrund des Bankgeheimnisses (schließlich war die Klägerin nicht ihre Vertragspartnerin) die erbetene Auskunft verweigern. Erst im Zuge des durch die Strafanzeige eingeleiteten Ermittlungsverfahrens bei der Staatsanwaltschaft Kiel (Az. 545 Js 67249/06) durfte die FSK im Rahmen der Sachaufklärung die Klägerin mit Schreiben vom 11. Dezember 2006 über die bereits erfolgte Anfechtung informieren (Anlage K 17).

470

Der Senat ist davon überzeugt, dass die Beklagte zu 3 erst nach Anhängigkeit der Klage am 12. März 2007 (Bl. 135 GA) von dem Vertrag vom 22. Dezember 2005 (Anlage K 9) Kenntnis erlangt hat. Dieser Umstand hatte –chronologisch konsequent– die weitere Anfechtung der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 mit Schreiben vom 4. April 2007 (Anlage B 16) zur Folge.

d)

471

Auch der Höhe nach steht der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zu.

aa)

472

Insoweit kann offenbleiben, ob die Klägerin überhaupt, wie von ihr behauptet, Eigentümerin der in das Depot der F. eingebuchten Aktien war. Sie hat zwar behauptet, die Aktien stammten aus einem von ihr geführten Depot bei der UBS Z.. Das hat die Beklagte zu 3 jedoch substantiiert in Abrede gestellt und behauptet, die Aktien stammten aus einem Depot der F. bei der DB AG.

bb)

473

Zur Überzeugung des Senats steht zwar fest, dass die Klägerin, ihr Geschäftsführer, die Beklagten zu 1 und 2, M. und F. am 22. Dezember 2005 den als Anlage K 9 vorgelegten Vertrag geschlossen haben. Daraus ließe sich eine Eigentumsübertragung der Aktien von F. auf die Klägerin nach § 929 S. 2 BGB ableiten. Dies wird bekräftigt durch die "Gemeinsame Erklärung" vom 22. Dezember 2005 (Anlage K 232), deren Inhalt jedenfalls zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Beklagte zu 1 unstrittig ist. Den Inhalt dieser Erklärung hat der Beklagte zu 1 durch seine Weisung an die FSK vom 17. November 2006 (K14) noch einmal bestätigt.

474

Andererseits ist der Klägerin – trotz ihres formaljuristischen Eigentums an den Aktien - kein Schaden entstanden. Das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien lag wegen der vorrangigen Abtretung und der wirksamen Pfandrechtsbestellung bereits bei der

FSK. Die Klägerin konnte aufgrund der Vereinbarung vom 22. Dezember 2005 allenfalls über das Stimmrecht an den Aktien verfügen (s.o. Ziff. 5). Ein wirtschaftlicher Schaden ist der Klägerin allein durch den Verlust ihres juristischen Eigentums jedenfalls nicht entstanden.

e)

475

Die Klägerin trifft an der Entstehung des Schadens schließlich ein ganz überwiegendes Mitverschulden. Dieses rechtfertigt es, ihren Schadensersatzanspruch ganz auszuschließen. Nur klarstellend ist insoweit auszuführen, dass § 254 Abs. 1 BGB auch für den auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruch gilt.

476

Die Klägerin musste den Grund der Anfechtbarkeit der Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 kennen. Ihr sind das Wissen und die fahrlässige Unkenntnis ihres Geschäftsführers nach § 31 BGB zuzurechnen. Dieser hätte wissen müssen, dass die Vereinbarung vom 29./30. Dezember 2005 zumindest wegen einer Täuschung über das Eigentum an den einzubuchenden Aktien anfechtbar war. Hierfür spricht zunächst der von der Klägerin behauptete – zu prüfen ist ja zunächst die Schlüssigkeit ihres Vortrags – in der Anlage K 9 niedergelegte Vertrag vom 22. Dezember 2005. In diesem Vertrag lieh die Klägerin F. 1.864.800 Aktien. Bereits die Leihe von Aktien ist ausgesprochen ungewöhnlich. Dem Geschäftsführer musste sich aufdrängen, dass eine derartige Leihe, die gegenüber der FSK nicht offengelegt werden sollte, dieser suggerieren würde, die in dem Depot der F. befindlichen Aktien stünden in deren Eigentum. Der Geschäftsführer der Klägerin wusste von den "Trixereien" des Beklagten zu 1 mit der FSK (EMail vom 1. Dezember 2005 – Anlage K 5 – Blatt 75 GA). Genau aus diesem Grund nahm der Geschäftsführer der Klägerin Anfang Dezember 2005 Rechtsrat in Anspruch und ließ die Frage klären, ob er durch das Verleihen der Aktien möglicherweise Beihilfe zu einem Kreditbetrug leiste. Vor diesem Hintergrund musste es sich ihm nicht nur aufdrängen, dass der Beklagte zu 1 die Aktien möglicherweise als solche der F. deklarieren würde, sondern er erkannte die Gefahr sogar tatsächlich. Die Umstände, die die zweite Anfechtung der F. vom 4. April 2007 begründeten, waren ihm damit bekannt und hätten ihm zumindest bekannt sein müssen. Schließlich war ihm auch das zugunsten der FSK bestehende Pfandrecht an den Aktien der F. bekannt. Er hatte als Vorstand der T. AG – trotz unstreitiger Kenntnis des Hauptversammlungsprotokolls vom 27. Dezember 2002 - mehrfach erklärt (24. November 2002, B6; und 6. Dezember 2004, K97), die ihm jeweils angezeigten Verpfändungen beachten zu wollen.

f)

477

Da der Klägerin bereits kein Anspruch auf Schadensersatz auf Naturalrestitution in Form der Lieferung der Aktien zusteht, steht ihr auch kein Anspruch auf Ersatz von Schäden, die aus der verzögerten Erfüllung dieses Anspruchs resultieren sollen, zu. Im Übrigen gelten zur Höhe die Ausführungen zum Beklagten zu 1 entsprechend (s.o. B, Ziff. 2b). Auch insoweit hat die Klägerin in erster Instanz unstreitig gestellt, die

Aktien nicht veräußern zu wollen und ist sie mit ihrem gegenteiligen Vorbringen in der Berufungsinstanz ausgeschlossen. § 252 BGB ist aus den ausgeführten Gründen auch auf etwa gegenüber der Beklagten zu 3 gegenüber bestehende Schadensersatzansprüche nicht anzuwenden.

g)

478

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 3 kein Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Denn nicht die FSK, sondern F. hat über die Aktien verfügt.

479

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

480

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Abweisung des Anspruchs gegen den Beklagten zu 1 beruht ausschließlich auf tatsächlichen Feststellungen. Im Hinblick auf die Höhe des gegen ihn gerichteten Anspruchs werden die Erwägungen zu § 252 BGB wegen der tatsächlich nicht bestehenden Veräußerungsabsicht nicht entscheidungserheblich. Im Hinblick auf die gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Klage werden die möglicherweise grundsätzlichen Ausführungen zu der generellen rechtlichen Natur eines Sperredepots und wiederum zu § 252 BGB wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen nicht entscheidungserheblich.