
Datum: 06.03.2008
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-6 U 109/07
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2008:0306.I6U109.07.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 6 O 212/06
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, XI ZR 341/08

Tenor:

Auf die Berufungen der Kläger zu 1) und 3) wird unter Zurückweisung der Berufung des Klägers zu 2) das am 13. April 2007 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

an den Kläger zu 1) 12.684,98 € und

an den Kläger zu 3) 17.567,23 €,

jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Juni 2006, zu zahlen.

Die weitergehenden Klagen werden abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits I. Instanz haben zu tragen:

die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten diese zu 62 % und der Kläger zu 2) zu 38 %;

die außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 1) und 3) die Beklagte;

die außergerichtlichen Kosten des Klägers zu 2) dieser.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben zu tragen:

die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten diese zu 64 % und der Kläger zu 2) zu 36 %;

die außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 1) und 3) die Beklagte;

die außergerichtlichen Kosten des Klägers zu 2) dieser.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger zu 2) und die Beklagte können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils gegen sie aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird für die Beklagte im Prozessrechtsverhältnis zum Kläger zu 1) zur Frage der Zulässigkeit der Klage zugelassen.

Gründe:

I.

Zum Sachverhalt wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils mit der Ergänzung Bezug genommen, dass der Kläger zu 3) am 30. November 2005 272,77 USD (umgerechnet 232,77 €) ausgezahlt erhielt.

Mit ihren Berufungen verfolgen die Kläger ihre Schadensersatzansprüche letztlich in dem sich aus den nachstehenden Berufungsanträgen ergebenden Umfang weiter. Sie machen geltend:

Die Beklagte sei aufklärungspflichtig gewesen, die Entscheidung BGHZ 147, 343, sei nicht einschlägig. Anders als dort hätten sie, die Kläger, sich hier – wie unstreitig ist – nicht eines Vermögensverwalters als Entscheidungsträger bedient.

Über die sich aus den Geschäftsbesorgungsverträgen zwischen der Firma A. und deren Kunden ergebende kick-back-Vereinbarung habe nicht nur an sich, sondern auch hinsichtlich des damit verbundenen Interessenkonflikts aufgeklärt werden müssen. Das Bestreiten einer kick-back-Vereinbarung sei angesichts des Inhalts des Geschäftsbesorgungsvertrages lebensfremd.

Auch ein churning sei angesichts der Zahl der Geschäfte gegeben.

1

2

3

4

5

6

7

8

Zudem sei die Anlagevermittlung durch die Firma A. in sittenwidriger Weise erfolgt, weil sie, die Kläger, nicht hinreichend aufgeklärt worden seien. An der unerlaubten Handlung der Firma A. habe sich die Beklagte beteiligt, indem sie die Anlagegeschäfte ermöglicht und abgewickelt, dabei die angefallenen Kommissionen und sonstigen Kosten vereinnahmt und die auf die Firma A. entfallenden Provisionen an diese abgeführt habe. Auch die subjektiven Voraussetzungen für eine Teilnahme an der unerlaubten Handlung der Firma A. seien erfüllt, weil die Beklagte es zumindest unterlassen habe, sich darüber zu informieren, ob die Kunden der Firma A. hinreichend aufgeklärt worden seien.

Die Kläger beantragen (wobei sie so zu verstehen sind, dass jeder Kläger nur den jeweils ihn betreffenden Anspruch verfolgt), 9

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 13. April 2007 – 6 O 212/06 10
die Beklagte zu verurteilen,

an den Kläger zu 1) 12.684,98 €, 11

an den Kläger zu 2) 16.924,49 € und 12

an den Kläger zu 3) 17.567,23 €, 13

jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 14
Rechtshängigkeit, zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 15

die Berufungen als unzulässig zu verwerfen, 16

hilfsweise, die Berufungen zurückzuweisen. 17

Sie erwidert: 18

Die Beklagte hält weiterhin die Klagen wegen wirksamer Schiedsvereinbarungen für 19
unzulässig. § 37 h WpHG sei unabhängig von der Wirksamkeit der Rechtswahlklausel nicht
anwendbar, weil sie, die Beklagte, in Deutschland keine Finanztermingeschäfte im Sinne des
§ 37 h WpHG durchgeführt habe. Darüber hinaus falle jedenfalls der Kläger zu 1) als
Kaufmann aus dem Anwendungsbereich des § 37 h WpHG heraus.

Eine Zuständigkeit nach § 32 ZPO sei auch dann nicht gegeben, wenn diese nicht schon 20
durch die Schiedsvereinbarung ausgeschlossen sein sollte. Denn es fehle an einer
schlüssigen Darlegung einer unerlaubten Handlung.

Im Übrigen habe zwischen ihr und der Firma A. keine kick-back-Vereinbarung bestanden, der 21
Hinweis auf eine solche in den Geschäftsbesorgungsverträgen entspreche nicht den
Tatsachen. Die Abrechnungsvereinbarung nach dem Verrechnungsabkommen (Fully
Disclosed Clearing Agreement) habe das Landgericht unzutreffend als Gebührenteilung
bewertet.

Vertragliche Aufklärungspflichten hätten nicht ihr, sondern einzig der kundennäheren 22
Anlagevermittlerin obliegen. Sie, die Beklagte, habe auch die Firma A. mehr als genügend
überprüft, wie sich aus deren Schreiben vom 11. Februar 2005 (Anl. B 32 = Bl. 478 GA)
ergebe. Ihr sei bekannt gewesen, dass die Firma A. der Aufsicht und Überwachung durch die
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterlegen habe, und sie habe auf deren

Tätigkeit vertraut.

Ein kollusives Zusammenwirken mit der Firma A. hätten die Kläger schon nicht schlüssig dargelegt. Sie, die Beklagte, habe sich schlicht vertragsgerecht verhalten. Es fehle bereits an einer objektiven Beihilfehandlung. Zudem habe sie keinen Schädigungsvorsatz gehabt. Für ein Handeln in Schädigungsabsicht hätten die Kläger nicht den geringsten Anhaltspunkt vorgetragen. Soweit sie mit der Berufungsbegründung zu einem Willen auf ihrer, der Beklagten, Seite vorgetragen hätten, die Tat der Firma A. zu fördern, sei dieser Vortrag verspätet. 23

Für ein churning fehle es bereits an den objektiven Voraussetzungen. 24

Auch fehle es an der Kausalität. Gewinnchancen hätten – wie zwischendurch erzielte Gewinne zeigten – vorgelegen. 25

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die nachfolgenden tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen. 26

II. 27

Die zulässigen Berufungen der Kläger zu 1) und 3) haben in dem nach den im Senatstermin erklärten Teilberufungsrücknahmen noch zur Entscheidung anstehenden Umfang Erfolg, die Berufung des Klägers zu 2) hat keinen Erfolg. Die Klagen sind zulässig und in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang begründet. 28

