Urteil Az. I-9 U 7/10*

OLG Düsseldorf

24. Januar 2011

Tenor

1 Auf die Berufung der Kläger zu 2) und 3) wird das am 06.08.2009 verkündete Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf teilweise abgeändert und bezüglich der Kläger zu 2) und 3) wie folgt neu gefasst:

2 Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger zu 2) 40.712,08 nebst 4 % Zinsen

3 aus 10.000,00 vom 22.09.2004 bis zum 05.10.2004,

4 aus 21.000,00 vom 06.10.2004 bis zum 28.10.2004,

5 aus 41.000,00 vom 29.10.2004 bis zum 15.02.2006 und

6 aus 40.712,08 vom 16.02.2006 bis zum 13.10.2008,

7 Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 40.712,08 seit dem 14.10.2008

8 sowie weitere 881,20 zu zahlen.

9 Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger zu 3) 9.966,54 nebst 4 % Zinsen aus 10.000,00 vom 03.12.2003 bis zum 07.09.2005 und aus 9.966,54 vom 08.09.2003 bis zum 13.10.2008 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.966,54 seit dem 14.10.2008 zu zahlen.

10 Im Übrigen wird die Klage der Kläger zu 2) und 3) abgewiesen.

11 Von den Kosten des ersten Rechtszuges trägt der Kläger zu 1) 51 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Beklagten sowie seine gesamten eigenen außergerichtlichen Kosten. Die übrigen Kosten beider Rechtszüge trägt

*http://openjur.de/u/760481.html (= openJur 2015, 4388)

die Beklagte.

12 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweils vollstreckende Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

13 Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

14 I.

15 In der Berufungsinstanz begehren noch die Kläger zu 2) und 3) von der Beklagten,einem US-amerikanischen Brokerunternehmen, den Ersatz von Verlusten aus Börsentermingeschäften an der New Yorker Börse.

16 Die der New Yorker Börsenaufsicht unterliegende Beklagte arbeitet weltweit mit Vermittlern zusammen, denen sie über ihre Online-Plattform den - mangels entsprechender Zulassung der Vermittler sonst nicht gegebenen - Zugang zu US-amerikanischen Börsen zur Ausführung von Wertpapiergeschäften ermöglicht. Die Vermittler können die Kauf- und Verkaufsorders ihrer Kunden sowie ihre eigenen Provisionen und Gebühren unmittelbar in das Online-System der Beklagten eingeben, wo sie vollautomatisch bearbeitet und verbucht werden.

17 Einer dieser Vermittler war im streitgegenständlichen Zeitraum der unter der FirmaS... Invest handelnde Kaufmann S... mit Sitz in D..., der über eine deutsche aufsichtsrechtliche Erlaubnis als Finanzdienstleister verfügte. Die Beklagte hatte mit ihm am 21.08.2003 ein Verrechnungsabkommen ("Fully disclosed clearing agreement") geschlossen, wegen dessen Einzelheiten auf die Anlage B 2 verwiesen wird.

18 Im September 2004 richtete der Kläger zu 2) auf Vermittlung der S... Invest, mit der er durch einen Geschäftsbesorgungsvertrag (Bl. 29 ff. der Beiakte 1 O 212/05 Landgericht Bückeburg) verbunden war, ein Transaktionskonto bei der Beklagten ein, auf das er vom 21.09.2004 bis zum 29.10.2004 in drei Tranchen insgesamt 41.000 einzahlte. Dieser Geschäftsverbindung lag ein nur vom Kläger zu 2) unterschriebener Kontoführungsvertrag ("Option Agreement and Approval Form", Anlage B 4) zugrunde, auf dessen Rückseite die als Anlage B 7 überreichten Geschäftsbedingungen der Beklagten abgedruckt waren. Nach Durchführung mehrerer Terminoptionsgeschäfte wurde am 16.02.2006 das Restguthaben von 287,92 an den Kläger zu 2) ausgezahlt.

19 Im November 2003 eröffnete auch der Kläger zu 3), der ebenfalls einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit der S... Invest geschlossen hatte (Anlage K 13), auf deren Vermittlung ein Transaktionskonto bei der Beklagten und zahlte am 02.12.2003 10.000,00 ein. Auch er hatte einen nur von ihm unterschriebenen Kontoführungsvertrag mit der Beklagten geschlossen (Anlage B 5), der auf der Rückseite die bereits erwähnten Geschäftsbedingungen der Beklagten enthielt. Nach zwei Optionsgeschäften, die jeweils mit einem Totalverlust endeten, erhielt er am 08.09.2005 das Restguthaben von 33,46 gutgeschrieben.

20 Die Kläger zu 2) und 3) haben behauptet, die Geschäfte über die Beklagte seien ihre ersten Börsentermingeschäfte gewesen. Über deren Risiken seien sie nicht aufgeklärt worden. Die S... Invest habe sie vorsätzlich sittenwidrig geschädigt, indem sie sie ohne eine solche Aufklärung zu Geschäften veranlasst habe, die aufgrund überhöhter Gebühren praktisch chancenlos gewesen seien. Hieran habe sich die Beklagte mit zumindest bedingtem Vorsatz beteiligt.

21 Die Kläger zu 2) und 3) haben beantragt,

22 die Beklagte zu verurteilen,

23 an den Kläger zu 2) 40.712,08 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

24 aus 10.000,00 vom 22.09.2004 bis zum 05.10.2004,

25 aus 21.000,00 vom 06.10.2004 bis zum 28.10.2004,

26 aus 41.000,00 vom 29.10.2004 bis zum 15.02.2006 und

27 aus 40.712,08 seit dem 16.02.2006

28 sowie weitere 881,20 zu zahlen;

29 an den Kläger zu 3) 9.966,54 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz

30 aus 10.000,00 vom 03.12.2003 bis zum 07.09.2005 und

31 aus 9.966,54 seit dem 08.09.2003

32 sowie weitere 445,66 zu zahlen.

