
Datum: 30.05.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 95/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:0530.12U95.16.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 3 O 290/15
Schlagworte: Finanzprodukte, Internethandel, Software, automatisiert, Eigenhandel, Vorgaben, Einstellungen
Normen: KWG § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3, 32 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 134, 142, 280 Abs. 1, 812

Leitsätze:

Beim automatisierten Internethandel mit Finanzprodukten mittels einer Software liegt ein Eigenhandel desjenigen vor, der über die grundlegenden Einstellungen und Vorgaben entscheidet. Nicht entscheidend ist, wer die Einstellungen und Vorgaben – auf der Grundlage dieser Entscheidung - tatsächlich dem Programm vorgibt und ob die Software auf einem Computer des Entscheidenden installiert ist.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 12.05.2016 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils

vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:	1
A.	2
Der Kläger macht gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche im Hinblick auf Verluste geltend, die ihm beim sogenannten Forex-Handel entstanden sind.	3
Der Beklagte betreibt als Einzelkaufmann eine Wirtschaftsberatung. Im Juli 2013 kam es auf Empfehlung der Zeugin X zu einem Gespräch des Beklagten mit dem Kläger und seinem Bruder, dem Zeugen B, der den Beklagten in einem Parallelrechtsstreit ebenfalls auf Schadensersatz in Anspruch nimmt. Gegenstand des Gesprächs war der Wunsch des Klägers und seines Bruders, größere Geldbeträge gewinnbringend anzulegen. Der Beklagte stellte dem Kläger und seinem Bruder die Möglichkeit eines automatischen Handels mit Währungen im Devisenmarkt, des sogenannten Forex-Handels, mit der von ihm entwickelten Software Expert Advisor vor.	4
Mit Email vom 27.09.2013 teilte der Beklagte dem Kläger mit:	5
„Vereinbarung EA 3.0 (automatisches Forex-Trading - Basis N 4)	6
...	7
Wunschgemäß stellen wir Ihnen unseren o.g. EA für Ihr Forex-Trading zur Verfügung.	8
Es wurde die reine Anmietung der Software vereinbart.	9
<u>Als monatliche gewinnabhängige Mietrate wurde folgendes vereinbart:</u>	10
Der Gewinn pro Monat (lt. Historie Balance/Gewinn pro Monat) wird ein Verhältnis von 60/40 vereinbart. Die 40 (%) werden als Mietgebühr von Ihnen reguliert. ...“	11
Ein weiteres Gespräch des Klägers und seines Bruders mit dem Beklagten fand am 03.10.2013 im Beisein des Zeugen E, dem Schwiegersohn des Zeugen B, statt. Der Kläger übergab dem Beklagten einen vom ihm am 24.09.2013 unterzeichneten Kontoeröffnungsantrag für Einzelkonten bei der T-Bank, der auf Seite 2 folgende Passagen enthielt:	12
„Mit der Unterzeichnung dieser Kundenvereinbarung erkläre ich mich mit folgenden Punkten einverstanden und bestätige:	13
- Ich bin mindestens 18 Jahre alt; Ich habe folgende Unterlagen und ihre Ergänzungen gelesen, verstanden und akzeptiert;	14
...	15
* Risikowarnung beim Handeln mit Differenzkontrakten (CFDs), Indizes und Futures.	16
...	17

- Ich bin mir im Klaren darüber, dass der Handel mit Differenzkontrakten und anderen Finanzinstrumenten eine spekulative Tätigkeit ist und ein hohes Risiko beinhaltet: die Nutzung des Kredithebels und sehr volatile Märkte können zu einem großen Kapitalverlust bis hin zu Totalverlust führen. Handeln Sie nur mit Geld, welches Sie im schlimmsten Fall auch verlieren können! 18

- Ich verstehe und akzeptiere das Risiko des Handelns mit Differenzkontrakten bzw. des Devisenhandelns; 19

...“ 20

Es wurde besprochen, dass der Devisenhandel sich nach außen hin als Handel des Klägers darstellen müsse, da alles andere nicht BaFin-konform sei. Im Übrigen ist der Gesprächsinhalt zwischen den Parteien streitig. 21

Der Kläger zahlte auf ein für ihn bei der T-Bank eröffnetes Konto einen Betrag von 224.000,00 € ein. Mit dem eingezahlten Geld wurden in der Folgezeit unter Einschaltung eines Brokers, der C, und unter Nutzung des vom Beklagten zur Verfügung gestellten Expert Advisors Devisengeschäfte vorgenommen. Dazu öffnete und schloss der Expert Advisor unter Berücksichtigung der vorgenommenen Einstellungen verschiedene Positionen. Der Beklagte führte aber auch ein manuelles Trading durch. Geschlossene Positionen realisierten in der Regel einen Gewinn. Die noch offenen Positionen, die sogenannten Floating-Positionen, hatten sich noch nicht realisiert, sodass nicht feststand, ob diese sich positiv oder negativ entwickelten. Die Einstellungen und die Wartung des Expert Advisors übernahm der Beklagte, dem die Kontodaten vom Kläger mitgeteilt worden waren. Zugriff auf das Konto hatten lediglich der Kläger und der Expert Advisor. Auszahlungen konnten nur auf das Konto des Klägers erfolgen. 22

Die Abrechnung des Vertragsverhältnisses erfolgte monatlich. Dabei wurden bei der Berechnung des „Gewinns“ nur die geschlossenen Positionen berücksichtigt, nicht dagegen die Floating-Positionen. Bereits nach Erhalt der ersten Abrechnung im November 2013 wandte sich der Kläger an den Beklagten und sprach ihn auf die Floating-Positionen an. Zu diesem Zeitpunkt bestanden beim Kläger bereits Überlegungen, das Vertragsverhältnis zu beenden, da sich bei Realisierung der Floating-Positionen ein erheblicher Verlust abzeichnete. Tatsächlich kam es erst Ende 2014 zu einer Beendigung des Vertragsverhältnisses. Zu diesem Zeitpunkt wies das Konto des Klägers einen positiven Saldo von 11.638,37 € auf. Insgesamt war – ohne Berücksichtigung der Floating-Positionen – ein Gewinn von 88.480,00 € erzielt worden. Hiervon hatten der Beklagte 40 %, mithin 35.392,00 €, und der Kläger 53.088,00 € erhalten. 23

Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.12.2014 forderte der Kläger den Beklagten vergeblich zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 170.912,00 € bis zum 07.01.2015 auf. Zugleich erklärte er die Anfechtung des Vertragsverhältnisses wegen arglistiger Täuschung. Nachdem der Beklagte Zahlungen nicht leistete, ist dem Beklagten auf Antrag des Klägers am 01.04.2015 ein Mahnbescheid in dieser Höhe zugestellt worden. Hiergegen hat der Beklagte am 14.04.2015 Widerspruch eingelegt. 24