1. 29

Die (in subjektiver Klagehäufung, § 60 ZPO) erhobenen Klagen sind zulässig. Insbesondere ist die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben und steht die Schiedsklausel in Ziff. 15 der Geschäftsbedingungen der Beklagten (Anl. B 5) der Zulässigkeit der Klagen nicht entgegen. 30

a) 31

In Deutschland ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO eröffnet. 32

aa) 33

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist im Verhältnis von Deutschland zu den USA nicht speziell geregelt, so dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insoweit die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit heranzuziehen sind. Soweit danach ein deutsches Gericht örtlich zuständig ist, indiziert dies regelmäßig die internationale Zuständigkeit (BGH, WM 1995, 100 – Jurisabdr. Tz. 14 –). 34

bb) 35

Danach ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus § 32 ZPO. Dieser Gerichtsstand ist eröffnet, wenn das Klagevorbringen die Möglichkeit einer unerlaubten Handlung nahe legt. Ob die Beklagte tatsächlich eine unerlaubte Handlung begangen hat, ist im Rahmen der Begründetheit zu prüfen (BGH a.a.O. Tz. 21). Entscheidend ist, ob auf der Grundlage des Klagevortrages in Deutschland der objektive Tatbestand einer – hier: gemeinschaftlich begangenen – unerlaubten Handlung gegeben ist. Dies ist der Fall, weil nach dem Klagevortrag die Firma A. (hierbei handelt es sich nach den Angaben eingangs der 36

Geschäftsbesorgungsverträge Anl. K 8, 9 um ein einzelkaufmännisches Unternehmen des A.) als Vermittlerin hochriskanter Optionsgeschäfte ihre geschäftliche Überlegenheit in sittenwidriger Weise zum Nachteil der Kläger missbraucht haben soll und die Beklagte mit der Firma A. objektiv zusammen gewirkt hat (§§ 826, 830 BGB).

Ein deutscher Gerichtsstand für Ansprüche der Kläger aus unerlaubter Handlung ist nach § 32 ZPO nicht nur hinsichtlich der in Deutschland tätig gewordenen Firma A., sondern auch im Hinblick auf die Beklagte begründet. Das ergibt sich schon daraus, dass beide Unternehmen nach dem hier zu unterstellenden Vorbringen der Kläger Mittäter einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 830 Abs. 1 BGB sind und bei Mittäterschaft jeder Beteiligte sich die von einem anderen Beteiligten erbrachten Tatbeiträge im Rahmen nicht nur des § 830 Abs. 1 BGB, sondern auch des § 32 ZPO zurechnen lassen muss (BGH a.a.O. Tz 23). 37

b) 38

Der Gerichtsstand nach § 32 ZPO ist nicht durch Ziff. 15 der Geschäftsbedingungen der Beklagten wirksam abbedungen worden. Die inhaltlich auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung umfassende Schiedsabrede ist im Verhältnis zu den Klägern zu 2) und 3) schon nach § 37 h WpHG unwirksam, im Verhältnis zum Kläger zu 1) ergibt sich die Unwirksamkeit aus einer entsprechenden Anwendung des Art. 42 EGBGB. 39

aa) 40

Bei der Prüfung des anwendbaren Kollisionsrechts bei einer Schiedsvereinbarung mit Auslandsberührung ist zu differenzieren zwischen der subjektiven Schiedsfähigkeit, der objektiven Schiedsfähigkeit und den weiteren Voraussetzungen für das wirksame Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung. 41

Die subjektive Schiedsfähigkeit ist nichts anderes als ein auf das Schiedswesen bezogener Teil der allgemeinen Geschäfts- und Prozessfähigkeit. Zu ihrer Bestimmung ist sowohl nach dem in der hier vorliegenden Einredesituation analog anwendbaren (vgl. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl., Anh. § 1061 Rdnr. 38, 40, 43) Art. V Abs. 1 lit. a) UNÜ (New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958) als auch nach (hier durch das UNÜ verdrängt) § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) ZPO das Personalstatut maßgeblich (vgl. Assmann/Schneider/Sethe, WpHG, 4. Aufl., § 37 h Rdnr. 10; Stein/Jonas/Schlosser a.a.O. Rdnr. 44; Zöller/Geimer, ZPO, 26. Aufl., § 1025 Rdnr. 15 und § 1029 Rdnr. 19, 23), mithin nach Art. 7 EGBGB das deutsche Recht. 42

Nur wenn die Kläger schiedsfähig waren, stellen sich weitere Fragen zur Wirksamkeit der Schiedsvereinbarungen wie etwa die, ob die übrigen Voraussetzungen für das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung vorliegen, wobei auch insoweit die in Art. V Abs. 1 lit. a) UNÜ genannten kollisionsrechtlichen Regeln heranzuziehen sind, um das anwendbare Recht zu finden (Stein/Jonas/Schlosser a.a.O. Rdnr. 40), strengere Formerfordernisse allerdings hinter Art. II UNÜ zurücktreten (Stein/Jonas/Schlosser a.a.O. Rdnr. 34 ff.). 43

bb) 44

Nach dem somit insoweit maßgeblichen deutschen Recht ist davon auszugehen, dass die Kläger zu 2) und 3) nicht schiedsfähig gewesen sind, als sie ihre Vertragserklärungen vom 11. Oktober 2004 (Kläger zu 2, Anl. B 3) und 10. September 2004 (Kläger zu 3, Anl. B 4) abgaben. 45