33 Die Beklagte hat beantragt,

34 die Klage abzuweisen,

35 sowie widerklagend, hilfsweise für den Fall des Obsiegens und für den Fall, dass das Landgericht seine Zuständigkeit hinsichtlich der Klage feststellt,

36 den Kläger zu 2) zu verurteilen, an sie 1.481,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und

37 den Kläger zu 3) zu verurteilen, an sie 749,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

38 Sie hat die internationale Unzuständigkeit der deutschen Gerichte gerügt und die Einrede des Schiedsvertrages erhoben. In der Sache hat sie eine Haftung für die Verluste der Kläger mit umfangreichen Sach- und Rechtsausführungen in Abrede gestellt und sich auf Verjährung etwaiger Ersatzansprüche berufen. Vielmehr hätten die Kläger ihrerseits wegen ihrer unberechtigten Forderungen ihre - der Beklagten - vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu erstatten.

39 Die Kläger zu 2) und 3) haben beantragt,

40 die Widerklage abzuweisen.

41 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil und im Berichtigungsbeschluss vom 06.10.2009 Bezug genommen(§540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

42 Das Landgericht hat Klage und Widerklage - auch soweit sie vom am Berufungsverfahren nicht mehr beteiligten Kläger zu 1) erhoben worden bzw. gegen ihn gerichtet waren - abgewiesen. Es hat die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Ansprüche aus unerlaubter Handlung angenommen und die in den Geschäftsbedingungen der Beklagten enthaltene Schiedsklausel als unwirksam angesehen. In der Sache hat es Schadensersatzansprüche der Kläger jedoch verneint, weil die Beklagte nicht zu deren Aufklärung über die Risiken von Börsentermingeschäften verpflichtet gewesen sei und sich auch nicht zumindest bedingt vorsätzlich an einem etwaigen deliktischen Verhalten der S... Invest beteiligt habe. Gebührenschinderei oder Rückvergütungen der Beklagten an die S... Invest seien ebenfalls nicht feststellbar. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

43 Mit der Berufung verfolgen die Kläger zu 2) und 3) ihr erstinstanzliches Begehren mit Einschränkungen bei der Zinshöhe und den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten weiter. Sie verweisen auf die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und machen geltend, auf ihre - tatsächlich gegebene - Aufklärungsbedürftigkeit und auf die fehlende Risikoaufklärung durch die Vermittler komme es nicht einmal an, weil sich die Haftung der S... Invest nach §826 BGB bereits aus der Sittenwidrigkeit ihres Geschäftsmodells ergebe. An dieser unerlaubten Handlung habe sich die Beklagte zumindest mit bedingtem Vorsatz beteiligt.

44 Die Kläger beantragen nunmehr,

45 unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen,

46 1.

47 an den Kläger zu 2) 40.712,08 nebst 4 % Zinsen

48 aus 10.000,00 vom 22.09.2004 bis zum 05.10.2004,

49 aus 21.000,00 vom 06.10.2004 bis zum 28.10.2004,

50 aus 41.000,00 vom 29.10.2004 bis zum 15.02.2006 und

51 aus 40.712,08 vom 16.02.2006 bis zum 13.10.2008,

52 Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 40.712,08 seit dem 14.10.2008

53 sowie weitere 881,20 zu zahlen;

54 2.

55 an den Kläger zu 3) 9.966,54 nebst 4 % Zinsen

56 aus 10.000,00 vom 03.12.2003 bis zum 07.09.2005 und

57 aus 9.966,54 vom 08.09.2003 bis zum 13.10.2008 sowie

58 Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.966,54 seit dem 14.10.2008 zu zahlen.

59 Die Beklagte beantragt,

60 die Berufung zurückzuweisen.

61 Sie verteidigt im Ergebnis das angefochtene Urteil und tritt den Ausführungen der Kläger zu 2) und 3) im Einzelnen entgegen. Darüber hinaus wendet sie sich nochmals gegen die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, erhebt weiterhin die Einrede des Schiedsvertrages und rügt die Anwendung des deutschen Deliktsrechts. Die Kläger zu 2) und 3) hätten zudem weder ihre Aufklärungsbedürftigkeit noch den Inhalt der ihnen von der S... Invest erteilten Risikoaufklärung hinreichend dargetan. Jedenfalls habe sie - die Beklagte - sich nicht an unerlaubten Handlungen zu ihrem Nachteil beteiligt. Eine etwaige sittenwidrige Schädigung durch die S... Invest oder gar die Sittenwidrigkeit deren Geschäftsmodells habe sie nicht erkennen können. Schließlich beruft sie sich auf

ein Mitverschulden der Kläger zu 2) und 3) und erhebt erneut die Einrede der Verjährung.

62 Wegen der weitere Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen und auf die Sitzungsniederschriften beider Rechtszüge verwiesen.

63 Die Akte 1 O 212/05 Landgericht Bückeburg lag vor und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

64 II.

65 Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Die Beklagte schuldet den Klägern zu 2) und 3) den begehrten Schadensersatz, denn sie hat sich an einer von der S... Invest begangenen unerlaubten Handlung mit bedingtem Vorsatz beteiligt (§§826, 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB).

66 1.

67 Das Landgericht hat die Klage zu Recht als zulässig angesehen.

68 a)

69 Die deutschen Gerichte sind international zuständig, weil der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß §32 ZPO eröffnet ist. Nach dem im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung maßgeblichen Vorbringen der Kläger zu 2) und 3) hat die S... Invest sie durch die Vermittlung chancenloser Optionsgeschäfte vorsätzlich sittenwidrig geschädigt (§826 BGB). Die Beklagte soll zu dieser in Deutschland begangenen unerlaubten Handlung zumindest bedingt vorsätzlich Beihilfe geleistet haben. Da sich bei Beteiligung mehrerer an einer unerlaubten Handlung jeder Beteiligte die von einem anderen Beteiligten erbrachten Tatbeiträge nicht nur im Rahmen des §830 BGB, sondern auch des §32 ZPO zurechnen lassen muss, ist damit auch für die Beklagte der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in Düsseldorf und somit die hiesige internationale Zuständigkeit gegeben (vgl. BGH WM 2010, 749, 750; BGH WM 2010, 2032, 2033).

70 b)

71 Die von der Beklagten erhobene Einrede des Schiedsvertrages steht der Klage voreinem staatlichen Gericht nicht entgegen.

72 aa)

73 Weder die Schiedsklausel in Nr. 15 der auf der Rückseite der Kontoführungsverträge abgedruckten Geschäftsbedingungen der Beklagten (Anlage B 7) noch die in dem Merkblatt “Terms and Conditions“ (Anlage B 9) enthaltene Schiedsklausel

genügen der in Art. II des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958 (UNÜ) vorgeschriebenen Form, die auch in der hier gegebenen Einredesituation des §1032 Abs. 1 ZPO gewahrt sein muss, denn sie sind weder von den Parteien unterzeichnet worden oder in einem von ihnen unterzeichneten Vertrag enthalten noch waren sie Bestandteil eines Schriftwechsels im Sinne des Art. II Abs. 2 UNÜ.