Nach Abgabe des Rechtsstreits an das Landgericht hat der Kläger vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 159.912,00 € nebst vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und Zinsen begehrt. Wegen weiterer 11.000,00 € hat er den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Der verbleibende Betrag berechnet sich aus dem eingesetzten Kapital abzüglich der erhaltenen Zahlungen und Entnahmen, wobei der Kläger lediglich ein Restkapital von 11.000,00 € 25

zugrunde legt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,	26
1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 159.912,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 05.09.2014 zu zahlen;	27
2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger vorgerichtliche Kosten in Höhe von 2.438,59 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.	28
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei gemäß § 134 BGB und wegen der erklärten Anfechtung von Anfang an nichtig gewesen. Zudem ergebe sich ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 KWG. Dazu behauptet der Kläger, der Beklagte habe nicht über die wegen der allein von ihm vorgenommenen Einstellungen und manuellen Trades nach § 32 KWG notwendige Erlaubnis verfügt. Der Kläger habe auch nicht die Zustimmung zu manuellen Trades gegeben.	29
Darüber hinaus habe der Beklagte verschiedene Zusagen gemacht, die er allesamt nicht eingehalten habe. So habe er – unter Bezugnahme auf seine Erfahrungswerte – hohe Renditen von 20 bis 30 % monatlich zugesagt. Diese Erträge habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Vielmehr seien massive Verluste eingetreten.	30
Bei Vertragsschluss hätten für den Kläger die von dem Beklagten in Aussicht gestellten Sicherungsvorkehrungen im Vordergrund gestanden; diese seien ausschlaggebend gewesen. Der Beklagte habe zwar auch erklärt, dass es beim Forex-Trading grundsätzlich zu Verlusten kommen könne; seine Software würde indes dazu führen, dass die positiven Trades die negativen Trades per Saldo immer überwiegen würden.	31
Der Beklagte habe ferner zugesagt, dass C ohne weitere Bedingungen einen Bonus von rund 10 % zahlen würde. Die Trades hätten zumindest zunächst nur aus diesem Bonus und den zu erwartenden Gewinnen erfolgen sollen. Ein Bonus sei aber nicht gezahlt worden. Der Beklagte habe zudem erklärt, dass maximal mit 6 bis 10 % des eingesetzten Kapitals und zur Vermeidung von Verlusten mit einer engen Stopp-Loss-Setzung gehandelt werde. Auch dies sei nur bei einigen wenigen Transaktionen erfolgt. Der Beklagte habe zugesichert, dass der Kläger sein Kapital ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist jederzeit ungekürzt wieder entnehmen und auch den Bonus behalten könne.	32
Der Beklagte habe nicht offenbart, dass gegen ihn ein Insolvenzverfahren laufe; er habe dazu erklärt, dass es sich um ein solches seines Schwiegervaters handle bzw. er nur für dessen Schulden hafte. Bei entsprechender Kenntnis habe der Kläger dem Beklagten die streitgegenständlichen Vermögenswerte nicht in die Hand gegeben. Der Beklagte habe den Kläger nicht hinreichend aufgeklärt. Ansonsten wäre es nicht zum Vertragsschluss gekommen, sodass dem Kläger der eingesetzte Geldbetrag verblieben wäre. Die Verluste allein durch das manuelle Trading des Beklagte beliefen sich auf 71.000,00 €. Zu den an den Beklagten geleisteten Provisionszahlungen sei es nur deshalb gekommen, weil die Positionen, bei denen ein Verlust drohte, nicht mit den erzielten Gewinnen verrechnet worden seien.	33
Der Beklagte hat behauptet, er habe lediglich die Software, den Expert Advisor, vermietet. Die Software sei von ihm installiert und hinsichtlich der ordnungsgemäßen Funktion	34

überwacht worden. Zudem seien Updates zur Verfügung gestellt worden. Der Beklagte habe darauf hingewiesen, dass manuelles Trading nicht vorgesehen sei. Der Kläger habe unter Nutzung der Software eigenmächtig und eigenverantwortlich gehandelt. Manuelle Trades habe der Beklagte für den Kläger nur nach ausdrücklicher Zustimmung betrieben, ohne dass ein Schaden entstanden sei.

Zusagen oder Garantien habe der Beklagte nicht gegeben. Er habe lediglich darauf hingewiesen, dass mit der Software hohe Renditen erzielt werden könnten. Eine Zusicherung hinsichtlich eines Bonusses habe er weder in Höhe von 10 % noch in Höhe von insgesamt 50.000,00 € gegeben. Von ihm übermittelte Angebote zur Auszahlung eines Bonusses habe der Kläger nicht angenommen. Eine Stopp-Loss-Setzung sei bei der Nutzung seines Expert Advisors nicht vorgesehen und auch nicht Gegenstand des Gesprächs zwischen den Parteien gewesen. Insgesamt habe der Beklagte auf die Risiken des Handelns, auch auf einen möglichen Totalverlust, hingewiesen. Es liege in der Natur der Sache, dass Gewinne realisiert und Floating-Positionen gehalten würden, bis auch diese sich in Gewinnen realisierten. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten sei dem Kläger bekannt gewesen. 35

Die Vermietung der Software sei nicht erlaubnispflichtig. Auch hinsichtlich möglicher manueller Trades sei eine Erlaubnispflicht nicht gegeben. Es handele sich nicht um eine Tätigkeit, die einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordere. Es fehle an konkretem Vortrag, welche Geschäfte fehlerhaft ausgeführt worden seien. 36

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen B und E. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ergebe sich nicht aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrag bzw. Vertrag sui generis mit überwiegend mietvertraglichen Elementen. Zwischen den Parteien habe ein Schuldverhältnis dahingehend bestanden, dass der Beklagte dem Kläger eine Software zur Verfügung stelle, die Einstellungen vornehme sowie die Wartung übernehme und dafür einen monatlichen Betrag in Höhe von 40 % der erzielten Gewinne erhalte. Es könne dahinstehen, ob die Parteien weitergehende Vereinbarungen getroffen hätten, da die mietvertraglichen Elemente jedenfalls überwiegen. 37

Der Vertrag sei nicht nach § 134 BGB nichtig. § 32 KWG sei kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. 38

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme habe das Gericht nicht feststellen können, dass der Beklagte den Kläger bei Anbahnung oder Abschluss des Vertrages arglistig getäuscht habe. Zwar hätten die Zeugen B und E den Vortrag des Klägers im Wesentlichen bestätigt und es erscheine dem Gericht möglich, dass der Beklagte Zusagen und Garantien gegeben habe, die später nicht eingehalten worden seien, was dem Beklagten von Anfang an bewusst gewesen sei. Es erscheine dem Gericht aber auch möglich, dass der Kläger und die Zeugen die ihnen durchaus bekannten, sich aber jedenfalls aufdrängenden Risiken ausgeblendet hätten. Im Rahmen der Beweismwürdigung sei zu berücksichtigen gewesen, dass dem Zeugen B lediglich formal eine Zeugenstellung zukomme, seine Interessenlage aber wegen der Klage im Parallelverfahren der einer Partei entsprochen habe. Auch auf die Angaben des Zeugen E habe das Gericht seine Überzeugung nicht zu stützen vermocht. Dieser habe ebenfalls ein Interesse am Ausgang des Verfahrens. Dieses folge nicht allein aus der verwandtschaftlichen Beziehung zum Kläger, sondern auch aus der Tatsache, dass er selbst mit einer Einlage von 100.000,00 € am Trading des Zeugen B beteiligt gewesen sei. Die Angaben des Zeugen E könnten daher nicht unabhängig von seiner Beteiligung gesehen werden. 39

Etwas anderes ergäbe sich nicht daraus, wenn die vom Kläger eingereichte Darstellung zur „Forex Prozedur“ vor Vertragsschluss übergeben worden wäre. Zwar weise diese eine mögliche Rendite von 20 bis 30 % aus, ohne diese aber zuzusichern oder zu garantieren; auch ein Bonus werde nicht garantiert, vielmehr sei dieser noch auszuhandeln; die Möglichkeit eines Stopp-Loss oder eines verlustfreien Ausstiegs werde nicht erwähnt. Soweit der Beklagte in einer E-Mail vom 24.11.2013 gegenüber dem Kläger erklärt habe, dass mit einem monatlichen Floating von 10 % gerechnet werden müsse und der monatliche Durchschnitt bei 6 % liege, sei lediglich von Möglichkeiten die Rede. Hinzu komme, dass im Rahmen des Kontoeröffnungsvertrages auf die Risiken des Geschäfts hingewiesen worden sei. Eine plausible Erklärung, warum die dort eröffneten Risiken für das streitgegenständliche Geschäft nicht hätten gelten sollen, lasse der klägerische Vortrag vermissen.