(1)	46
Gemäß dem durch das Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (4. Finanzmarktförderungsgesetz) vom 21. Juni 2002 in das WpHG eingefügten § 37 h sind Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus – wie hier – Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften nur verbindlich, wenn beide Vertragsteile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Daran ändert sich nichts dadurch, dass die Beklagte die Firma A. die Geschäfte über ihr, der Beklagten, Onlinesystem in den USA ausführen ließ.	47
Die Regelungen in §§ 1 Abs. 2 WpHG, 31 Abs. 3, 37 d Abs. 6 WpHG in der bis zum 31. Oktober 2007 geltenden Fassung stehen der Anwendung des § 37 h WpHG nicht entgegen. Zwar zeigen diese Vorschriften, dass das WpHG bei einer Auslandsberührung nicht stets Anwendung findet. § 1 Abs. 2 WpHG lässt aber nur einen Umkehrschluss hinsichtlich des Regelungsbereichs des dritten und vierten Abschnitts, § 31 Abs. 3 WpHG a.F. keinen außerhalb des sechsten Abschnitts des WpHG und § 37 Abs. 6 WpHG a.F. nur einen hinsichtlich des Regelungsbereichs seiner Absätze 1 bis 5 zu. Im Übrigen gilt das maßgebliche Kollisionsrecht, das hier über § 1 Abs. 1 WpHG zu § 37 h WpHG führt. Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen dem Gedanken des § 37 Abs. 6 WpHG a.F. Denn nach dessen Satz 2 finden bei einem – wie hier – Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland nur dann die dortigen Absätze 1 bis 5 keine Anwendung, wenn die Leistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich im Ausland erbracht wird. So liegt der Fall aber nicht. Vielmehr ergibt sich der Inlandsbezug daraus, dass die Beklagte von den Klägern im Inland nicht nur die u.a. auf die Schiedsvereinbarungen gerichteten Vertragserklärungen angefordert hat, sondern auch – wie dem Abschnitt III., Investment Profile, des jeweiligen Option Agreement (Anl. B 3 und B 4) zu entnehmen ist – Angaben im Sinne des § 31 Abs. 2 Nr. 1 WpHG a.F. (vgl. hierzu nunmehr § 31 Abs. 5 Satz 1 WpHG n.F.). Insoweit gilt nichts anderes als für die vergleichbare Regelung in § 31 Abs. 3 WpHG a.F./§ 31 Abs. 10 WpHG n.F. (vgl. zur a.F. Assmann/Schneider/Koller a.a.O., § 31 Rdnr. 177).	48
(2)	49
Die Kläger zu 2) und 3) waren im Zeitpunkt ihrer Vertragserklärungen auf der Grundlage des insoweit unstreitigen Sachverhalts keine Kaufleute (maßgeblich ist der Kaufmannsbegriff des HGB, vgl. Assmann/Schneider/Sethe a.a.O. § 37 h Rdnr. 12).	50
Der Kläger zu 2) erfüllte nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HGB. Er hat sich seinerzeit zwar unstreitig als Unternehmensberater "versucht". Unbestritten ist aber auch sein Vortrag im Schriftsatz vom 13. Februar 2008 geblieben, dass seine Tätigkeit keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte.	51
Der Kläger zu 3) war seinerzeit unbestritten angestellter Metzger.	52
cc)	53
Obwohl der Kläger zu 1) als Inhaber eines Malerbetriebes mit sechs Angestellten nach § 1 Abs. 1, 2 HGB als Kaufmann anzusehen ist, entfaltet die Schiedsvereinbarung auch ihm gegenüber keine Wirkung. Dabei kann insbesondere dahingestellt bleiben, ob die für eine Schiedsvereinbarung maßgeblichen Formvorschriften eingehalten wurden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, bleibt die Frage, ob die sich aus § 32 ZPO ergebende internationale Zuständigkeit für zukünftige vorsätzliche unerlaubte Handlungen überhaupt wirksam derogiert	54

werden kann. Der Bundesgerichtshof hat – soweit ersichtlich – diese Frage bislang unbeantwortet gelassen (WM 1995, 100 – Jurisabdr. Tz. 24 –). Der Senat verneint sie unter den gegebenen Umständen. Denn entgegen Sinn und Zweck der Regelung in Art. 42 EGBGB wäre bei Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung nicht mehr gewährleistet, dass der Streit über die unerlaubte Handlung nach dem hier maßgeblichen deutschen Recht (s. hierzu nachstehend zu 2 a)) entschieden wird. Mit der Schiedsvereinbarung ist die Wahl New Yorker Rechts verknüpft. Dass das Schiedsgericht trotz dieser Rechtswahl deutsches Recht anwenden würde, ist kaum zu erwarten, keinesfalls sicher. Um dem Gedanken des Art. 42 EGBGB Rechnung zu tragen, muss daher die Unwirksamkeit der Rechtswahl auf die Schiedsvereinbarung "durchschlagen".

2. 55

Die Klagen sind in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang begründet. Den Klägern zu 1) und 3) stehen gegen die Beklagte aus §§ 826, 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB die zuerkannten Schadensersatzansprüche nebst Rechtshängigkeitszinsen zu. Die Klage des Klägers zu 2) ist dagegen unbegründet. 56

a) 57

Die Entscheidung über die in die Prüfungskompetenz des Gerichts fallenden deliktischen Ansprüche ist nach deutschem Recht zu treffen. 58

aa) 59

Nach Art. 40 Abs. 1 Satz 1 und 2 EGBGB unterliegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat (Handlungsort), oder – nach Wahl des Geschädigten – dem Recht des Staates, in dem der Erfolg eingetreten ist (Erfolgs- oder Verletzungsort). 60

In diesem Sinn ist Deutschland Handlungsort. Zwar ist bei der Haftung von Mittätern grundsätzlich auf den Ort abzustellen, an dem der in Anspruch genommene Mittäter gehandelt hat. Etwas anderes gilt aber dann, wenn eine gemeinsame wesentlich engere Beziehung zum Recht eines anderen Staates besteht (Art. 41 Abs. 1 EGBGB; Palandt/Heldrich, BGB, 67. Aufl., Art. 40 EGBGB Rdnr. 3). So liegt der Fall hier. Wurden die Kläger – was an dieser Stelle zu unterstellen ist – durch eine gemeinschaftliche unerlaubte Handlung des A. und der Beklagten vorsätzlich geschädigt, lag der Schwerpunkt der unerlaubten Handlung in Deutschland. Hier schritt mit Firma A. der "Haupttäter" zur Tat. Dass das Geld zunächst in die USA transferiert werden musste, um dort die die Kläger schädigenden Wertpapiergeschäfte ausführen zu können, ändert hieran nichts. Die entscheidende Hürde, die bei der Ausführung der unerlaubten Handlung zu überwinden war, bestand darin, die Kläger zu den verlustbringenden Geschäften zu bewegen. Dies geschah in Deutschland. 61

bb) 62

Der Anwendung deutschen Deliktsrechts mit der Begründung, der Schwerpunkt der unerlaubten Handlung liege in Deutschland, steht Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB nicht entgegen. Danach kann, nicht muss, sich eine wesentlich engere Beziehung mit dem Recht eines Staates aus einer besonderen rechtlichen Beziehung zwischen den Beteiligten im Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis ergeben. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, einen Gleichklang von Deliktsstatut und Vertragsstatut zu erreichen. Selbst wenn man 63

unterstellt, dass auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Klägern und der Beklagten US-amerikanisches Recht anzuwenden ist, führt dies aber im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung des genannten Gesetzeszwecks nicht zur Anwendung US-amerikanischen Deliktsrechts. Denn bei der wegen gemeinschaftlicher Tatbegehung gebotenen einheitlichen Betrachtung der unerlaubten Handlung wird die durch das US-amerikanische Vertragsstatut begründete Bindung an das US-amerikanische Recht dadurch überlagert, dass im Verhältnis der Kläger zur "Haupttäterin" Firma A. unzweifelhaft deutsches Recht Anwendung findet. Selbst bei gleichwertigen Tatbeiträgen kommt man mit Hilfe des Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB bei der gebotenen einheitlichen Betrachtung der unerlaubten Handlung nicht über den Ausgangspunkt hinweg, wonach bei Mittätern grundsätzlich auf den Ort abzustellen ist, von dem aus der jeweilige Mittäter gehandelt hat. Weiter führt dann nicht Art. 41 Abs. 2 EGBGB, sondern wegen der überlagernden Handlungsbeiträge der Firma A. Art. 41 Abs. 1 EGBGB.