74 Die Kontoführungsverträge, auf deren Rückseite u. a. die Schiedsklausel der Beklagten abgedruckt ist, wurden jeweils nur von den Klägern zu 2) und 3) unterschrieben und erfüllen damit nicht das beiderseitige Schriftformerfordernis. Sie sehen ein Unterschriftenfeld für die Beklagte und damit eine Unterzeichnung durch sie nicht einmal vor. Insoweit kommt auch eine wirksame Vereinbarung durch einen Schriftwechsel nicht in Betracht. Ungeachtet der - vom Bundesgerichtshof in seinen Urteilen vom 08.06.2010 nicht besonders erörterten (vgl. BGH WM 2010, 2025, 2028; BGH WM 2010, 2032, 2033) - Frage, ob der Austausch nicht oder nur einseitig unterzeichneter Vertragsausfertigungen überhaupt als "schriftliche Vereinbarung" im Sinne des Art. II Abs. 2 UNÜ ausreichen kann, kann jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen nicht von einem Schriftwechsel zwischen den Parteien die Rede sein. Die Formulare für den Kontoführungsvertrag wurden von den Vermittlern bereitgehalten und nach Unterzeichnung durch den Anleger der Beklagten zugeleitet. Dass diese den Klägern zu 2) und 3) einen vorbereiteten Vertrag übermittelt und unterschrieben zurückerhalten hätte, trägt sie selbst nicht vor. Dann fehlt es aber an hinreichend verkörperten Erklärungen, die als Schriftwechsel nach Art. II Abs. 2 UNÜ gewertet werden könnten. Dass diese Regelung nicht abschließend sein mag, führt nicht ohne Weiteres zur Wirksamkeit von Schiedsabreden, die der Formvorschrift nicht genügen. Der vorliegende Sachverhalt ist jedenfalls nicht mit den in Art. II Abs. 2 UNÜ aufgeführten Fällen vergleichbar.

75 Gleiches gilt für das Merkblatt "Terms and Conditions", das von der Beklagten einseitig den nach Vertragsabschluss übersandten Kontoauszügen beigefügt wurde (vgl. BGH WM 2010, 2025, 2028; BGH WM 2010, 2032, 2033 f.). Im Übrigen enthält dieses Merkblatt eine von den Geschäftsbedingungen der Beklagten abweichende Schiedsklausel, auf die sich die Beklagte erstmals in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 08.11.2010 berufen hat. Das gibt dem Senat keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Dass die Beklagte bereits zuvor auf die - sachlich auf die Schiedsklausel im Merkblatt beschränkte - Rechtswahlklausel verwiesen hatte, ist insoweit unerheblich.

76 bb)

77 Die somit allein maßgebliche Schiedsklausel in Nr. 15 der Geschäftsbedingungen der Beklagten genügt auch nicht den Formvorschriften des nationalen Rechts, dessen Anwendung über den Meistbegünstigungsgrundsatz (Art. VII UNÜ) eröffnet ist.

78 Nach den hier noch anwendbaren Art. 27 ff. EGBGB a.F. gilt insoweit mangels wirksame Rechtswahl der Parteien das Statut des Hauptvertrages, mit dem die Schiedsvereinbarung regelmäßig die engste Verbindung aufweist (Art. 28 Abs. 1 EGBGB a.F.). Dieser unterliegt gemäß Art. 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 35 Abs. 1 EGBGB a.F., deren Anwendung in der hier vorliegenden Fallgestaltung auch Art. 29 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EGBGB a.F. nicht entgegensteht, dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes der Kläger zu 2) und 3) (eingehend BGH WM 2010, 2025, 2028 f.; BGH WM 2010, 2032, 2034), vorliegend mithin deutschem Sachrecht, weil die Kläger zu 2) und 3) die Optionsgeschäfte im Rahmen ihrer privaten Vermögensverwaltung und damit als Verbraucher im Sinne des §13 BGB durchgeführt haben (vgl. BGH WM 2010, 2025, 2029 m.w.N.). Diese Darstellung der Kläger zu 2) und 3) wird schon dadurch gestützt, dass die Verträge mit der S... Invest und der Beklagten sowie die gesamte Korrespondenz jeweils unter den Privatanschriften der Kläger zu 2) und 3) ohne jeden Hinweis auf einen gewerblichen Bezug geschlossen bzw. geführt wurden und auch die vom Kläger zu 2) zur Beiakte 1 O 212/05 Landgericht Bückeburg gereichten Kontoauszüge, die die Überweisungen an die Beklagte bzw. die S... Invest belegen (Bl. 25, 41, 44, 46 und 48 BA), keinen geschäftlichen Bezug erkennen lassen. Insbesondere finden sich dort weder Kundenzahlungen noch Betriebsaufwendungen, sondern Abbuchungen, die - wie etwa Lottoservice, "Premiere" oder kleinere Versicherungsbeiträge - typischerweise der privaten Lebensführung zuzuordnen sind. Maßgeblich kommt hinzu, dass die Kläger zu 2) und 3) in den Kontoführungsverträgen mit der Beklagten (Anlagen B4 und B5) jeweils den Anlagezweck "Speculation" angegeben haben. Der Kläger zu 2) ist selbständiger Heizungsinstallateur, der Kläger zu 3) ist bis zum hier maßgeblichen Schluss der mündlichen Verhandlung nur als "selbständig" bezeichnet worden (in seinem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 04.11.2010 ist von einer Tätigkeit als Industriekaufmann in einem Ein-Mann-Betrieb die Rede). Aktienspekulationen an ausländische Börsen gehören aber üblicherweise nicht zum Geschäftsgegenstand solcher Betriebe (oder auch nur nicht näher spezifizierter selbständiger Tätigkeiten). Greifbare Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger zu 2) und 3) die Optionsgeschäfte gleichwohl in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit durchgeführt und damit als Unternehmer gehandelt haben könnten (§14 Abs. 1 BGB), hat die für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. BGH WM 2010, 749, 751, BGH WM 2010, 2025, 2029; BGH WM 2010, 2032, 2034) nicht dargetan. Die Bezeichnung als "Self Employed" in den Kontoführungsverträgen umschreibt lediglich die berufliche Stellung der Kläger zu 2) und 3) und besagt über die Zuordnung der beabsichtigten Geschäfte ebenso wenig wie die Höhe des eingesetzten Kapitals.