Die Möglichkeit der Anfechtung scheide zudem aus anderen Gründen aus. Die Tatsache, dass bei der Berechnung des Beklagtenanteils offene Positionen nicht einberechnet würden, rechtfertige keine Anfechtung. Aus den Vertragsdokumenten ergebe sich eindeutig, dass sich die Berechnung auf die Historie Balance pro Monat beziehe. Dies lege jedenfalls die Möglichkeit nahe, dass nicht der wirkliche Gewinn gemeint sei. Zudem sei dies dem Kläger spätestens im November 2013 bekannt gewesen, sodass die Anfechtung verfristet sei. Im Hinblick auf die Angaben zum Insolvenzverfahren fehle es jedenfalls an der Kausalität, da der Kläger in der mündlichen Verhandlung angegeben habe, ihm sei das Insolvenzverfahren im Oktober 2013 bekannt, aber nicht wichtig gewesen. 41

Eine Pflichtverletzung im Rahmen des Vertragsschlusses sei aus den gleichen Gründen nicht festzustellen. 42

Ein Anspruch folge nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 KWG. Als nach § 32 KWG erlaubnispflichtige Tätigkeit des Beklagten komme eine Finanzportfolioverwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 a) Nr. 3 KWG sowie eine Anlageverwaltung gemäß § 1 Abs. 1 a) Nr. 11 KWG in Betracht. Voraussetzung sei ein Entscheidungsspielraum auf Seiten des Beklagten. Ein solcher dürfte unter Berücksichtigung des grundsätzlich zwischen den Parteien vereinbarten Geschäftsmodells nicht gegeben gewesen sein. Der Beklagte habe lediglich die allgemeinen Einstellungen der Software vorgenommen. Eine Erlaubnispflicht käme unter dem Gesichtspunkt eines manuellen Tradens des Beklagten in Betracht. Im Ergebnis könne aber offen bleiben, ob der Beklagte ohne Erlaubnis einer nach § 32 KWG erlaubnispflichtigen Tätigkeit nachgegangen sei. Es fehle jedenfalls an der Kausalität eines - nicht hinreichend dargelegten - Schadens zur fehlenden Erlaubnis. Die Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens komme nur zur Anwendung, wenn eine bestimmte Entschließung des zutreffend informierten Vertragspartners im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei. Eine möglicherweise zugunsten des Klägers greifende Vermutung sei indes nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme erschüttert. Der Beklagte habe bereits im Rahmen der geführten Gespräche darauf hingewiesen, dass es wegen der BaFin-Konformität nach außen hin so aussehen müsse, als würde der Kläger einen Eigenhandel betreiben. Unter Berücksichtigung der weiteren Erklärungen des Beklagten, dass er die Einstellungen vornehme und der Kläger nicht in das Programm eingreifen dürfe, habe der Kläger zwingend davon ausgehen müssen, dass Bedenken gegen das Geschäftsmodell bestünden. Dennoch habe er sich darauf eingelassen. Insofern verfange auch die Behauptung des Klägers nicht, er habe manuelles Trading bei Kenntnis von der erforderlichen Erlaubnis untersagt. Entscheidend sei für den Kläger die Rendite gewesen, was das Gericht positiv habe feststellen können. Daneben könne der Gesichtspunkt der Sicherheit der Geldanlage eine Rolle gespielt haben, was das Gericht aber nicht sicher festzustellen vermocht habe. Die fehlende Erlaubnis sei weder 43

ausschlaggebend noch von Wichtigkeit. Der Kläger habe mangels Vermutung nachweisen müssen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die fehlende Erlaubnis das Geschäft insgesamt nicht abgeschlossen bzw. vom manuellen Trading Abstand genommen hätte. Dies sei ihm nach den bereits erfolgten Ausführungen nicht gelungen.

Mangels Hauptforderung stünden dem Kläger auch die Nebenforderungen nicht zu. 44

Mit seiner Berufung wendet sich der Kläger gegen die Abweisung seiner Klage. Das Landgericht habe die vom Kläger vorgetragene Zusagen/Zusicherungen ausschließlich unter dem Aspekt einer Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung geprüft. Die Anfechtung habe sich aber allein auf die Angaben gestützt, die der Kläger und sein Bruder im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren erhalten hätten. In Bezug auf die Zusagen/Zusicherungen habe der Kläger den Vertrag dagegen nicht angefochten. Vielmehr mache er geltend, dass der Beklagte die gegebenen Zusagen erfüllen müsse. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Zusage eines jederzeitigen verlustfreien Ausstiegs. 45

Das Landgericht habe die falschen Angaben, die der Kläger und sein Bruder in Bezug auf das Insolvenzverfahren über die Zeugin X erhalten hätten, bei seiner Bewertung nicht berücksichtigt. Der Beklagte habe vorgespiegelt, er sei von dem Insolvenzverfahren nur deshalb betroffen, weil er für Verbindlichkeiten seines Schwiegervaters hafte. Auf diese Weise habe er offenkundig Zweifel an seiner wirtschaftlichen Solidität und geschäftlichen Erfahrung zerstreuen wollen. Dass dieser Punkt für die Entscheidungsfindung des Klägers und seines Bruders durchaus von Bedeutung gewesen sei, ergebe sich daraus, dass sie die Zeugin X gebeten hätten, diesen Punkt mit dem Beklagten zu klären. Die Zeugin X habe gegenüber dem Beklagten auch offen gelegt, dass sie sich im Auftrag des Klägers erkundige. Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei fehlerhaft, da die Zeugin X nicht vernommen worden sei. 46

Der vom Landgericht angenommene Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG führe dazu, dass der Beklagte dem Kläger den gesamten Vermögensverlust ersetzen müsse, der ihm durch das KWG-widrige Geschäft entstanden sei. Dass es der Beklagte gewesen sei, der getradet habe, wäre bei Verfolgung der verwendeten IP-Adressen sowie durch Vernehmung des Zeugen L bewiesen worden. Der Kläger und sein Bruder seien hierzu technisch nicht in der Lage gewesen. 47

Ein Verstoß des Beklagten gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG folge bereits daraus, dass der Beklagte alle für die Abwicklung der Trades notwendigen Voreinstellungen des Programms vorgenommen habe. Soweit das Programm nicht automatisch gehandelt habe, sei es mithin der Beklagte gewesen, der gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verstoßen habe. Dies gelte erst recht ab Mitte Februar, als der Beklagte in mehr als 500 Fällen manuell gehandelt habe. Das manuelle Trading sei ausdrücklich auf einem entsprechenden Vorschlag des Beklagten erfolgt, wie die E-Mail des Beklagten vom 16.02.2014 zeige. Der Bruder des Klägers habe dem zugestimmt, da er hoffe, die drohenden Verluste zu vermeiden. Er habe nicht gewusst, dass die Geschäfte gegen das Kreditwesengesetz verstießen. Der Kläger habe eine Zustimmung nicht erteilt. Die Tätigkeit des Beklagten sei weit über die Vermietung einer Software hinausgegangen. Sie erfülle den Tatbestand einer genehmigungspflichtigen Vermögensverwaltung und sei gewerbsmäßig erfolgt. Es handele sich um eine Finanzportfolioverwaltung nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG, für die der Beklagte vor der Aufnahme eine Genehmigung habe einholen müssen. 48

Der Beklagte habe keine Software zur Verfügung gestellt. Er sei der einzige gewesen, der Zugang zu der Software und Zugriff auf diese gehabt habe. Der Kläger habe nichts ändern 49

oder einstellen können. Ohne Installation der Handelsplattform N habe der Kläger keine Verbindung zum Broker aufnehmen können. Hierzu sei er auch fachlich und technisch nicht in der Lage gewesen. Dies sei aber auch nicht beabsichtigt gewesen. Sämtliche Einstellungen habe der Beklagte unter seiner IP-Adresse vorgenommen. Es sei falsch, dass in einem Gespräch am 03.10.2013 konkrete Lotgrößen und Währungspaare vereinbart worden seien. Dies ergebe sich auch daraus, dass der Kläger mit 12 Währungspaaren gehandelt habe, sein Bruder indes mit nur 15 Währungspaaren, sowie dass zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit Währungspaaren gehandelt worden sei. Dies könne nur aufgrund von händischen Eingriffen erfolgt sein. Auch die Lotgröße schwanke beachtlich.