cc) 64

Dieses Ergebnis steht schließlich auch mit der Wertung des § 31 Abs. 3 WpHG a.F./ 65

§ 31 Abs. 10 WpHG n.F. in Einklang. Danach gilt § 31 Abs. 2 WpHG a.F. bzw. gelten die in § 31 Abs. 10 WpHG n.F. genannten Vorschriften auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland/in einem Drittstaat, die Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen gegenüber Kunden erbringen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich im Ausland/ in einem Drittstaat erbracht wird. Für eine Leistung im Inland reicht es – wie oben bereits ausgeführt – aus, wenn vom Ausland her in das Inland hinein beraten wird, Informationen ins Inland hinein erteilt werden oder Angaben im Sinne des § 31 Abs. 2 Nr. 1 WPHG a.F./§ 31 Abs. 4 und 5 WpHG n.F. angefordert werden (vgl. zur a.F. Assmann/Schneider/Koller a.a.O., § 31 Rdnr. 177). Wie den Anlagen B 2 bis B 4 zu entnehmen ist, hat die Beklagte solche Angaben angefordert, so dass insoweit eine Inlandstätigkeit vorliegt. 66

dd) 67

Eine Rechtswahl konnte vor Begründung der Schadensersatzansprüche nicht wirksam getroffen werden (Art. 42 Satz 1 EBGBG). 68

b) 69

Den Klägern zu 1) und 3) stehen gegen die Beklagte aus §§ 826, 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB die zuerkannten Schadensersatzansprüche zu. Die Beklagte hat gemeinschaftlich mit der Firma A. diese Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Dabei kommt es im Kern nicht darauf an, ob die Beklagte diesen Klägern gegenüber aufklärungspflichtig war. Entscheidend ist hier, dass sie sich (aa) an der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung der Kläger zu 1) und 3) durch A. (bb) objektiv beteiligt und damit dieses schädigende Verhalten objektiv gefördert hat sowie (cc) zumindest bedingt vorsätzlich handelte, weil sie zumindest die Augen vor dieser sich ihr aufdrängenden Tatbeteiligung verschlossen hat. 70

aa) 71

A. hat die Kläger zu 1) und 3) vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. 72

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet der Geschäftsführer einer Optionsvermittlungsgesellschaft dem Kunden gemäß § 826 BGB auf Schadensersatz, wenn 73

er Spekulationsgeschäfte der vorliegenden Art ohne gehörige Aufklärung des Kunden abschließt, den Abschluss veranlasst oder bewusst nicht verhindert und dadurch seine geschäftliche Überlegenheit in sittenwidriger Weise missbraucht (vgl. BGHZ 105, 108, 109 f.; BGH, NJW 1994, 997; WM 1994, 1746, 1747). Dasselbe gilt, wenn das von einem Geschäftsführer bewusst nicht verhinderte Verhalten von Mitarbeitern der Optionsvermittlungsgesellschaft statt der Schädigung eigener Kunden die Mitwirkung bei Schädigungshandlungen eines anderen Unternehmens gegenüber deren Kunden zum Gegenstand hat (BGH, WM 1999, 540 – Jurisabdr. Tz. 12 ff. –). Dem entspricht die Haftung des ausländischen Brokers bei der Durchführung von Kundenaufträgen, wenn der Broker die auf Täuschung und Schädigung der Kunden angelegten Geschäftspraktiken der Optionsvermittlungsgesellschaft gekannt oder leichtfertig die Augen vor sich aufdrängenden Bedenken verschlossen hat und an dem sittenwidrigen Verhalten des gewerblichen Vermittlers zum eigenen Vorteil mitgewirkt hat (BGH, WM 1989, 1407 – Jurisabdr. Tz. 30 – ; WM 1990, 462 – Jurisabdr. Tz. 22 – ; WM 2004, 1768 – Jurisabdr. Tz. 30 ff. – ; auch BGH, WM 2005, 28 – Juris-abdr. Tz. 12 –).

Seine geschäftliche Überlegenheit in sittenwidriger Weise missbraucht hat A., indem er den Abschluss der verlustbringenden hochriskanten Spekulationsgeschäfte veranlasst oder bewusst nicht verhindert hat. 74

Von der geschäftlichen Überlegenheit und dem Missbrauch derselben ist auszugehen, weil die aufklärungsbedürftigen Kläger zu 1) und 3) nicht in gehöriger Weise aufgeklärt wurden und sie wegen ihrer von A. ausgenutzten Unkenntnis und Unerfahrenheit die zum Vorteil des A. reichenden verlustbringenden Geschäfte getätigt haben. 75

(1) 76

Die Kläger zu 1) und 3) waren A. geschäftlich unterlegen und aufklärungsbedürftig. Gegenteiliges hat die Beklagte, die insoweit zumindest eine sekundäre Darlegungslast trägt, nicht hinreichend dargetan und ist auch nicht sonstwie dem Sachverhalt zu entnehmen. 77

Maßgeblich ist, ob diese Kläger im Zeitpunkt der ersten Vertragsanbahnung die notwendigen Kenntnisse über die Mechanismen und Risiken von Optionsgeschäften hatten (vgl. in diesem Zusammenhang BGH, WM 1991, 982, 984; 1992, 479, 481; 1993, 1457, 1458; 1997, 309, 311). Bezogen auf diesen Zeitpunkt kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Kläger zu 1) und 3) vorerfahren waren. Insbesondere hat keiner dieser Kläger erklärt, einschlägige Vorerfahrungen oder Vorkenntnisse zu haben. 78

(2) 79

Ohne über die wesentlichen Grundlagen, die wirtschaftlichen Zusammenhänge und die Risiken von Optionsgeschäften aufgeklärt worden zu sein, waren die Kläger zu 1) und 3) der geschäftlichen Überlegenheit von A. ausgeliefert. Um dieses Ungleichgewicht zu beheben, hätten ihnen die Kenntnisse vermittelt werden müssen, die sie in die Lage versetzten, den Umfang des ihnen aufgebürdeten Verlustrisikos und die durch die Höhe der Vermittlungsprämie eingetretene Verringerung ihrer Gewinnchancen zutreffend einzuschätzen. Dazu bedurfte es unter Angabe der Höhe der Optionsprämie eines Hinweises darauf, dass jeder Aufschlag auf die Optionsprämie die Gewinnerwartung verschlechterte, weil ein höherer Kursauschlag als der vom Börsenfachhandel als realistisch angesehene notwendig war, um in die Gewinnzone zu kommen, ein Aufschlag also nicht nur zu einem höheren Preis für dasselbe Objekt führte, sondern das Verhältnis von Chancen und ohnehin schon großen Risiken aus dem Gleichgewicht brachte (vgl. hierzu BGHZ 105, 108, 110 = 80

NJW 1988, 2882 = WM 1988, 1255; BGH, NJW-RR 1988, 554 = WM 1988, 291, 293; NJW-RR 1991, 1243 = WM 1991, 1410, 1411; NJW 1993, 257 = WM 1992, 1935, 1936; NJW 1994, 512; NJW 1994, 997). Ferner war unmissverständlich und in auch für flüchtige Leser auffälliger Form darzulegen, dass höhere Vermittlungsprovisionen zu einer weitgehenden Ausgrenzung der Gewinnchance des Kunden führten und die geringere Wahrscheinlichkeit, insgesamt einen Gewinn zu erzielen, mit jedem Optionsgeschäft abnahm. Die Aussagekraft dieses Hinweises durfte weder durch Beschönigungen noch durch Werbeaussagen noch auf andere Weise beeinträchtigt werden (vgl. BGH, NJW 1994, 512 = WM 1994, 149, 150; BGH, NJW 1994, 997).