79 Nach Art. 29 Abs. 3 Satz 2 EGBGB a.F. findet somit die Formvorschrift des §1031 Abs. 5 ZPO Anwendung (vgl. BGH WM 2010, 2025, 2029). Diese stellt indes keine geringeren Anforderungen als Art. II UNÜ (vgl. BGH WM 2010, 2032, 2034). Auf die weitere Frage, ob die Kläger zu 2) und 3) Kaufleute und damit überhaupt subjektiv schiedsfähig waren (§37 h WpHG), was die Beklagte

im Übrigen ebenfalls nicht hinreichend dargetan hat, kommt es danach nicht mehr an.

80 2.

81 Die Klage ist in dem mit der Berufung noch verfolgten Umfang auch begründet. Die Beklagte haftet den Klägern zu 2) und 3) aufgrund ihrer Beteiligung an der von der S... Invest begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§826, 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB).

82 a)

83 Ob die Beklagte eine unerlaubte Handlung begangen oder sich an einer solchen der S... Invest beteiligt hat, ist nach deutschem Deliktsrecht zu beurteilen.

84 Nach dem hier noch anwendbaren Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Dabei ist in Fällen der vorliegenden Art, in denen mehrere Beteiligte eine unerlaubte Handlung begehen, für alle Teilnehmer das Recht des Ortes maßgeblich, an dem der Haupttäter - hier die S... Invest - gehandelt hat (vgl. BGH WM 2010, 749, 751). Dieser Ort liegt in Deutschland.

85 b)

86 Die S... Invest hat die Kläger zu 2) und 3) vorsätzlich sittenwidrig geschädigt, indem sie ihnen von vornherein chancenlose Börsentermingeschäfte vermittelte (§826 BGB).

87 Neben einer - hier nicht relevanten - möglichen Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen nicht hinreichender schriftlicher Aufklärung über den Umfang des Verlustrisikos und die Verringerung der Gewinnchance durch den Aufschlag auf die Optionsprämie haftet der gewerbliche Vermittler von Terminoptionen wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach §826 BGB, wenn sein Geschäftsmodell darauf angelegt ist, für den Anleger chancenlose Geschäfte zum ausschließlich eigenen Vorteil zu vermitteln. Einem solchen Vermittler geht es allein darum, hohe Gewinne zu erzielen, indem er möglichst viele Geschäfte realisiert, die für den Anleger aufgrund überhöhter Gebühren und Aufschläge chancenlos sind. Sein Geschäftsmodell zielt damit von vornherein ganz bewusst darauf ab, uninformierte, leichtgläubige Menschen unter sittenwidriger Ausnutzung ihres Gewinnstrebens und ihres Leichtsinns als Geschäftspartner zu gewinnen und sich auf deren Kosten zu bereichern (vgl. BGH WM 2010, 749, 751; BGH WM 2010, 2032, 2035; BGH WM 2010, 2214, 2217 f.).

88 Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die S... Invest erhob eine Halfturn-Kommission von 50,00 US-$ pro Optionskontrakt. Das entspricht beim Kläger

zu 2) Aufschlägen auf die Originalprämie zwischen 62,5 % (Anlage K 34) und 86,5 % (Anlage K 33). Beim Kläger zu 3) ergaben sich Aufschläge von 47,6 % (Anlage K 35) und 100 % (Anlage K 36). Die Geschäftsbesorgungsverträge der S... Invest sehen darüber hinaus noch eine "Dienstleistungsgebühr" von 6 % und eine Gewinnbeteiligung von 10 % der kumulierten Quartalsgewinne vor (Anlage K 7 in der Beiakte sowie Anlage K 13). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verschiebt indes bereits ein Gesamtaufschlag von 11 % das Gleichgewicht von Chancen und Risiken deutlich und bewirkt, dass ein Gewinn erst dann erzielt werden kann, wenn der Marktpreis für den Basiswert der Option erheblich stärker ansteigt, als dies von den Marktteilnehmern für realistisch gehalten wird (vgl. BGH WM 1991, 127, 129; BGH WM 2006, 84, 86). Die hier berechneten noch wesentlich höheren Gebühren verminderten die Gewinnchancen weiter und ließen mit zunehmender Anzahl der Optionsgeschäfte selbst für den Fall, dass einzelne Geschäfte Gewinn abwarfen, im Ergebnis den weitgehenden Verlust der eingesetzten Mittel so gut wie sicher erscheinen. Diese Zusammenhänge waren dem Inhaber der S... Invest aufgrund seiner Fachkenntnis und der spätestens seit Anfang der 90er Jahre bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung (u. a. BGH WM 1991, 127, 129) auch bekannt. Andernfalls hätte er jedenfalls bewusst die Augen vor dieser Erkenntnis verschlossen, was dem Vorsatz gleichzustellen ist. Damit haftet die S... Invest aus §826 BGB, weil ihr Geschäftsmodell von vornherein darauf angelegt war, uninformierte, leichtgläubige Menschen - wie hier die Kläger zu 2) und 3) - unter sittenwidriger Ausnutzung ihres Gewinnstrebens und ihres Leichtsinns als Geschäftspartner zu gewinnen und sich auf deren Kosten zu bereichern (vgl. BGH WM 2010, 749, 751; zuletzt BGH WM 2010, 2214, 2217 f.).

