



# OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

## Ausfertigung

Aktenzeichen: 5 U 4255/09  
28 O 8801/08 LG München I

20. Jan. 2012

UEB 20.02.

Verkündet am 17.01.2012  
Die Urkundsbeamtin:

UEBB 20.03.  
notkt

Janeck  
Justizangestellte

## IM NAMEN DES VOLKES

### Urteil

In dem Rechtsstreit

**[REDACTED]**  
- Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Marzillier, Dr. Meier & Dr. Guntner, Prinzregentenstraße 95, 81677 München

gegen

1. swissBEST INVEST AG, vertreten durch den Verwaltungsrat, Glockergasse 9, CH-8022 Zürich

- Beklagte zu 1) und Berufungsklägerin - Verfahren insoweit unterbrochen -

2. ISP Securities AG, vormals Plenum Securities AG, vormals Plenum Asset Management AG, gesetzlich vertreten durch den Verwaltungsrat, Bellerivestraße 33, CH-8034 Zürich/Schweiz

- Beklagte zu 2) und Berufungsbeklagte-

3. Plenum Investments AG, gesetzlich vertreten durch den Verwaltungsrat, Bellerivestraße 33, CH-8034 Zürich/Schweiz

- Beklagte zu 3) und Berufungsbeklagte -

4. Liechtensteinische Landesbank (Schweiz) AG, gesetzlich vertreten durch den Verwaltungsrat, Stampfenbachstr. 114 , CH-8070 Zürich/Schweiz  
- Beklagte zu 4) und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte zu 2) und 3): Rechtsanwälte Dr. Mutter Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Metzlerstraße 21, 60594 Frankfurt/Main

Prozessbevollmächtigte zu 4): Rechtsanwälte CMS Hache Sigle, Barckhausstr. 12-16, 60325 Frankfurt

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht München -5. Zivilsenat- durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Kotschy, den Richter am Oberlandesgericht Harz und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Trautwein auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2011 folgendes

#### Teilurteil:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 31.07.2009 wird, soweit darin die Klage gegen die Beklagte zu 2) abgewiesen worden ist, zurückgewiesen.
  
- II. Im Übrigen wird - unter weiterer Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Endurteil des Landgerichts München I vom 31.07.2009 aufgehoben und wie folgt neu gefasst.
  1. Die Beklagten zu 3) und zu 4) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 42.155,84 €  
nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.08.2008  
sowie Zinsen in Höhe von 4 % p.a. aus 65.000 € von 23.10.2004 bis 03.10.2007

sowie Zinsen in Höhe von 4 % p.a. aus 42.155,84 € von 06.10.2007 bis 27.08.2008 zu bezahlen.

2. Die Beklagte zu 3) wird darüber hinaus verurteilt, an die Klägerin Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 42.155,84 € für den 28.08.2008 zu bezahlen.
  3. Im übrigen wird die Klage gegen die Beklagten zu 3) und zu 4) abgewiesen.
- III. Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2). Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Beklagten zu 3) und zu 4) als Gesamtschuldner 50 %, die Klägerin trägt 25 % selbst. Von den Gerichtskosten tragen die Beklagten zu 3) und zu 4) als Gesamtschuldner 50 %, die Klägerin trägt 25 %. Die Entscheidung über die weiteren Kosten des Rechtsstreits bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch die Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.
- VI. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird - unter Abänderung der Festsetzung im Urteil vom 28.05.2010 - auf 42.155,84 € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Die Klägerin verlangt im Zusammenhang mit dem Erwerb von Fondsanteilen und einem Vermögensverwaltungsvertrag von den Beklagten, die sämtlich in der Schweiz ansässig sind und nicht über eine Erlaubnis nach § 32 KWG verfügen, gesamtschuldnerisch Schadensersatz wegen des Betreibens von Bankgeschäften ohne die erforderliche Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz, wegen verdeckter Provisionszahlungen sowie aus dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung.