Ob im Einzelfall ein schonungsloser Hinweis zu den Auswirkungen eines Prämienaufschlages entbehrlich ist, wenn der Aufschlag nur einen geringen Einfluss auf das Risiko des Anlegers hat, bedarf keiner Entscheidung. Denn dies kann allenfalls bei Aufschlägen in Betracht kommen, die die Gewinnchance des Anlegers nur geringfügig verschlechtern (BGH, WM 2006, 84, Tz. 20). Schon ein Aufschlag von 11 % ist aber nicht mehr geringfügig, weil er das Gleichgewicht zwischen Chancen und Risiken deutlich verschiebt (BGH a.a.O.). Für die von A. – losgelöst von einer "Dienstleistungsgebühr" von 6 % und einer Gewinnbeteiligung von 10 % der Quartalsgewinne – erhobenen wesentlichen höheren Aufschläge (s. hierzu nachstehend zu cc)) gilt dies erst recht. 81

Eine gehörige Aufklärung und damit Herstellung eines geschäftlichen Gleichgewichts kann nicht angenommen werden. Denn den dargestellten Anforderungen an die Aufklärung des Optionskäufers genügen die den Klägern zu 1) und 3) erteilten Informationen nicht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass diesen Klägern auch nur vor einem getätigten Geschäft in der erforderlichen Schonungslosigkeit vor Augen geführt wurde, in welchem konkreten Verhältnis die anfallenden Kosten zur Optionsprämie standen und wie sehr damit das Verhältnis von Chancen und ohnehin schon großen Risiken aus dem Gleichgewicht gebracht wurde. 82

Das Merkblatt "Wichtige Informationen über Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften" reichte, unabhängig von der Frage, ob es rechtzeitig ausgehändigt wurde, zur notwendigen Aufklärung nicht aus. Mit seinen lediglich abstrakten und typisierten Risikohinweisen genügte es nicht den speziellen Anforderungen einer an den Kenntnissen und Erfahrungen der Kläger zu 1) und 3) und den Besonderheiten der vermittelten Geschäfte orientierten Aufklärung (vgl. in diesem Zusammenhang nur BGH, NJW 1997, 2171, 2172; NJW-RR 1997, 176, 177). 83

Dass den Klägern zu 1) und 3) entgegen ihrem Vorbringen über das Merkblatt und (Kläger zu 1) den pauschalen und damit unzulänglichen Hinweis auf ein Totalverlustrisiko auf Seite 3 (= Bl. 25 GA) des Geschäftsbesorgungsvertrages hinaus Aufklärungsmaterial zur Verfügung gestellt wurde, kann nicht angenommen werden. Insbesondere hat die Beklagte im Rahmen der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht vortragen, wodurch diesen Klägern die notwendige Aufklärung geleistet worden sein soll. 84

Schließlich kann A. der Missbrauch seiner geschäftlichen Überlegenheit nicht verborgen geblieben sein, es sei denn, er hätte seine Augen vor einer solchen Erkenntnis gewissenlos leichtfertig verschlossen. 85

(3) 86

Unter den dargelegten Umständen ist zu vermuten, dass die Kläger zu 1) und 3) wegen ihrer Unkenntnis und Unerfahrenheit die zum Vorteil des A. gereichenden verlustbringenden Geschäfte getätigt haben. Hinsichtlich des Klägers zu 1) steht dem die von ihm im 87

Geschäftsbesorgungsvertrag erklärte hohe Spekulationsbereitschaft nicht entgegen. Bei diesem Grad von Spekulationsbereitschaft handelte es sich um die geringere der lediglich zwei vorgegebenen Varianten. Nicht zuletzt angesichts seiner bisherigen Anlagestrategie bietet das Ankreuzen dieser Variante und damit zugleich das Verneinen der Variante einer sehr hohen Spekulationsbereitschaft keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass sich der Kläger zu 1) bei Herstellung eines geschäftlichen Gleichgewichts zu hochspekulativen Optionsgeschäften entschlossen hätte. Bei unmissverständlicher schonungsloser Offenlegung und Erläuterung des durch die Anlageart und insbesondere den Prämienaufschlag bedingten besonders hohen Risikos war es auch für den Kläger zu 1) vielmehr einzig vernünftig, sein Kapital diesem extrem hohen Risiko nicht auszusetzen.

Trotz der Erfahrungen, die die Kläger zu 1) und 3) nach und nach mit den einzelnen Optionsgeschäften machten, ist die Kausalitätsvermutung auch für die jeweiligen Folgegeschäfte nicht ausgeräumt. Denn ein Kunde steht warnenden Hinweisen nach ersten durchgeführten Optionsgeschäften nicht mehr unvoreingenommen gegenüber, und zwar unabhängig davon, ob Gewinne oder Verluste erzielt wurden (vgl. BGH, WM 1993, 1454, 1458).

(4) 89

Dass die Kläger zu 1) und 3) über die Geschäftsabschlüsse durch entsprechende Kontoauszüge informiert wurden und seinerzeit keine Einwände gegen die Geschäfte erhoben, ist ebenfalls unerheblich. Denn in der nachträglichen widerspruchslosen Kenntnisnahme bereits getätigter Geschäfte kann ohne das Hinzukommen besonderer Umstände keine die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ausschließende Einverständniserklärung gesehen werden. Darüber hinaus könnte ein rechtlich beachtliches Einverständnis dieser Kläger allenfalls dann angenommen werden, wenn ihnen damals schon bewusst geworden wäre, dass die Wertpapiergeschäfte nicht ihrem Interesse, sondern vorwiegend dem Provisionsinteresse des Anlagevermittlers und auch dem der Beklagten dienten. Ein solches Bewusstsein kann bei Kunden, die – wie seinerzeit die Kläger zu 1) und 3) – auf dem Gebiet der Termingeschäfte unerfahren sind, aber nicht vorausgesetzt werden (vgl. BGH, WM 1995, 100 – Jurisabdr. Tz. 22 –).

bb) 91

An der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung der Kläger zu 1) und 3) durch A. hat sich die Beklagte objektiv beteiligt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Teilnahme als Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe zu qualifizieren ist (§ 830 Abs. 2 BGB).