89 Dieser Würdigung stehen weder Risikohinweise der S... Invest oder Anlageerfahrungen der Kläger zu 2) und 3) noch die Ausweisung der Gebührenhöhe und der Verluste in den Transaktionsbestätigungen und Kontoauszügen der Beklagten entgegen. Der entscheidende Vorwurf gegen die S... Invest ergibt sich nicht aus einer unzureichenden Aufklärung der Kläger zu 2) und 3), sondern aus der Sittenwidrigkeit ihres Geschäftsmodells. Diese kann aber auch ein optionserfahrener Anleger, dem die Funktionsweise und die Risiken solcher Geschäfte grundsätzlich vertraut sind, nicht ohne Weiteres erkennen. Er wird deshalb Verluste regelmäßig als Verwirklichung des eingegangenen Marktrisikos, nicht jedoch als Beleg für eine sittenwidrige Übervorteilung auffassen. Dass den Klägern zu 2) und 3) auf andere Weise - insbesondere durch schriftliches Aufklärungsmaterial - eine zutreffende Einschätzung des sittenwidrigen Geschäftsmodells vermittelt worden wäre, liegt fern und wird von der Beklagten, die diese Bewertung gerade in Abrede stellt, auch nicht geltend gemacht. Dann kommt aber ein die Rechtswidrigkeit ausschließendes Einverständnis der Kläger zu 2) und 3) mit der Ausgestaltung des Geschäftsmodells nicht in Betracht, zumal sich ein vernünftig denkender Mensch in Kenntnis der Sittenwidrigkeit an einem solchen Geschäft nicht beteiligen würde (vgl. dazu BGH WM 2006, 84, 87).

90 Im Übrigen haben die Kläger zu 2) und 3) vorgetragen, erstmals über die

Beklagte mit Terminoptionsgeschäften in Berührung gekommen zu sein. Auch in den Kontoführungsverträgen haben sie keine Erfahrungen mit solchen Geschäften angegeben. Greifbare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Angaben hat die Beklagte nicht dargetan. Danach käme selbst eine Einschränkung der vertraglichen Aufklärungspflicht, die nach der der Beklagten bekannten Rechtsprechung des Senats auch durch das schriftliche Aufklärungsmaterial der S... Invest nicht ordnungsgemäß erfüllt werden konnte, nicht in Betracht.

91 Dass die Kläger zu 2) und 3) in Kenntnis der Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells vom Abschluss der Geschäfte abgesehen hätten, liegt auf der Hand. Die Fortsetzung der Anlagegeschäfte nach eingetretenen Verlusten steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil diese sich aus der Sicht der Kläger zu 2) und 3) als Verwirklichung des Marktrisikos darstellten.

92 c)

93 Die Beklagte hat bedingt vorsätzlich Beihilfe zu diesen unerlaubten Handlungen der S... Invest geleistet (§830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB).

94 Die Voraussetzungen für die 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. Die Teilnahme verlangt demgemäß 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. In objektiver Hinsicht 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 können, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war. Dabei wird sich in Fällen der vorliegenden Art nur ausnahmsweise eine ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten zur Vornahme sittenwidriger Handlungen oder eine ausdrückliche Zusage eines Beteiligten zur Hilfeleistung feststellen lassen. Deshalb ergibt sich die Notwendigkeit, die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles, die möglicherweise auch Grundzüge bestimmter zu missbilligender branchentypischer Handlungsweisen aufzeigen, daraufhin zu untersuchen, ob sich ausreichende Anhaltspunkte für die Beteiligung an einem sittenwidrigen Verhalten ergeben (vgl. BGH WM 2004, 1768, 1771; BGH WM 2010, 749, 752; BGH WM 2010, 2025, 2030; BGH WM 2010, 2214, 2218).

95 Allein der Umstand, dass die vom Beteiligten vorgenommene Handlung als berufsspezifisch angesehen werden kann, schließt den Vorsatz zur Begehung eines Delikts dabei nicht aus. Eine generelle Straflosigkeit von "neutralen", "berufstypischen" oder "professionell adäquaten" Handlungen kommt nicht in Betracht. Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral. Fast jede Handlung kann in einen strafbaren bzw. deliktischen Kontext

gestellt werden. Die genannten Begriffe sind daher für sich allein nicht geeignet, strafbare bzw. deliktische Beihilfe von erlaubtem Handeln eindeutig abzugrenzen. Vielmehr kann die Alltäglichkeit oder Berufstypik einer Handlung lediglich ein Kriterium bei der Gesamtwürdigung sein. Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine deliktische Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den "Alltagscharakter"; es ist als Solidarisierung mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat bzw. einer unerlaubten Handlung genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig nicht als strafbare bzw. deliktische Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren bzw. deliktischen Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung "die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein" ließ (vgl. BGH, 5. Strafsenat, NJW 2000, 3010, 3011; BGH WM 2010, 1590, 1594; BGH WM 2010, 2214, 2218).

96 Nach diesen Maßstäben ist das Verhalten der Beklagten als bedingt vorsätzliche Beteiligung an der sittenwidrigen Schädigung der Kläger zu 2) und 3) anzusehen.

97 aa)

98 Die Beklagte hat einen objektiven Tatbeitrag geleistet. Sie hat der S... Invest den Zugang zur New Yorker Börse ermöglicht, für die Kläger zu 2) und 3) jeweils ein Transaktionskonto eröffnet, die Einzahlungen der Kläger zu 2) und 3) darauf gebucht sowie die überhöhten Provisionen von diesem Konto an die S... Invest abgeführt und damit am Gesamtvorgang fördernd mitgewirkt (vgl. BGH WM 2010, 749, 752; BGH WM 2010, 2025, 2030).

99 bb)

100 Die subjektiven Voraussetzungen einer haftungsrechtlich relevanten Mitwirkungshandlung sind erfüllt, wenn ein ausländischer Broker, der mit einem inländischen gewerblichen Terminoptionsvermittler zusammenarbeitet, positive Kenntnis von dessen in der Gebührenstruktur zum Ausdruck kommenden Geschäftsmodell hat, d. h. wenn er die vom Vermittler erhobenen Gebühren und Aufschläge kennt, die die Geschäfte für den Anleger von vornherein chancenlos machen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes haftet gemäß §826 BGB aber nicht nur, wer die die Sittenwidrigkeit seines Handelns begründenden Umstände positiv kennt, sondern auch, wer sich dieser Kenntnis bewusst verschließt und etwa seine Berufspflichten in solchem Maße leichtfertig verletzt, dass sein Verhalten als bedenken- und gewissenlos zu bezeichnen ist. Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich dabei die Schlussfolgerung auf einen Schädigungsvorsatz ergeben. Von vorsätzlichem Handeln ist auszugehen, wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des

anderen Teils in Kauf genommen haben muss. Der Gehilfenvorsatz setzt dabei nicht voraus, dass die Hilfeleistung der eigentliche oder einzige Beweggrund für den Helfer ist. Beihilfe kann auch leisten, wer mit der Unterstützung des Täters andere Absichten und Ziele verfolgt oder es sogar innerlich ablehnt, dem Täter zu helfen. Nimmt er gleichwohl die Förderung der Tat bewusst in Kauf, wird diese von dem so betätigten Ausführungswillen gedeckt. Ein solches "In-Kauf-Nehmen" liegt auch dann vor, wenn sich der Gehilfe mit dem Eintritt eines an sich unerwünschten Erfolges abfindet und es dem Zufall überlässt, ob er eintritt oder nicht (vgl. BGH WM 2010, 749, 752; BGH WM 2010, 2025, 2030).