Die Rechtsvorgängerin der Zweitbeklagten (fortan einheitlich: Zweitbeklagte) und die Erstbeklagte sind Gesellschaften, die sich mit der Verwaltung von Vermögensanlagen befassen. Die Drittbeklagte ist eine Gesellschaft, die den Fonds „Plenum Focus Hedge 125 %“ aufgelegt hat, dessen Laufzeitende auf den 18.12.2013 bestimmt war (Anlage K 2). Unter dem 24. Februar 2003 schloss die Beklagte zu 3) mit der Beklagten zu 1) einen „Vertriebsvertrag“ (Anlage der Zweit- und Drittbeklagten B 3; dt. Übersetzung Anlage B 4), wonach die Beklagte zu 3) die Beklagte zu 1) mit dem Vertrieb der Produkte der Beklagten zu 3) beauftragt. *„SBI (= die Beklagte zu 1) haftet für die Einhaltung etwaiger Vertriebsbeschränkungen, die in den Ländern gelten, in denen der Vertrieb stattfindet. ... SBI wird bezüglich der auf das Angebot und den Verkauf der Plenum-Produkte (= die Produkte der Beklagten zu 3) in den Ländern, in denen der Vertrieb erfolgt, anwendbaren Gesetze und Bestimmungen alle geeigneten Schritte unternehmen und alle geeigneten Verfahren einhalten. ... SBI erklärt und sichert Plenum zu, dass es die Plenum-Produkte ... nur in Einklang mit den in den Ländern, in denen der Vertrieb stattfindet, geltenden Gesetze und Bestimmungen ... zum Verkauf anbieten wird ... SBI erklärt und versichert gegenüber Plenum, dass ... es über sämtliche behördlichen und aufsichtsrechtlichen Genehmigungen ... verfügt, die das Gesetz gegebenenfalls für die Erfüllung ihrer Pflichten unter diesem Vertrag vorschreibt“.*

Die Beklagte zu 4) ist eine Schweizer Bank. Hinsichtlich des Vermögens der Beklagten zu 1) hat das Bezirksgericht Zürich mit Verfügung vom 24.11.2009 den Konkurs eröffnet. Die Gesellschaft befindet sich in Liquidation.

Durch ihren langjährigen Vermögensberater, den erstinstanzlich vernommenen Zeugen Stadje, war die Klägerin über die von der Erstbeklagten angebotene Vermögensverwaltung und das Anlageprodukt der Drittbeklagten informiert worden. Am 26.08.2004 unterschrieb die Klägerin auf einem Formular der Erstbeklagten einen "Antrag SBI Vermögensverwaltung" sowie einen „Letter of Intent“ (Anlage K1, Bl. 5 der Anlage), wonach die Klägerin „*unwiderrufflich aus Emission, die folgenden Noten, wie im Termsheet beschrieben*“, zeichnet, wobei nachfolgend angekreuzt ist "*Focus Notes 125 % Euro ... Gewünschte Strategie ... Stufe 3 ... Zur Investition überwiesener Betrag EUR ca. 66.000 ... Ich beauftrage die swissBEST INVEST AG zur Investition gemäß meiner gewählten Strategie, übertrage ihr die aktive Vermögensverwaltung und bestätige hiermit, dass ich für die gezeichneten Produkte die Verkaufsprospekte erhalten habe.*" Nach dem Vorbringen der Erstbeklagten (Bl. 159 d.A.= Bl. 4 der Klageerwiderung) und der Klägerin (Bl. 41 d.A. = Bl. 8 der Klageschrift vom 07.07.2008) erteilte die Klägerin der Erstbeklagten außerdem eine im vorliegenden Rechtsstreit von keiner Partei als Anlage vorgelegte Vollmacht, in der nach Darstellung der Erstbeklagten schriftlich die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte in Zürich (Schweiz) für alle Verfahren zwischen den Parteien vereinbart wurde.