Die objektiven Voraussetzungen gemeinschaftlichen Handelns liegen schon deswegen vor, weil die Beklagte mit der Firma A. zusammenarbeitete und diesem Anlagevermittler überhaupt erst den Zugang zu der New Yorker Börse eröffnete. Dass sie es durch ihr Onlinesystem dem Anlagevermittler ermöglichte, faktisch die Geschäfte selbst auszuführen, ändert an der objektiv gegebenen Zusammenarbeit nichts, sondern ist Ausdruck dieser. Entscheidend ist, dass unter ihrer "Hilfestellung" A. die Geschäfte ausführen konnte. Zudem hat die Beklagte durch die an sie für jedes durchgeführte Optionsgeschäft zu zahlenden Gebühren am wirtschaftlichen Erfolg des sittenwidrigen Handelns des Anlagevermittlers partizipiert.

cc) 94

95

Auch die subjektiven Voraussetzungen sind erfüllt, weil die objektive Tatbeteiligung zumindest bedingt vorsätzlich erfolgte.

(1) 96

Für das nach § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB notwendige vorsätzliche Mitwirken an der Verletzungshandlung reicht grundsätzlich bedingter Vorsatz aus (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 830 Rdnr. 2; Palandt/Heinrichs a.a.O. § 276 Rdnr. 10). Anderes gilt nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nicht für die Beihilfehandlung eines Brokers (vgl. für den Fall eines churnings BGH, WM 2004, 1768 – Jurisabdr. Tz. 33 –). Selbst die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangt für die Strafbarkeit des Gehilfen nicht dessen unbedingten Vorsatz. Zwar ist danach ein Handeln des Hilfeleistenden regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfe zu bewerten, wenn er nicht weiß, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird und er es lediglich für möglich hält, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird. Etwas anderes gilt aber dann, wenn das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des Haupttäters derart hoch ist, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters "angelegen sein" lässt (BGH, NJW 2000, 3010 – Jurisabdr. Tz. 16). Ob die Handlung der Beklagten als "neutral", "berufstypisch" oder "professionell adäquat" zu qualifizieren ist, ist auch nach der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs irrelevant (BGH a.a.O. – Jurisabdr. Tz. 17 –).

(2) 98

Die objektive Tatbeteiligung der Beklagten erfolgte zumindest bedingt vorsätzlich. Die Beklagte hat zumindest ihre Augen vor sich ihr aufdrängenden Bedenken verschlossen und deshalb gewissenlos leichtfertig durch A. vermittelte Aufträge der Kläger zu 1) und 3) zu deren Nachteil von jenem über ihr kostenpflichtiges Onlinesystem ausführen lassen. 99

Die Gefahr, dass A. seine geschäftliche Überlegenheit gegenüber den Klägern in sittenwidriger Weise missbrauchte, lag für die Beklagte, der als großem Brokerhaus die wesentlichen Grundlagen, die wirtschaftlichen Zusammenhänge und die extremen Verlustrisiken von Optionsgeschäften mit hohen Aufschlägen auf die Optionsprämie bewusst waren, auf der Hand. Dies gilt umso mehr, als der Beklagten klar sein musste, dass die ihr über das Onlinesystem bekannte oder bewusst nicht zur Kenntnis genommene Entlohnung des Anlagevermittlers diesem einen hohen Anreiz bot, seine geschäftliche Überlegenheit missbräuchlich gegenüber den geworbenen Kunden auszunutzen, wobei dem Anlagevermittler dabei "arbeitserleichternd" die Möglichkeit gegeben war, mit der Seriosität der Beklagten um die Kunden zu werben. 100

Dass die Beklagte der Gefahr eines Missbrauchs geschäftlicher Überlegenheit des Anlagevermittlers durch eigene Schutzmaßnahmen hinreichend entgegengewirkt hätte, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sie das Vorgehen des Anlagevermittlers in geeigneter Weise überprüft oder selbst für eine schonungslose Aufklärung der Kunden Sorge getragen hat. Soweit die Beklagte behauptet, vor Abschluss des Verrechnungsabkommens habe sie sich "am Markt über das Geschäftsgebaren der Firma A." erkundigt, ist ihr Vorbringen pauschal und ohne hinreichende Substanz. Es mag sein, dass aufsichtsrechtliche Verfahren gegen A. zunächst nicht anhängig waren. Rückschlüsse auf die Methoden von A. waren hierdurch jedoch nicht gerechtfertigt. Auch ihre als Anlagen B 31 vorgelegten Schreiben und das Antwortschreiben der Firma A. vom 11. Februar 2005 (Anl. B 32) vermögen die Beklagte nicht zu entlasten. Dies versteht sich von selbst, soweit diese Schreiben erst nach einer Anlageentscheidung der Kläger zu 1) und 3) 101

erfolgten. Im Übrigen lassen diese Schreiben nicht den Schluss zu, dass A. seine Kunden über die Wirkungen der hohen Provisionsaufschläge hinreichend aufklärte.

Ein Broker, der unter den aufgezeigten Umständen die aus dem ihm bekannten extremen Verlustrisiko und der transaktionsabhängigen Vergütung des Anlagevermittlers folgende naheliegende Gefahr eines Missbrauchs geschäftlicher Überlegenheit des Anlagevermittlers kennt und ohne jedwede ausreichende Schutzmaßnahmen gegen diese Gefahr provisionsauslösende Geschäfte ausführt, nimmt die Verwirklichung der Gefahr in Kauf und leistet damit zumindest bedingt vorsätzlich Hilfe zu dem sittenwidrigen Handeln des Anlagevermittlers (vgl. für die Beteiligung eines ausländischen Brokers am churning eines Anlagevermittlers BGH, WM 2004, 1768 – Jurisabdr. Tz. 33 –). Ob die Hilfeleistung der eigentliche oder einzige Beweggrund des Brokers ist, ob er andere Absichten und Ziele als der Anlagevermittler verfolgt oder ob er dessen Handeln möglicherweise sogar innerlich ablehnt, ist für die Haftung unerheblich (vgl. BGH a.a.O.).