101 Als großem US-amerikanischem Brokerhaus war der Beklagten bekannt, dass Börsentermingeschäfte mit privaten Anlegern hochspekulativ und mit erheblichen Risiken für die Anleger verbunden sind. Diese Kenntnis stellt sie auch nicht in Abrede. Soweit sie auf die Möglichkeit von Kurssicherungsgeschäften (Hedging) verweist, war ihr von vornherein bekannt, dass die vorliegenden Geschäfte diesem Marktsegment nicht zuzuordnen waren. Bereits in den Kontoeröffnungsanträgen erfragte die Beklagte den Zweck der Investments. Dabei kreuzten die Kläger zu 2) und 3) die bereits vorgegebene Alternative "Speculation" an.

102 Der Beklagten war weiter bekannt, dass hohe Aufschläge auf den Optionspreis das Gleichgewicht von Chancen und Risiken deutlich zu Lasten des Anlegers verschieben und mit steigender Kostenbelastung ein Gesamterfolg der Anlage - insbesondere bei einer Mehrzahl von Geschäften - immer unwahrscheinlicher wird. Diese Erwägung musste sich der Beklagten umso mehr aufdrängen, als nach den Regeln der FINRA, eines amerikanischen Berufsverbandes, Gebühren über 5 % in der Regel als unangemessen gelten. Auch wenn diese Regeln weder bindend noch allgemeingültig und auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sein mögen, verdeutlichen sie doch die Sensibilität, mit der amerikanische Finanzdienstleister der Kostenproblematik begegnen.

103 Bei dieser Sachlage kann letztlich dahinstehen, ob die Beklagte sich - was allerdings naheliegt - im Zusammenhang mit ihren Rahmenverträgen mit verschiedenen deutschen Vermittlungsunternehmen nicht nur über die hiesigen Genehmigungserfordernisse und das Aufsichtssystem sowie über die Erlaubnis ihrer Vertragspartner nach §32 KWG, sondern auch über die in Deutschland herrschende höchstrichterliche Rechtsprechung und die bestehende Rechtswirklichkeit informierte. Hätte sie dies getan und damit entsprechende Kenntnisse erlangt, wären die subjektiven Voraussetzungen für eine haftungsbegründende Teilnahme an dem sittenwidrigen Verhalten der S... Invest mangels jedweder Vorkehrungen gegen einen Missbrauch ihres Online-Systems ohne Weiteres erfüllt (vgl. BGH WM 2010, 749, 752 f.; BGH WM 2010, 2025, 2030 f.; BGH WM 2010, 2214, 2219). Sollte sie dagegen - wie sie nunmehr vorträgt und unter Zeugenbeweis stellt - von entsprechenden Erkundigungen abgesehen und deshalb keine positive Kenntnis von der einschlägigen deutschen Rechtsprechung und den ihr zugrunde liegenden Missbrauchsfällen erlangt haben, hätte sie schon damit bewusst die Augen vor den Gefahren, die sie mit der unkontrollierten Bereitstellung ihres

Online-Systems für ausländische, auf dem Gebiet spekulativer Optionsgeschäfte mit Privatanlegern tätige Finanzdienstleister eröffnete, vor den davon ausgehenden Anreizen für unseriöse Vermittler und letztlich auch vor deren sittenwidrigem Geschäftsmodell verschlossen. Gerade vor dem Hintergrund der in den USA stark beachteten Gebührenproblematik (FINRA-Regeln) konnten ihr die mit ihrer vollautomatisierten Handelsplattform verbundenen erhöhten Verlust- und Missbrauchsgefahren nicht verborgen bleiben. Der Senat ist deshalb davon überzeugt, dass ihr dies auch bewusst war, zumal die Beklagte sich selbst darauf beruft, vor Beginn der jeweiligen Geschäftsbeziehung bestimmte Erkundigungen eingezogen zu haben, um eine Zusammenarbeit mit Vermittlern, von denen unseriöse Geschäftspraktiken zu befürchten waren, zu vermeiden.

104 Diese Maßnahmen waren indes ungeeignet, weil sie sich letztlich auf die Prüfung formaler Kriterien, insbesondere der Erlaubnis nach §32 KWG, beschränkten (vgl. BGH WM 2010, 749, 753; BGH WM 2010, 2025, 2031 f.). Gleichzeitig hat die Beklagte durch die Ausgestaltung des Verrechnungsabkommens jede Verantwortung für den Missbrauch ihres Online-Systems auf die vertraglich mit ihr verbundenen Vermittler verlagert und ihnen sogar zu erkennen gegeben, keinerlei Kontrolle über ihr Geschäftsgebaren auszuüben (vgl. BGH WM 2010, 749, 753; BGH WM 2010, 2025, 2031). Damit wird deutlich, dass es ihr letztlich nicht um eine wirksame Beschränkung des positiv erkannten Gefahren- und Missbrauchspotentials, sondern lediglich um eine Haftungsfreizeichnung ging. Wenn sie unter diesen Voraussetzungen einer Vielzahl ausländischer Finanzdienstleister ohne Prüfung deren Geschäftsmodells und ohne irgendeine Kontrolle deren Geschäftsgebarens den Zugang zu ihrem automatischen Online-System einräumte und damit faktisch die Ausführung von Transaktionen mit Wirkung für die Anleger und deren Anlagegelder ermöglichte, handelte sie so leichtfertig, dass sie die als möglich erkannte Schädigung der Anleger und damit auch der Kläger zu 2) und 3) in Kauf genommen haben muss.