Aus den Mails des Beklagten vom 01.11.2013, 30.01.2014 und 12.03.2014 (Anlagen K13, K14 und K16) ergebe sich, dass der Beklagte in das Programm eingegriffen habe. Zudem habe sich der Beklagte beim Broker über Änderungen erkundigt (Anlage K15). Die vereinbarte Überwachung mache nur Sinn, wenn der Beklagte berechtigt und verpflichtet gewesen sei, Änderungen vorzunehmen.

50

Es sei unzutreffend, dass der Kläger den Verstoß gegen das Kreditwesengesetz billigend in Kauf genommen habe. Dieser habe sich vielmehr auf die Angaben des augenscheinlich erfahrenen Beklagten verlassen. Nach den Angaben des Beklagten sei das Geschäftsmodell KWG-konform ausgestaltet gewesen. Der Kläger habe davon ausgehen können, dass das Geschäftsmodell eine Genehmigungspflicht in legaler Weise vermieden habe. Jedenfalls sei die Aussage des Beklagten, dass das Geschäftsmodell KWG-konform sei, falsch. Mithin liege eine Verletzung von Aufklärungs- und Informationspflichten vor. Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB sei nicht davon abhängig, dass der Beklagte den Verstoß gegen das KWG heimlich begangen habe.

51

Die Urteilsbegründung sei falsch, soweit das Gericht davon ausgehe, dass der Kläger die Information über die „Prozedur“ erst nachträglich erhalten habe. Vielmehr habe er diese Informationen bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses erhalten. Lediglich die zweite Fassung habe der Kläger im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens erhalten. Diese sei zumindest ein wichtiges Indiz dafür, dass das Vorbringen des Klägers richtig sei. Der Beklagte habe nicht substantiiert bestritten, dass die „Prozeduren“ von ihm stammten. Die „Prozeduren“ hätten der Kläger und die Zeugin X gemeinsam erstellt. Der Inhalt entspreche uneingeschränkt dem, was der Beklagte der Zeugin mündlich mitgeteilt habe. Jedenfalls die erste Prozedur sei dem Kläger mit Wissen des Beklagten vor dem Vertragsschluss vom 03.10.2013 ausgehändigt worden.

52

Auch inhaltlich sei die Bewertung des Landgerichts zu den Prozeduren unzutreffend. So werde ein Bonus von 10 % und ein jederzeitiger verlustfreier Ausstieg zugesagt. Von dem Abzug eines Verlustes sei nicht die Rede. In der Prozedur werde ferner behauptet, dass das vom Beklagten vertriebene Handelsprogramm von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) genehmigt sei. Dies sei unstreitig falsch. Etwas anderes ergebe sich nicht, wenn das Programm nicht genehmigungspflichtig sei. Jedenfalls habe der Beklagte seine Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Auskunft und Information verletzt. Ohne die Annahme einer Prüfung des Handelsprogramms durch die BaFin, habe der Kläger sich nicht zu der Vermögensanlage entschlossen gehabt.

53

Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass der Beklagte zugesichert habe, er werde im Wesentlichen nur mit dem Bonus handeln. Dem entgegen habe der Beklagte bereits kurz nach Beginn in einem Umfang getradet, der die insoweit genannten 6 bis 10 % des Kapitals weit überstiegen habe. Es sei nicht nachvollziehbar, wie das Gericht zu der Schlussfolgerung gelangt sei, dass für den Kläger die Renditeaussichten im Vordergrund gestanden hätten.

54

Der Kläger habe vielmehr bekundet, dass das Gesamtpaket aus Rendite und Sicherungsmechanismen entscheidend gewesen sei.

Die Bewertung des Abrechnungsverhaltens des Beklagten sei ebenfalls fehlerhaft. Der Beklagte habe im Zuge der monatlichen Balance den mit Gewinn abgeschlossenen Trades alle diejenigen Trades gegenüberstellen müssen, die mit einem Verlust abgeschlossen worden waren bzw. in denen noch ein Verlust drohte. Der Beklagte habe aber nur einen Teil der Trades, die Verluste eingefahren hätten, verrechnet. Dies zeige die betrügerische Absicht des Beklagten. 55

Das Landgericht habe auch unberücksichtigt gelassen, dass der Beklagte in seiner Anhörung nachweisbar wahrheitswidrig vorgetragen habe. Dass der Zeuge E der Schwiegersohn des Zeugen B sei und sich intern an der Vermögensanlage beteiligt habe, rechtfertige allein keine Zweifel an dessen Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit seiner Aussage. Das Landgericht sei offensichtlich verärgert gewesen, dass es erst im Zuge der Zeugenvernehmung von der Beteiligung des Zeugen E erfahren habe. Dem Landgericht sei bekannt gewesen, dass der Zeuge im Lager des Klägers stehe. Zudem sei dem Beklagten die Beteiligung des Zeugen bekannt gewesen. Es sei auch nicht Aufgabe des Zeugen gewesen, das Gericht zu informieren. 56

Der Beklagte habe das in Rede stehende Geschäftsmodell in mindestens acht weiteren Fällen praktiziert. Die Vermietung der Software sei Teil seiner geschäftlichen Tätigkeit gewesen. Er habe die Zeugin X zur Vermittlung einer unbestimmten Zahl von Kunden eingeschaltet. Dies ergebe sich auch aus den Prozeduren. Der Beklagte habe in Gewinnerzielungsabsicht gehandelt. 57

Der Kläger beantragt, 58

unter Abänderung des angefochtenen Urteils der Klage mit den zuletzt in erster Instanz gestellten Anträgen stattzugeben. 59

Der Beklagte beantragt, 60

die Berufung zurückzuweisen. 61

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Die Auffassung des Klägers, das Landgericht habe die Zusicherungen/Zusagen lediglich unter dem Aspekt der arglistigen Täuschung behandelt, gehe fehl. Das Landgericht habe die behaupteten Zusagen nach Durchführung der Beweisaufnahme nicht als erwiesen angesehen, sodass diese auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten nicht als bewiesen anzusehen seien. Das Landgericht habe die angeblichen Angaben des Beklagten zum Insolvenzverfahren bei der Beweiswürdigung berücksichtigt. Zudem habe der Kläger angegeben, dass ihm das Insolvenzverfahren im Oktober 2013 nicht wichtig gewesen sei. Dies belege, dass dieser Punkt für die Entscheidungsfindung nicht von Bedeutung gewesen sei. Es werde bestritten, dass der Beklagte den Kläger insoweit arglistig getäuscht habe. 62

Die Zeugin X sei nicht zu vernehmen gewesen. Diese habe lediglich die Geschäftsbeziehung vermittelt, sei bei den Gesprächen aber nicht zugegen gewesen. Es komme nicht darauf an, was der Beklagte der Zeugin allgemein zum Geschäftsmodell erklärt habe. 63

Es sei nicht fehlerhaft gewesen, ein Sachverständigengutachten nicht einzuholen und den Zeugen L nicht zu vernehmen. Das Landgericht habe zu Recht mindestens fehlende 64