102

Ebenso wie in dem der vorzitierten Entscheidung des Bundesgerichtshof zugrunde liegenden Fall beim Massengeschäft des Brokers sich diesem ein churning aufdrängen musste, muss es auch ein Missbrauch geschäftlicher Überlegenheit jedenfalls dann, wenn das Verhältnis von Chancen und ohnehin hohen Risiken wie im vorliegenden Fall durch hohe Aufschläge stark zum Nachteil des Anlegers verschlechtert wird: In ihrer Klageerwiderung hat die Beklagte beispielhaft aufgezeigt, dass allein die Vermittlungsprovision der Firma A. beim Kauf von 100 Optionen auf die Aktien der Sandisk Corp. 50,00 USD für den Kläger zu 2) bei einem Optionspreis von 57,80 USD betrug, mithin rund 87 % des Optionspreises, während sich die neben einer Verrechnungsgebühr in Höhe von 18,00 USD und einer Bestätigungsgebühr in Höhe von 2 USD angefallenen Ausführungsgebühren der Beklagten nur auf 1,50 USD beliefen. Ergänzend sei ebenso beispielhaft auf den Kauf vom 24. Januar 2005 für den Kläger zu 1) (Anl. B 15) verwiesen: Hier betrug beim Kauf von 4.500 Optionen auf die Aktien der B-Inc. für den Kläger zu 1) allein die Vermittlungsprovision der Firma A. 2.250,00 USD bei einem Optionspreis von 3.345,00 USD, mithin rund 67 % des Optionspreises. Genau die hier offenbar werdende sittenwidrige Ausnutzung geschäftlicher Überlegenheit hat die Beklagte der Firma A. ermöglicht und zumindest die Augen davor verschlossen, dass die Firma A. hohe Provisionen vereinnahmte und damit ihre Kunden einem extremen Risiko aussetzte. Dass sich dieses Risiko nicht stets realisierte, ändert nichts. Denn es versteht sich – wie im Übrigen auch beim churning (vgl. BGH a.a.O.Tz. 23) – von selbst, dass Erfolg und Misserfolg auch der hier vorgenommenen Kapitalanlagegeschäfte vom Marktgeschehen abhingen. Für oder gegen den indiziell zu beweisenden Vorsatz der Verantwortlichen der Beklagten zur Beihilfe an der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigungshandlung der Firma A. besagt dies nichts.

103

Die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Onlinesystems vermögen die Beklagte auch sonst nicht zu entlasten. Überlässt die Beklagte dem in Deutschland wirkenden Finanzdienstleister die Ausführung der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung über das von ihr geführte Konto, wendet sie damit den Blick von dieser unerlaubten Handlung ab, ohne dass ihr dieser Blick verstellt wäre. Denn ähnlich wie beim churning genügt ein Blick auf die Kontobewegungen, um zu erkennen, dass der Anleger aufgrund der hohen Aufschläge auf die Optionsprämien einem extremen Verlustrisiko ausgesetzt ist, vor dem er grundsätzlich eines Schutzes bedarf.

104

Dass die Beklagte die Möglichkeit hatte, die von A. zeitgleich mit der jeweiligen Kauforder gebuchte Provision und das daraus resultierende extreme Verlustrisiko zu erkennen, steht auch nicht in Widerspruch zu ihrem Vorbringen im jüngsten Schriftsatz vom 11. Februar

105

2008. Vielmehr ist im Rahmen von dessen Erörterung im Termin unwidersprochen geblieben, dass A. seine Gebühren gleichzeitig mit jeder Transaktion in das ihm zur Verfügung gestellte Onlinesystem der Beklagten eingegeben hat. Damit war der Beklagten bereits zum Zeitpunkt der jeweiligen Eingabe der Blick auf die von A. mit ihrer Hilfe vorgenommene unerlaubte Handlung frei. Selbst wenn die Beklagte ihr A. zur Verfügung gestelltes System so eingerichtet hätte, dass ihr aus technischen Gründen der Blick auf die vorsätzlich sittenwidrigen Schädigungshandlungen des A. verstellt gewesen wäre, hätte sich ihr auch diese Blickverstellung zumindest aufdrängen müssen und hätte sie mit der Einrichtung eines solchen Systems wiederum nur ihren Blick von den unerlaubten Handlungen des A. abgewendet. Dem allen steht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. März 2004 (WM 2004, 1981) schon deswegen nicht entgegen, weil die dort behandelte Internetplattform angesichts des speziellen Marktsegments der Beklagten und der damit verbundenen Gefahren mit dem hier in Rede stehenden Onlinesystem nicht vergleichbar ist.

Soweit die Beklagte besondere Umstände wie etwa ein churning oder eine kick-back-Vereinbarung, die auf eine unerlaubte Handlung des Anlagevermittlers hinweisen können, vermisst, übersieht sie, dass solche besonderen Umstände hier bereits in den extrem hohen Kaufaufschlägen auf die Optionsprämien liegen und diese Aufschläge – wie zuvor ausgeführt – zusammen mit den Kauforders in das System der Beklagten eingegeben und damit offengelegt wurden. 106

Wie das hier in Rede stehende Umsatzvolumen ein hedging in Betracht kommen lassen soll, ist nicht nachvollziehbar. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob sich dann, wenn der Beklagten ein hedging hätte plausibel erscheinen können, ein zumindest bedingter Vorsatz zu ihren Lasten nicht feststellen ließe. 107

Der Feststellung eines zumindest bedingten Vorsatzes stehen Einschränkungen, die zugunsten des nachgeschalteten, kundenferneren Brokers insbesondere hinsichtlich ihm obliegender Aufklärungs- und Beratungspflichten gelten (vgl. BGHZ 147, 343; seit dem 1. November 2007 auch § 31 e Abs. 2 WpHG), nicht entgegen. Denn hier geht es im Kern nicht um den Inhalt und die Reichweite (vor)vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten, sondern um eine (bedingt) vorsätzliche Beteiligung an dem vorsätzlich sittenwidrigen Verhalten des A.. Ebenso wenig wie der zivilrechtliche Schutzbereich der §§ 31 ff. WpHG über den Inhalt und die Reichweite (vor)vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten hinausgeht (vgl. BGH, WM 2007, 487, Jurisabdr. Tz. 18), wirkt der Vertrauensgrundsatz, auf den sich der nachgeschaltete Broker berufen kann, in den Bereich der vorsätzlich unerlaubten Handlung hinein. Insbesondere ist es nicht Sinn und Zweck des Vertrauensgrundsatzes, den vorsätzlich sittenwidrig Geschädigten gegenüber einem Tatbeteiligten schutzlos zu stellen. Daraus folgt, dass der Vertrauensgrundsatz nicht nur denjenigen nicht zu entschuldigen vermag, der sich mit unbedingtem Vorsatz an einer unerlaubten Handlung beteiligt, sondern auch denjenigen nicht, der vor einer sich ihm aufdrängenden Beteiligung an einer unerlaubten Handlung gewissenlos leichtfertig seine Augen verschließt. 108

dd) 109

Art und Umfang des den Klägern zu 1) und 3) jeweils zu erstattenden Schadens richten sich nach §§ 249 ff. BGB. Danach sind sie so zu stellen, wie sie stehen würden, wäre ihre geschäftliche Unterlegenheit nicht missbraucht worden und hätten sie damit die hochriskanten Geschäfte nicht getätigt. In diesem Fall wäre dem Kläger zu 1) ein unstreitiger Verlust in Höhe von 12.684,98 € und dem Kläger zu 3) ein solcher in Höhe von 17.567,23 € erspart geblieben. Diese Verluste ergeben sich aus der Berechnung in der Klageschrift unter 110

Abzug unstreitig an den Kläger zu 1) ausgezahlter 315,02 € und an den Kläger zu 3) ausgezahlter 232,77 €.