105 Die Zulässigkeit des Geschäftsmodells und der Vertragsgestaltung der Beklagten wird mit dieser Würdigung nicht in Frage gestellt. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Ausgestaltung des Verrechnungsabkommens den Vorgaben der US-amerikanischen Gesetzgebung und Rechtsprechung entspricht. Auch eine an sich zulässige Vertragsgestaltung kann in Verbindung mit dem Kenntnisstand und dem weiteren Verhalteneines Vertragspartners den Schluss rechtfertigen, dass er eine als möglich erkannte Schädigung Dritter billigend in Kauf genommen hat. Das ist vorliegend der Fall. Von einem als Abwicklungsstelle agierenden Broker, der Vermittlern, die nicht über eine Börsenzulassung verfügen und demgemäß auch nicht der dortigen Aufsicht unterliegen, über sein Online-System den unkontrollierten Börsenzugang zur Abwicklung hochriskanter Spekulationsgeschäfte mit Privatanlegern verschafft, muss erwartet werden, dass er sich in Kenntnis der damit verbundenen Gefahren und Missbrauchsmöglichkeiten jedenfalls vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung von der Seriosität seiner Vertragspartner überzeugt. Unterlässt er dies, so überlässt er die Verwirklichung der erkannten Gefahr dem Zufall und leistet damit bedingt vorsätzlich Beihilfe zu

unerlaubten Handlungen des deliktisch handelnden Vermittlers. Dabei kann letztlich dahinstehen, ob es trotz der Erkenntnisse der Beklagten aus ihrem eigenen Rechtskreis grundsätzlich auch noch der Kenntnis der deutschen Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit bedurfte. Die Beklagte kann sich nämlich nicht dadurch dem Vorwurf der Mitwirkung an einem deliktischen Verhalten des Optionsvermittlers entziehen, dass sie sich sich aufdrängenden Informationen verweigert und damit die Augen vor den daraus folgenden Erkenntnissen verschließt. Das hat die Beklagte aber getan, wenn sie sich trotz Kenntnis der Gefährdungslage und der Gebührenproblematik in ihrer eigenen Rechtsordnung nicht um die entsprechenden Wertungen im deutschen Recht gekümmert haben sollte, gleichwohl aber deutschen Vermittlern ohne jede Vorkehrung gegen einen Missbrauch den erklärtermaßen unkontrollierten Zugriff auf ihre Online-Plattform eröffnete.

106 Diese Würdigung steht nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Haftung des Betreibers einer Internet-Auktionsplattform für Markenrechtsverletzungen durch Anbieter (BGHZ 158, 236 ff.; BGHZ 172, 119 ff.; BGH NJW-RR 2008, 1136 ff.). Beide Sachverhalte weisen in Charakter und Risikostruktur deutliche Unterschiede auf. Terminoptionsgeschäfte sind bereits ihrem Wesen nach in erheblichem Maße mit dem Risiko des Missbrauchs durch gewerbliche Vermittler behaftet, die deshalb nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht nur besonders strengen Aufklärungspflichten unterliegen, sondern bei Missbrauch ihrer geschäftlichen Möglichkeiten zum Nachteil der Kunden auch nach §826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung haften. Zu diesem allgemeinen geschäftsimmanenten hohen Missbrauchsrisiko, das nicht ohne Auswirkungen auf die Prüfpflichten eines Brokerhauses, das Vermittlern den Zugang zu seinem Online-System eröffnet, bleiben kann, kommt hinzu, dass die S... Invest über das automatisierte Online-System der Beklagten die Möglichkeit hatte, die Transaktions- und Gebührenanweisungen mit Wirkung für die Anleger und deren Transaktionskonten faktisch selbst durchzuführen. Damit war ihr, anders als einem Anbieter auf einer Internet-Auktionsplattform, der unmittelbare Zugriff auf die bereits auf die Transaktionskonten eingezahlten Anlagegelder der Anleger eröffnet (vgl. BGH WM 2010, 749, 753; BGH WM 2010, 2025, 2031).

107 Die Beklagte kann sich schließlich auch nicht darauf berufen, dass sie die Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells der S... Invest selbst bei einer ordnungsgemäßen Prüfung und der Einholung weiterer Informationen zur Rechtslage in Deutschland nicht hätte erkennen können. Dass eine Halfturn-Kommission von 50,00 US-$ je Optionskontrakt, zu der noch eine Dienstleistungsgebühr von 6 % und eine Gewinnbeteiligung hinzutrat, die Gewinnchancen nachhaltig beeinträchtigte, lag für einen erfahrenen Broker auf der Hand. Insbesondere bestand kein Anlass zu der Annahme, dass ausschließlich hochpreisige Optionen gehandelt würden. Dass die vorgesehenen Gebühren jedenfalls im unteren Preissegment zu exorbitanten Kostenbelastungen führten und gerade hierin ein Anreiz für unseriöse Vermittler lag, mit den verfügbaren Anlagebeträgen über eine entsprechende Anzahl von Optionen möglichst hohe Vergütungen zu erlangen, war aber ohne Weiteres

erkennbar.

108 d)

109 Art und Umfang des den Klägern zu 2) und 3) zu erstattenden Schadens richten sich nach §§249 ff. BGB. Danach sind die Kläger zu 2) und 3) so zu stellen, als ob ihre geschäftliche Unterlegenheit nicht missbraucht worden wäre und sie damit die hochriskanten, letztlich chancenlosen Geschäfte nicht getätigt hätten. In diesem Fall wären ihnen die geltend gemachten Verluste von 40.712,08 bzw. 9.966,54 erspart geblieben.

110 Ein anspruchsminderndes Mitverschulden der allenfalls fahrlässig handelnden Kläger zu 2) und 3) gegenüber einer Haftung der Beklagten aus §826 BGB kommt regelmäßig nicht in Betracht. Nur ausnahmsweise, etwa bei besonders leichtfertigem Verhalten des Geschädigten, kann eine Schadensteilung zu erwägen sein. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier indes nicht vor. Insbesondere kann den Klägern zu 2) und 3) als in Optionsgeschäften nicht ausreichend erfahrenen Anlegern nicht entgegengehalten werden, sie hätten die S... Invest nicht hinreichend überwacht, aus zwischenzeitlichen Verlusten nicht die richtigen Schlüsse gezogen oder einzelne Optionen schadenserhöhend auslaufen lassen.