- Kausalität angenommen. Der Kläger sei informiert gewesen, dass ein Handel, der nicht Eigenhandel sei, nicht BaFin-konform sei. Insofern habe es keiner Offenlegung bedurft. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens greife nicht ein. Der Zeuge E habe bestätigt, dass es bei der Anlage ein hohes Risiko gegeben habe und für die Anlage weder Bonus noch Rendite entscheidend gewesen seien. Nach Angaben des Zeugen waren ihm und dem Kläger bewusst, dass eine Rendite von 20 bis 30 % nicht erwirtschaftet werden können.
- Es liege ein effektiver Eigenhandel vor. Es habe niemand mit Entscheidungsbefugnis gehandelt, sondern die Software. Dies sei KWG-konform. Manuelle Trades in Bezug auf den Kläger habe es nach dessen eigener Aussage nicht gegeben. 65
- Das Landgericht habe die erst im Laufe des Verfahrens erhaltene „Prozedur“ zu Recht nicht berücksichtigt. Sie sei nicht Grundlage der Gespräche gewesen und kein Indiz für das Vorbringen des Klägers. Der Beklagte sei an der Erstellung der Prozeduren nicht beteiligt gewesen. Es werde bestritten, dass deren Inhalt dem entspreche, was der Beklagte der Zeugin X mitgeteilt habe. Die „Prozeduren“ seien nicht mit Wissen und Willen des Beklagten in den Verkehr gebracht worden. Die erste „Prozedur“ beschreibe offensichtlich Geschäfte, die mit den streitgegenständlichen nichts zu tun hätten. Der Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt den Eindruck erweckt, seine Software einer Behörde zur Prüfung vorgelegt zu haben. 66
- Dem Kläger sei ein Bonus nicht fest zugesagt worden. Ihm sei ein Bonus angeboten worden. Der Kläger habe sich aber für keine der angebotenen Varianten entschieden. Der Beklagte habe weder zugesagt, dass maximal 6 bis 10 % des Kapitals zum Trading verwendet werde, noch dass lediglich mit dem Bonus und den erwirtschafteten Gewinnen gehandelt werde. 67
- Aus der Formulierung „jederzeit verfügbar“ ergebe sich nicht die Möglichkeit eines jederzeitigen verlustfreien Ausstiegs, sondern die Verfügbarkeit der sich auf den separaten Konten befindlichen, nicht durch Trades gebundenen Gelder. Etwas anderes ergebe sich nicht aus der Formulierung, dass das Konto mit höchster Sicherheit eingestellt werde. Es sei dem Kläger sowie den Zeugen B und E bekannt gewesen, dass der Handel mit Devisen eine spekulative Tätigkeit sei. Die Formulierung beinhalte lediglich, dass es Sicherheitseinstellungen gebe, das Verlustrisiko aber nicht beseitigt werden könne. Der Zeuge E habe bestätigt, dass hierüber gesprochen worden sei. 68
- Es bestehe keine Verpflichtung, im Zuge der monatlichen Abrechnung alle Trades zu bilanzieren. Offene Trades erlaubten keine Bilanzierung. Erst wenn ein Trade geschlossen werde, könnte festgestellt werden, ob dieser mit Gewinn oder Verlust erfolgt sei. 69
- Das Landgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass der Zeuge E ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens habe. Dieser habe nicht nur eigenes Geld verloren, da er einen erheblichen Teil aus Fremdmitteln finanziert habe. 70
- Der Beklagte habe nicht in allen entscheidenden Punkten Einfluss auf die Ausgestaltung des Handels gehabt. Nachdem die Grundeinstellungen wie Währungspaare und Lotgrößen entsprechend den Vorgaben des Klägers festgelegt worden seien, habe das Programm eigenständig gehandelt. Einfluss auf die einzelnen Positionen habe der Beklagte nach den Grundeinstellungen nicht genommen. Es gebe keine Einstellungen für die Gestaltung einzelner Trades. Die Währungspaare und Lotgrößen seien zwischen den Parteien im ersten persönlichen Gespräch in H – ohne den Zeugen E - festgelegt worden. Weitere Parameter seien für die Funktion der zur Verfügung gestellten Software nicht erforderlich gewesen. Der Kläger habe völlig andere Grundeinstellungen als sein Bruder festgelegt. Die Lotgrößen 71

hätten sich nach dem zur Verfügung stehenden Kapital gerichtet, welches beim Kläger und seinem Bruder sehr unterschiedlich gewesen sei. Die Installation erfolge auf dem Server eines Drittanbieters, um Probleme im Falle von Störungen eines privaten PC zu vermeiden. Sowohl der Kläger als auch der Zeuge E hätten die Software insoweit bedienen können, als sie sie hätten abstellen können. Diese hätten über die notwendigen Zugangsdaten verfügt und regelmäßig Bedienungshinweise erhalten. Dass der Kläger an der Programmierung der Software nichts habe ändern können, verstehe sich von selbst.

Der Beklagte habe das Trading nur im Rahmen der Grundeinstellungen nach den Vorgaben des Klägers programmiert. Die Überwachung beziehe sich auf die technische Funktionalität und nicht die inhaltlichen Vorgaben. Aus der Anlage K13 ergebe sich nur, dass die Lotgröße nach Absprache mit dem Kläger habe verändert werden sollen. Da diese Größe vom zur Verfügung stehenden Kapital abhängig sei, sei ein Hinweis auf das Moneymanagement erfolgt. Mit der Anlage K14 werde lediglich ein Update angekündigt. Die Anlage K15 habe mit der Software nichts zu tun. Der Beklagte habe sich im Zusammenhang mit der Verminderung des Kapitals nach erforderlichen Änderungen erkundigt. Mit den Sicherheitseinstellungen habe der Beklagte nichts zu tun. Diese hätten Absprachen zwischen dem Kläger und dem Broker betroffen. 72

Mit Beschluss vom 24.02.2017 (Blatt 305 f. der Akte) hat der Senat darauf hingewiesen, dass es dem Kläger obliege, einen Verstoß des Beklagten gegen § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen; manuell vom Beklagten vorgenommene Handelsvorgänge und der dadurch entstandene Schaden seien nicht substantiiert dargelegt. Hierauf hat der Kläger mit Schriftsatz vom 18.04.2017 ergänzend Stellung genommen. 73

B. 74

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche gegen den Beklagten nicht zu. 75

I. 76

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von 159.912,00 € folgt nicht unmittelbar aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag. 77

Das Landgericht ist bei seiner Bewertung von einem zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrag beziehungsweise einem Vertrag sui generis mit überwiegend mietvertraglichen Elementen ausgegangen. Dies wird von den Parteien im Berufungsverfahren nicht angegriffen und ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Ausweislich der „Vereinbarung EA 3.0“ haben sich die Parteien über die Anmietung von Software geeinigt. Aus diesem Vertrag oblag dem Beklagten lediglich die Zurverfügungstellung der Software sowie deren Installation, Überwachung und Aktualisierung. Soweit der Kläger sich auf Zusicherungen und Zusagen des Beklagten beruft, betrafen diese allesamt das Anlageverhältnis zur C. Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen bleiben, ob zwischen den Parteien zudem ein selbständiger Beratungs- und Auskunftsvertrag zustande gekommen ist, da aus einem solchem dem Kläger ebenfalls unmittelbar keine Zahlungsansprüche erwachsen wären. 78

II. 79

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ergibt sich nicht aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem geschlossenen Vertrag. 80