Ein anspruchsminderndes Mitverschulden der allenfalls fahrlässig handelnden Kläger zu 1) und 3) gegenüber einer Haftung der Beklagten aus § 826 BGB kommt grundsätzlich nicht in Betracht (BGH, Beschluss vom 10.02.2005 – II ZR 276/02 –). 111

ee) 112

Die nunmehr noch begehrten Rechtshängigkeitszinsen sind nach §§ 291, 288 Abs. 1 BGB begründet. 113

c) 114

Die Klage des Klägers zu 2) ist unbegründet. 115

Es kann nicht festgestellt werden, dass aus der maßgeblichen Sicht der Beklagten der Kläger zu 2) vorsätzlich sittenwidrig geschädigt wurde. Damit fehlt es an der subjektiven Voraussetzung für eine Haftung der Beklagten nach §§ 826, 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB. 116

aa) 117

Aus der Sicht der Beklagten war der Kläger zu 2) termingeschäftserfahren. Denn er hat im Vertrag mit der Beklagten (Anl. B 3) erklärt, bereits über eine 4-jährige Anlageerfahrung in Optionsgeschäften zu verfügen. Anhaltspunkte dafür, dass diese Angabe wahrheitswidrig war, boten sich der Beklagten nicht. 118

Ein Kunde, der nach eigenen, wenn auch wahrheitswidrigen, jedenfalls nicht ersichtlich unglaubwürdigen Angaben umfangreiche Erfahrungen mit Termingeschäften gesammelt hat, dies sogar schriftlich bestätigt und den Abschluss solcher Geschäfte wünscht, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nicht schutzwürdig (vgl. nur BGH, NJW 1998, 2675, 2676; NJW-RR 1997, 176, 177). Fehlte es danach aus der Sicht der Beklagten an einer Schutzbedürftigkeit des Klägers zu 2), fehlt zugleich eine Grundlage für die Annahme, dass aus der Sicht der Beklagten die Firma A. eine geschäftliche Überlegenheit hatte und diese vorsätzlich sittenwidrig missbrauchte. Selbst eine Aufklärungspflicht traf die Beklagte schon wegen der sich ihr darstellenden Erfahrungheit des Klägers zu 2) nicht (vgl. BGH a.a.O.) 119

bb) 120

Die Beklagte haftet auch nicht wegen Beteiligung an einem churning oder im Hinblick auf ein kick-back. 121

(1) 122

Das Tatsachenmaterial, das der Kläger zu 2) zur Darlegung eines churning vorbringt, rechtfertigt nicht den Schluss auf eine vorsätzliche Provisionsschinderei durch A., so dass die Beklagte sich auch nicht an einer solchen beteiligt haben kann. 123

Unter churning mit der möglichen Folge einer Haftung aus § 826 BGB versteht man den durch das Interesse des Kunden nicht gerechtfertigten häufigen Umschlag eines Anlagekontos, durch den der Broker oder der Vermittler oder beide sich zu Lasten der Gewinnchancen des Kunden Provisionseinnahmen verschaffen (vgl. BGH, WM 2004, 1768, 124

Jurisabdr. Tz. 9). Dabei steht der Provisionsschinderei nicht entgegen, dass der Kunde die provisionsauslösenden Geschäfte selbst in Auftrag gibt. Denn ein Anlagevermittler oder -berater, der – wie A. – beim Kapitalanleger über eine hinreichende Vertrauensstellung verfügt, kann – vom Interesse des Anlegers her nicht gerechtfertigte – Provisionen auch durch Empfehlungen und Ratschläge "schinden" (BGH a.a.O.).

Ein häufiger Umschlag in diesem Sinne ist vom Kläger zu 2) mit der Aufstellung der Geschäfte auf Seite 13 (Bl. 241 GA) der Replik vom 5. September 2006 schon nicht dargelegt. Dass eine Transaktion jeweils mehrere Optionskontrakte umfasste, liegt in der Natur des Optionshandels. Es liegt ebenfalls in der Natur der Sache, dass bei kontraktabhängigen Gebühren die Zahl der gehandelten Optionen die Gesamthöhe der Gebühren bestimmt. Nicht die Häufigkeit des Umschlages und die durch die Häufung erschlichenen Provisionen, sondern die Gebühren an sich sind es dann, die das Geschäft hochriskant und ohne besondere Aufklärung die Verleitung zu einem solchen Geschäft als sittenwidrig erscheinen lassen. Im Hinblick auf ein churning ist die Zahl der "mit einem Schlag" gehandelten Optionen dagegen qualitativ belanglos. Qualitative Relevanz entfaltet insoweit erst eine Häufung von Transaktionen. 125

Hinzukommt, dass der Erstkauf einer Option im Hinblick auf ein churning neutral ist, weil jedes Wertpapiergeschäft denkbareweise einen Erstkauf voraussetzt. Ebenso kann der Kauf einer Option und der Verkauf dieser Option aus dem Blickwinkel des churning wertend etwa dann als Einheit betrachtet werden, wenn ein (Zwischen-)gewinn erzielt wurde. 126

(2) 127

Ein kick-back, von dem man spricht, wenn bei Direktgeschäften der Broker in Absprache mit dem Vermittler höhere Kommissionen als die selbst beanspruchten ausweist und den überschießenden Teil an den Vermittler abführt (vgl. BGH, WM 1989, 1047 – Jurisabdr. Tz. 30 –), ist nicht festzustellen. Der Vortrag der Beklagten in ihrer Klageerwidern, S. 17 ff., 23 = Bl. 195 ff., 201 GA, dass sie vom Kläger zu 2) schon keine Gebühren beansprucht habe, sondern ihre Tätigkeit aus den von A. dem Kläger berechneten Gebühren vergütet worden sei, wird allein durch Ziff. 5 des Geschäftsbesorgungsvertrages (Bl. 35 GA) und Ziff. 1 des Preisaushangs (Bl. 41 GA) nicht widerlegt. Von einem besonderen gebührenspezifischen und dem Kläger zu 2) verborgen gebliebenen Anreiz für A., wegen einer Rückvergütung durch die Beklagte mit dieser Geschäfte zu tätigen, kann daher nicht ausgegangen werden. 128

Selbst wenn – wie hier unter Ziff. 5 des Geschäftsbesorgungsvertrages und Ziff. 1 des Preisaushangs erklärt – eine Gebührenteilung vereinbart und praktiziert worden wäre, wäre zu berücksichtigen, dass eben diese dem Kläger zu 2) bekanntgegeben und nicht verheimlicht worden ist. 129

III. 130

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2, 100 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit finden ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO. 131

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen hinsichtlich der vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 22. November 1994 (WM 1995, 100) offen gelassen, hier verneinten grundsätzlichen Frage vor, ob die sich aus § 32 ZPO ergebende internationale Zuständigkeit für zukünftige vorsätzliche unerlaubte Handlungen wirksam derogiert werden konnte. 132

Der Gesamtstreitwert für das Berufungsverfahren beträgt bis zu 50.000,00 €. Hiervon 133
entfallen auf das Berufungsverfahren des Klägers zu 1) 12.648,98 €, auf das des Klägers zu
2) 16.924,49 € und das des Klägers zu 3) bis zu 19.000,00 €.