111 e)

112 Die Ansprüche der Kläger zu 2) und 3) sind auch nicht verjährt.

113 Die dreijährige Verjährungsfrist (§195 BGB) beginnt gemäß §199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Diese Voraussetzungen hätten noch im Jahr 2004 eintreten müssen, um eine Verjährung des Anspruchs zu bewirken, weil die Klage 2008 erhoben worden ist und damit eine noch nicht vollendete Verjährung gehemmt wurde (§204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). §37 a WpHG a.F. findet demgegenüber auf Ansprüche aus einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung keine Anwendung (vgl. BGH NJW 2005, 1579, 1581).

114 Es kommt mithin entscheidend darauf an, ob die Kläger zu 2) und 3) die Umstände, aus denen sich die Haftung der Beklagten wegen einer Teilnahme an der von der S... Invest begangenen sittenwidrigen Schädigung ergibt, bereits 2004 kannten oder hätten kennen müssen. Dass sie diese Kenntnis schon vor der Mandatierung ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten bzw. des Rechtsanwalts A durch den Kläger zu 2) hatten oder grob fahrlässig nicht hatten, ist indes nicht ersichtlich. Zwar wussten die Kläger zu 2) und 3) bereits zuvor, dass sie Kommissionen gezahlt und Verluste erlitten hatten und dass die Beklagte als Broker tätig gewesen war. Hieraus ergibt sich jedoch keine Kenntnis der wirtschaftlichen Zusammenhänge oder gar der Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells, aus denen

die Kläger zu 2) und 3) hätten schließen müssen, dass die Beklagte sich an unerlaubten Handlungen der S... Invest beteiligt hat. Dazu hätte es zumindest der Kenntnis vom Zusammenhang der Gebührenhöhe und der daraus konkret resultierenden Verringerung der Gewinnchance bedurft (vgl. BGH WM 2003, 975, 976), die für einen Zeitpunkt vor der anwaltlichen Beratung nicht unterstellt werden kann.

115 Dass die anwaltliche Beratung spätestens am 31.12.2004 begonnen hätte, kann nicht festgestellt werden. Die Kläger zu 2) und 3) haben dazu vorgetragen, sie seien jeweils von einer "Wirtschaftsberatung" angerufen worden und auf die Möglichkeit einer Inanspruchnahme der S... Invest hingewiesen worden, wobei ihnen auch die jeweils beauftragte Anwaltskanzlei B bzw. M... und Partner genannt worden sei. Diese hätten sie dann höchstens zwei Wochen später kontaktiert. Anhaltspunkte dafür, dass dies bereits im Jahr 2004 geschehen wäre, sind hiernach nicht ersichtlich. Die von den Klägern zu 2) und 3) vorgelegten Vollmachten datieren vom 05.08.2005 (Bl. 355 GA) bzw. 19.11.2006 (Anlage K 53). Rechtsanwalt A hat die Klage vor dem Landgericht Bückeburg am 07.10.2005 eingereicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Faxkennung der Anlage K 7 (Bl. 29 ff. BA) im beigezogenen Verfahren vor dem Landgericht Bückeburg. Diese ist offensichtlich fehlerhaft, so dass der Schluss darauf, dass das Telefax im November 2004 übermittelt worden sein muss, nicht gezogen werden kann. Vor diesem Hintergrund ist auch der Antrag der Beklagten auf Parteivernehmung der Kläger zu 2) und 3) zu der Frage, wann diese erstmals in Kontakt zu ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten bzw. zu Rechtsanwalt A traten, auf eine unzulässige Ausforschung gerichtet und daher unzulässig, zumal jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, warum die jeweils beauftragten Rechtsanwälte zunächst Monate (Kläger zu 2)) oder fast zwei Jahre (Kläger zu 3)) untätig geblieben sein sollten, bevor sie sich eine Vollmacht unterzeichnen ließen und sich an die S... Invest bzw. die Beklagte wandten.

116 f)

117 Der Zinsanspruch für die Zeit vor Rechtshängigkeit ergibt sich in der nach teilweiser Berufungsrücknahme noch geltend gemachten Höhe von 4 % p. a. aus §§849, 246 BGB. §849 BGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch dann anwendbar, wenn der Geschädigte durch eine unerlaubte Handlung zur Überweisung von Geld bestimmt worden ist (vgl. BGH WM 2008, 291). Zwar mögen die Kläger zu 2) und 3) die Möglichkeit gehabt haben, ihr jeweils nicht in Optionsgeschäften gebundenes Guthaben bei der Beklagten zurückzufordern. Dies haben sie jedoch aufgrund ihrer mangelnden Kenntnis von der Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells nicht getan.

118 Ab Rechtshängigkeit folgt der Zinsanspruch aus §§291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

119 g)

120 Die vorprozessual entstandenen Rechtsanwaltsgebühren kann der Kläger zu 2) unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung ersetzt verlangen. Gegen die Höhe dieser Gebühren bestehen angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der Materie mit Auslandsbezug keine Bedenken. Die Beklagte hat mit ihrer Hilfswiderklage erstinstanzlich selbst eine 1,5-Geschäftsgebühr geltend gemacht, weil Umfang und Schwierigkeit der Sache aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie und der Fülle der englischsprachigen Dokumente überdurchschnittlich seien, obwohl die Angelegenheiten für sie und ihre Bevollmächtigten nicht weniger ein "Massengeschäft" darstellen als für die Klägervertreter.

121 Der Kläger zu 3) verfolgt seinen erstinstanzlich erhobenen Anspruch auf Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in der Berufungsinstanz nicht weiter.

122 3.

123 Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Beklagten vom 16.06.2010, 26.08.2010 und 08.11.2010 sowie der Kläger zu 2) und 3) vom 04.11.2010 geben keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

124 4.

125 Die Kostenentscheidung beruht für den ersten Rechtszug auf §§91 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO, für das Berufungsverfahren auf §§92 Abs. 2 Nr. 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§708 Nr. 10, 711 ZPO.

126 Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen (§543 Abs. 2 ZPO). Die grundlegenden Rechtsfragen des vorliegenden Falles sind inzwischen durch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 09.03.2010 (WM 2010, 749 ff.), 08.06.2010 (WM 2010, 2025 ff. und 2032 ff.), 13.07.2010 (WM 2010, 1590 ff. und ZIP 2010, 2004 ff.) und 12.10.2010 (WM 2010, 2214 ff.) geklärt.

127 Streitwert für die Berufungsinstanz: 50.678,62 .

128 M... S... D...