1.	81
Zwar ist von einem wirksam zwischen den Parteien geschlossenen Vertragsverhältnis auszugehen.	82
a)	83
Das Landgericht hat eine Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 32 KWG zu Recht bereits daran scheitern lassen, dass § 32 KWG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt das Erfordernis der Erlaubnis für das Betreiben von Kreditgeschäften nicht zur Nichtigkeit der ohne Erlaubnis abgeschlossenen Verträge. Dies folgt bereits daraus, dass sich das Verbot - anders als nach § 134 BGB grundsätzlich erforderlich - nicht gegen beide Vertragsparteien, sondern nur gegen eine Partei, nämlich gegen die Nichtbank, richtet und dementsprechend die Strafbarkeit, die sich aus § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG ergibt, nur auf Seiten einer Partei bestimmt ist. Zudem handelt es sich bei der Erlaubnispflicht um eine gewerbepolizeiliche Vorschrift, bei der sich das in der Erlaubnispflicht liegende Verbot von Bankgeschäften ohne Erlaubnis nicht gegen die rechtliche Wirkung dieser Geschäfte richtet, sondern die öffentliche Ordnung stützen soll (vgl. BGH, NJW 2011, S. 3024 f. Rn. 20 f.; zitiert nach juris.de).	84
b)	85
Es kann zudem nicht festgestellt werden, dass der Beklagte mit dem streitgegenständlichen Vertragsschluss ein nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erlaubnispflichtiges Geschäft betrieben hat. Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde, wer gewerbsmäßig Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will. Finanzdienstleistungen sind dabei nach § 1 Abs. 1 a) KWG insbesondere die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum (Finanzportfolioverwaltung, § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG) und die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten außerhalb der Verwaltung eines Investmentvermögens im Sinne des § 1 Abs. 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs für eine Gemeinschaft von Anlegern, die natürliche Personen sind, mit Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der Finanzinstrumente, sofern dies ein Schwerpunkt des angebotenen Produktes ist und zu dem Zweck erfolgt, dass die Anleger an der Wertentwicklung der erworbenen Finanzinstrumente teilnehmen (Anlageverwaltung, § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 KWG). Vorliegend kommen allenfalls Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG in Betracht, da der Beklagte jedenfalls nicht für eine Gemeinschaft von Anlegern im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 KWG tätig geworden ist.	86
Es ist zwischen den Parteien streitig, ob dem Beklagten im Hinblick auf die grundsätzlich automatische Tätigkeit der vermieteten Software ein Entscheidungsspielraum bei der Verwaltung der Finanzinstrumente für den Kläger zugestanden hat. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wer die Entscheidungen über die für den Handel erforderlichen Grundeinstellungen getroffen hat. Nach dem Vortrag der Parteien ist davon auszugehen, dass die überlassene Software aufgrund eines hinterlegten Algorithmus eigenständig Käufe und Verkäufe vornimmt, ohne dass es Einzelentscheidungen des Anlegers bedarf. Damit werden die Entscheidungen indes nicht von dem Programm getroffen. Dieses wendet vielmehr lediglich die ihm über die Programmierung und die Grundeinstellungen vorgegebenen Einstellungen über die Bedingungen für das Öffnen und Schließen von Geschäften an. Die eigentlichen Entscheidungen sind die Vorgaben. Allerdings kommt es nicht darauf an, wer die Einstellungen tatsächlich im Programm vorgenommen hat. Entscheidend ist vielmehr, wer im Verhältnis der Parteien die entsprechenden Vorgaben	87

gemacht hat. Vor diesem Hintergrund kann es letztlich dahinstehen, ob die vermietete Software auf einem Rechner des Klägers oder zentral auf dem Server eines Drittunternehmens installiert worden war und ob der Kläger selbst Zugriff zu dem Programm hatte.

Die Darlegungs- und Beweislast für einen Verstoß gegen § 32 KWG liegt bei dem Kläger, der sich auf diese Vorschrift zur Begründung seines Anspruch bezieht. Allerdings oblag es dem Beklagten im Rahmen einer sekundären Darlegungslast zunächst darzulegen, wann der Kläger ihm welche Vorgaben im Hinblick auf den durchzuführenden Handel gemacht hat, die das Handeln des Beklagten als Eigenhandel des Klägers erscheinen lassen. Dem ist der Beklagte durch Vorlage des handschriftlich ausgefüllten „Datenblatt(es) zur Einstellung des E.A.“ nachgekommen. Damit hat der Beklagte hinreichend dargelegt, welche Vorgaben der Kläger für den Handel gemacht hat. Es hätte nun dem Kläger oblegen darzulegen und zu beweisen, dass diese Vorgaben entgegen der Behauptung des Beklagten nicht auf einer Entscheidung des Klägers beruhten oder der Beklagte weitergehende oder abweichende Entscheidungen getroffen hat. 88

c) 89

Ob der Kläger dies hinreichend dargelegt hat und ob ihm der entsprechende Beweis letztlich gelungen wäre, kann dahinstehen bleiben. Genehmigungspflichtig ist nach § 32 KWG nur der gewerbsmäßige Betrieb von Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen und der auch insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, dass der Beklagte die vom Kläger behauptete Finanzportfolioverwaltung gewerbsmäßig betrieben hat. 90

Ein gewerbsmäßiges Handeln liegt vor, wenn der Betrieb auf gewisse Dauer angelegt ist und mit der Absicht der Gewinnerzielung oder entgeltlich erfolgt. Auf Dauer ist die Tätigkeit angelegt, wenn sie nachhaltig und planmäßig erfolgen soll, in der Regel also mit der erkennbaren Absicht der Wiederholung beziehungsweise Fortsetzung, ohne dass hierzu zwingend ein ununterbrochener Geschäftsbetrieb erforderlich wäre. Abzugrenzen ist die Tätigkeit von Handlungen, mit denen nur gelegentlich Geschäfte vorgenommen werden. Nicht von Bedeutung für die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit ist der geringe Umfang oder der geringe organisatorische Aufwand, der faktisch aufgewendet wurde. (Häberle in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 212. EL Januar 2017, § 32 KWG Rn. 5) 91

Dabei ist im vorliegenden Fall die reine Vermietung der Software, die nicht dem Kreditwesengesetz unterfällt, von möglichen Finanzdienstleistungen des Beklagten abzugrenzen. Allein nicht gewerbsmäßige Finanzdienstleistungen im Rahmen der gewerbsmäßigen Vermietung der Software, die der Beklagte einräumt, begründen keine Genehmigungspflicht nach dem Kreditwesengesetz. 92

Gegen eine gewerbsmäßige Vornahme von Finanzdienstleistungen spricht hier zunächst, dass das vereinbarte Entgelt allein für die Vermietung der Software zu zahlen war, auch wenn der Mietzins letztlich vom Erfolg des Handelns abhängig war. Zudem hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, dass der Beklagte gegenüber anderen Mietern seiner Software – außer dem Kläger und seinem Bruder - über das Vermieten der Software hinaus tätig geworden ist. Insoweit war es nicht gerechtfertigt, vom Beklagten im Rahmen einer sekundären Darlegungslast zu verlangen, die Geschäftsbeziehung zu weiteren Mietern – gegebenenfalls geschwärzt – offenzulegen und vorzutragen, welche Vorgaben in diesen Fällen vom wem gemacht worden sind. Denn der Kläger hat bereits keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein gewerbliches Handeln des Beklagten im Hinblick auf 93

Finanzdienstleistungen dargelegt. Hierfür genügt es nicht auf die Eintragung des Beklagten als Kaufmann im Handelsregister zu verweisen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sich diese Eintragung zumindest auch auf die streitigen Finanzdienstleistungen bezieht. Auch der von dem Kläger angeführte Hinweis des Beklagten auf statistische Erfahrung lässt nicht den zwingenden Schluss zu, dass er gewerblich dem Kreditwesengesetz unterfallende Geschäfte betrieben hat. Soweit den behaupteten Werbeanpreisungen überhaupt entsprechende eigene Erfahrungen zugrunde gelegen haben sollten, könnten diese allein aus der reinen Vermietung der Software und/oder eigenen Nutzung gezogen worden sein. Selbst wenn der Kläger und sein Bruder in den vorliegenden Parallelrechtsstreiten beweisen könnten, dass der Beklagte einige Grundeinstellungen in eigener Entscheidungsbefugnis vorgenommen hatte, ergäben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger vergleichbar auch in einer derartigen Anzahl von Fällen gehandelt hätte, die ein gewerbliches Handeln begründeten. Dabei übersieht der Senat nicht, dass in diesem Fall gegebenenfalls der allgemeine Vortrag des Beklagten widerlegt wäre, dass bei dem von ihm vermieteten Programm generell keine weiteren Einstellungen als die Währungspaare und Lotgrößen einzustellen seien.

2. 94

Der Kläger hat das Vertragsverhältnis nicht wirksam mit der Folge angefochten, dass es als von Anfang an nichtig anzusehen wäre, § 142 Abs. 1 BGB. 95

Der Kläger hat seine Anfechtung im Schreiben vom 17.12.2014 darauf gestützt, dass der Beklagte ihm das Anhängigsein eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen verschwiegen habe. Entsprechend ist die Anfechtung in der Klageschrift begründet. Der Kläger hat allerdings bereits mit Schriftsatz vom 12.01.2016 eingeräumt, dass er bereits vor Abschluss des Geschäfts eine Auskunft über den Beklagten eingeholt und so von dem laufenden Insolvenzverfahren Kenntnis erlangt hatte. Er hat seine Anfechtung sodann darauf gestützt, dass der Beklagte der Zeugin X auf eine vom Kläger veranlasste Rückfrage mitgeteilt habe, das Insolvenzverfahren beruhe auf einer Haftung für Verbindlichkeiten seines Schwiegervaters. 96

Das Landgericht hat nach Durchführung der Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen B und E nicht festzustellen vermocht, dass der Beklagte den Kläger entsprechend getäuscht hat. Es kann letztlich offen bleiben, ob der Senat an diese Feststellung gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist, wobei sich konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit allenfalls darauf gründen können, dass das Landgericht die Zeugin X nicht vernommen hat. 97

Jedenfalls hat das Landgericht nicht feststellen können, dass eine Täuschung durch den Beklagten für die Willenserklärung des Klägers kausal geworden ist. Mangels konkreter Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellungen sieht sich der Senat hieran gebunden. Der für das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat nicht unter Beweis gestellt, dass er bei Kenntnis des angeblich wahren Sachverhalts von der Geschäftsbeziehung Abstand genommen hätte. Vielmehr hat er bei seiner ersten Vernehmung ausgesagt, dass ihm das Insolvenzverfahren nicht so wichtig gewesen sei. Bei der weiteren Vernehmung hat er nicht sagen können, wie er bei „wahrheitsgemäßer“ Information entschieden hätte; „vielleicht“ hätte ihn dies von der Zeichnung abgehalten. Danach kann die Kausalität möglicherweise falscher Angaben des Beklagten nicht festgestellt werden. 98

Der ursächliche Zusammenhang zwischen Täuschung und Vertragsabschluss kann nicht mittels Anscheinsbeweises festgestellt werden. Dies hat seinen Grund darin, dass der 99

Anscheinsbeweis einen typischen Geschehensablauf voraussetzt, die einem Vertragsschluss zugrunde liegende Willensentschließung jedoch von den individuellen Umständen des Einzelfalles abhängig ist (vgl. BGH, NJW 1996, S. 1051 f. Rn. 10). Ob bei bestimmten Rechtsgeschäften und unter besonderen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung eine ausreichende Typizität bejaht werden kann, kann dahinstehen, denn ein solcher Fall liegt nicht vor. Hier muss vielmehr eine ganz besondere Motivlage bei dem Kläger bestanden haben. Diesem war bekannt, dass der Beklagte insolvent war. Hieran ändert auch der Hintergrund der Insolvenz nichts. Wenn er dennoch die Geschäftsbeziehung mit dem Beklagten eingeht, kann nicht festgestellt werden, dass der Hintergrund für die Entscheidung maßgeblich war. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte selbst keinen Zugriff auf die Gelder hatte. Etwas anderes könnte nur geltend, wenn allein aus der behaupteten Rückfrage bei der Zeugin X und dem Ergebnis ihrer „Recherche“ der Schluss auf die Kausalität gezogen werden kann. Dies hat das Landgericht indes beanstandungsfrei verneint, weil der Kläger vor dem Vertragsschluss selbst keine Rückfrage beim Beklagten genommen hat.

3. 100

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte dem Kläger später nicht eingehaltene Zusicherungen gemacht oder bei den Vertragsverhandlungen falsche Auskünfte erteilt hätte. 101

Zwar steht den vom Kläger behaupteten Zusicherungen des Beklagten, 102

- ein Handel werde zunächst nur mit dem zugesagten Bonus und eingefahrenen Gewinnen sowie maximal mit 6 bis 10 % des eingesetzten Kapitals getätigt, 103

- mit dem eingesetzten Programm seien Renditen von 20 bis 30 % erzielbar, 104

- durch das Setzen eines Stopp-Loss kämen höchstmögliche Sicherheitsvorkehrungen zum Einsatz, 105

nicht entgegen, dass die „Vereinbarung EA 3.0“ vom 24./27.09.2013 keine entsprechenden Aussagen enthält. Dies schließt nicht aus, dass diese Zusicherungen als Nebenabrede zur Software und ihrer Installation Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung geworden sind. 106

Das Landgericht hat indes nicht feststellen können, dass der Beklagte bei den Gesprächen vor Abschluss des Mietvertrages entsprechende Zusicherungen gemacht und unrichtige Auskünfte erteilt hat. An diese Feststellung ist der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da Anhaltspunkte die Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit begründen, weder hinreichend dargelegt noch ersichtlich sind. Das Landgericht hat dargelegt, warum es den Zeugenaussagen nicht gefolgt ist, ohne dass sich hieraus Fehler ergeben. 107

a) 108

Zwar berücksichtigt die Auseinandersetzung des Landgerichts mit dem Inhalt der E-Mail des Beklagten vom 24.11.2013 nicht, dass dort nicht nur Möglichkeiten genannt worden sind, sondern der Beklagte offensichtlich auf frühere Aussagen Bezug nimmt, die aufgrund des zeitlichen Ablaufs vor oder im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss erfolgt sein müssen. Aus den entsprechenden Angaben des Beklagten, dass mit einem Floating von ca. 10 % zu rechnen sei und der monatliche Durchschnitt bei ca. 6 % liege, ergibt sich allerdings nicht, dass maximal in dieser Höhe Handel getrieben werden sollte. 109

b) 110

Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Auslegung des „Nachtrag(s) zur Prozedur und Kurzdarstellung des Programms“ durch das Landgericht im Hinblick auf den Bonus nicht zu beanstanden. Zwar spricht die Formulierung „Die Bonuszahlung liegt zwischen 10 % und 20 % (abhängig vom Betrag)“ dafür, dass ein Bonus von mindestens 10 % gewährt werden würde. Allerdings ist diese Aussage durch den Nachsatz „Der Bonus wird bei Bekanntgabe der Summe umgehend ausgehandelt.“ unmittelbar eingeschränkt. Diese Einschränkung kann sich auch nicht allein auf die Höhe des Bonusses im Bereich zwischen 10 und 20 % beziehen, da diese ja bereits vom Betrag abhängen sollte.	111
Der „Nachtrag zur Prozedur und Kurzdarstellung des Programms“ war zudem unstreitig nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen, sondern ist dem Kläger erst später von der Zeugin X übergeben worden. Hierfür spricht auch, dass der Stand des Nachtrags mit Februar 2014 angegeben ist. Die Existenz des Nachtrags ist zudem kein Indiz dafür, wie die vorherigen Beratungsgespräche im Verhältnis der Parteien abgelaufen sind.	112
Soweit der Kläger darauf abstellt, dass der Beklagte jedenfalls nicht substantiiert bestritten habe, dass beide Prozeduren von ihm stammten, jedenfalls den Klägern mit seinem Wissen und Wollen ausgehändigt worden seien, liegt neues Vorbringen vor, ohne dass die Voraussetzungen für eine Zulassung nach § 531 Abs. 2 ZPO dargelegt oder ersichtlich sind. Der Kläger übersieht, dass er erstinstanzlich nur hinsichtlich des „Nachtrag(s) zur Prozedur und Kurzdarstellung des Programms“ behauptet hatte, dass diese vom Beklagten stammt. Dagegen hatte der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 21.01.2016 ausdrücklich erklärt, dass die erste Prozedur nicht von ihm stamme.	113
Entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung erweckt die erste Prozedur nicht den Eindruck, dass das konkrete, vom Beklagten vermietete Programm von der Finanzdienstleistungsaufsicht genehmigt worden ist. Vielmehr unterscheidet die Prozedur zwischen dem Handelsprogramm an sich und der Software zum „Programm“. Die Darstellung zu einer Genehmigung durch die BaFin betrifft allein das Handelsprogramm, nicht den Software-Einsatz. Auch im Hinblick auf das Handelsprogramm ist nicht von einer ausdrücklichen Zulassung die Rede, insbesondere ist das Aktenzeichen eines Zulassungsverfahrens nicht angegeben, sodass der Hinweis auf die Genehmigung im Sinne einer konkludenten Zulassung ohne ausdrückliche Genehmigung verstanden werden kann. Dass das Handelsprogramm oder ein Software-Einsatz im Rahmen des Handelsprogramms nicht zulässig wäre, hat der darlegungs- und beweispflichtige Kläger nicht behauptet. Im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast genügt hierfür sein Bestreiten nicht.	114
c)	115
Das Landgericht war nicht verpflichtet, die Zeugin X zu den Zusicherungen zu vernehmen. Die Zeugin war unstreitig nicht an den Beratungsgesprächen zwischen den Parteien beteiligt und kann daher keine Angaben zu deren Inhalt machen. Soweit der Beklagte – wie der Kläger behauptet - das Geschäftsmodell der Zeugin gegenüber entsprechend der Behauptung des Klägers dargestellt hätte, ließe dies keinen Schluss darauf zu, dass der Beklagte gegenüber dem Kläger ebenso agiert hätte.	116
4.	117
Soweit sich eine vertragliche Pflichtverletzung daraus ergeben könnte, dass der Beklagte ohne Zustimmung des Klägers nachträglich manuell gehandelt oder eigenhändig Veränderungen an den Grundeinstellungen vorgenommen hätte, fehlt es bereits an substantiiertem Vortrag des Klägers, welche Handelsvorgänge der Beklagte ohne vorherige	118

Abprache manuell durchgeführt und/oder welche nachträglichen Veränderungen der Grundeinstellungen er vorgenommen haben soll. Vor diesem Hintergrund stellen sich die hierzu erfolgten Beweisantritte als auf unzulässige Ausforschung gerichtet dar. Gleiches gilt für den Beweisantritt durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Behauptung, dass eine Rückverfolgung der IP-Adressen ein manuelles Handeln des Beklagten bestätigen werde. Diese IP-Adressen sind zudem weder vorgetragen noch ersichtlich. Gleiches gilt für mögliche Pflichtverletzungen, die sich daraus ergeben können, dass der Beklagte mit Zustimmung des Klägers manuelle Handelsvorgänge getätigt hat, ohne den Kläger auf einen darin liegenden Verstoß gegen § 32 KWG hinzuweisen.

Der Kläger hat zudem einen Schaden aus manuellen Handelsvorgängen nicht hinreichend dargelegt. Insoweit genügt es nicht einen Gesamtbetrag in den Raum zu stellen, da dies dem Beklagten nicht die Möglichkeit zu einer substantiierten Erwiderung gibt. Vielmehr hätte der Kläger – nach substantiierter Darlegung zu den einzelnen manuell erfolgten Handelsvorgängen – darlegen müssen, welcher Schaden ihm durch die einzelnen Handelsvorgänge entstanden ist. Dies hat er trotz Hinweises des Senats nicht getan. Gleiches gilt, soweit der Kläger nachträgliche Veränderungen der Einstellungen durch den Beklagten behauptet. Insoweit obliegt es dem Kläger, zu dem ihm jeweils entstandenen Schaden aufgrund möglicher Verstöße gegen das KWG substantiiert vorzutragen. 119

5. 120

Eine Pflichtverletzung des Beklagten folgt letztlich nicht aus einer fehlerhaften Berechnung der ihm zustehenden Mietvergütung. Nach den vertraglichen Vereinbarungen war der Beklagte nicht verpflichtet, bei der Berechnung seiner Vergütung die offenen Positionen (Floating-Positionen) zu berücksichtigen. Die Parteien hatten ausweislich der vertraglichen Vereinbarung vom 24./27.09.2013 hinsichtlich der monatlichen Mietrate lediglich vereinbart, dass 40 % des Gewinns pro Monat als Mietgebühr zu zahlen sein sollten. Weitere Vereinbarungen im Hinblick auf die Berücksichtigung der Floating-Positionen haben die Parteien nicht getroffen. 121

Danach hat der Beklagte zu Recht die Floating-Positionen bei der Berechnung außer Betracht gelassen. Diese Positionen waren zu den maßgeblichen Zeitpunkten noch nicht beendet, sodass nicht abzusehen war, ob diese letztlich mit einem Gewinn oder mit einem Verlust abschließen werden. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Beklagten war es das Ziel des Tradings, diese Positionen durch Zukäufe wieder in die Gewinn-Zone zu führen. Eine Verrechnung von Floating-Positionen mit den erzielten Gewinnen hätte dazu geführt, dass später in die Gewinnzone gelangte Floating-Positionen bis zu ihrer Abrechnung stets gewinnmindernd verrechnet worden wären, obwohl diese letztlich einen Gewinn gebracht hätten. Dass der Beklagte geschlossene Positionen mit realisiertem Verlust nicht gegengerechnet hätte, hat der Kläger aber weder substantiiert behauptet noch unter Beweis gestellt. 122

III. 123

Dem Kläger steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 KWG zu. Zwar stellt § 32 KWG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB (vgl. BGH, NJW 2005, S. 2703 f. Rn. 16; NJW-RR 2006, S. 1713 ff. Rn. 10 ff., zitiert nach juris.de). Der für die Verletzung des Schutzgesetzes darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat indes einen im Vertragsschluss mit dem Kläger liegenden Verstoß des Beklagten gegen § 32 KWG nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt. Soweit der Beklagte durch spätere Eingriffe in das Programm gegen § 32 KWG verstoßen 124

haben könnte, hat der Kläger weder die konkreten Eingriffe noch den daraus entstandenen Schaden im Einzelnen dargelegt. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen.

IV. 125

Der Kläger kann einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB nicht mit Erfolg geltend machen. Die Leistungen des Klägers an den Beklagten, die in den unstreitig gezahlten Vergütungen in einer Gesamthöhe von 24.987,00 € zu sehen wären, sind nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. Weder war der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 32 KWG nichtig, noch hat der Kläger den Vertrag wirksam angefochten. Zu Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen im Rahmen der vertraglichen Sekundäransprüche Bezug genommen. 126

V. 127

Mangels Zahlungsanspruch in der Hauptsache stehen dem Kläger die geltend gemachten Nebenforderungen nicht zu. 128

D. 129

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 130

E. 131

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO. 132