Die Klägerin schloss bei der Viertbeklagten einen ihr per Post zugesandten, durch die Viertbeklagte am 11.10.2004 und durch die Klägerin ohne Datum, nach unbestrittenem Vorbringen der Viertbeklagten (Bl. 62 d.A. = Bl. 2 der Klageerwiderung) aber ebenfalls am 11.10.2004, in München unterzeichneten Konto- und Depottführungsvertrag (Anlage B 1 der Viertbeklagten). Ziff. 7 dieses Vertrages lautet: „*Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen schweizerischem Recht...*“ Die Viertbeklagte gewährte der Klägerin einen Kredit in Höhe von € 139.000,- ("Fester Vorschuss Eröffnung" vom 18.11.2004, Anlage K 10).

Die Erstbeklagte zeichnete in Ausübung ihrer Vollmacht für die Klägerin die Beteiligung an dem genannten Fonds. Zum Zwecke dieser Anlage überwies die Klägerin am 21.10.2004 von ihrem Bankkonto in München € 65.000 an die Viertbeklagte (Anlage K 12). Dieser Betrag und die genannte Kreditsumme (letztere in schwankender Höhe, vgl. Anlage K 28) wurden in den Fonds investiert. Nach Kündigung ihrer Beteiligung am 05.07.2007 wurde der Klägerin unter Glattstellung des Kredits ein Guthaben in Höhe von 22.844,16 € ausbezahlt (Anlage K 13). Die Differenz zum aus Eigenmitteln erbrachten Anlagebetrag von 65.000 €, somit einen Betrag von 42.155,84 €, macht die Klägerin - nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten - mit ihrer Klage geltend.

Weil die Klägerin mit den Leistungen der Erstbeklagten unzufrieden war, kündigte sie mit Schreiben vom 23.11.2005 (Anlage K 3) den Vermögensverwaltervertrag mit der Erstbeklagten und entzog ihr gleichzeitig die Vermögensverwaltungsvollmacht. Statt dessen schloss die Klägerin mit der Zweitbeklagten einen „beschränkten Vermögensverwaltervertrag“ (Anlage K 3, Bl. 5 / 6 = Anlage der Zweit- und Drittbeklagten B 1) unter Beifügung einer "Verwaltungsvollmacht an externe Vermögensverwalter" (Anlage K 3, Bl. 3). Hiernach wurde die Zweitbeklagte mit der Verwaltung des Kontos bzw. Depots der Klägerin bei der Viertbeklagten beauftragt.

Im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts München I vom 31.07.2009.

Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass die Klägerin vorträgt, die Beklagten hafteten auch aus dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung, weil in dem Fonds-Prospekt (Anlage K 2), den sie überdies nicht erhalten habe, auf das Insolvenzrisiko des Garantiegebers, der französischen Société Générale, nicht verwiesen sei. Außerdem habe die Viertbeklagte an die Beklagten zu 1) bis 3) verdeckte Innenprovisionen ausgezahlt, auf die die Klägerin nicht hingewiesen worden sei.

Das Landgericht hat die Beklagte zu 1) im Wesentlichen, insbesondere in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt. Die Beklagte zu 1) habe ohne die gem. § 32 KWG erforderliche Erlaubnis eine Finanzportfolioverwaltung iSd § 1 Abs. 1 a Nr. 3 KWG betrieben und sei deshalb der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet. Die Klage gegen die Beklagten zu 2), 3) und 4) hat das Landgericht jedoch abgewiesen. Hinsichtlich der Zweitbeklagten seien deutsche Gerichte nicht zuständig, weil die internationale Zuständigkeit wirksam derogiert worden sei. Hinsichtlich der Drittbeklagten sei das Gericht zwar zuständig, die Klage sei aber unbegründet, weil die Drittbeklagte nicht im Sinne des § 32 KWG auf dem deutschen Markt an Kunden herangetreten sei. Auch eine Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung bestehe nicht, weil eine Vorspiegelung falscher Tatsachen durch die Klägerin nicht nachgewiesen sei. Hinsichtlich der Viertbeklagten seien die deutschen Gerichte zwar zuständig, weil es sich um eine Verbrauchersache handele. Die Klage sei aber unbegründet, weil Pflichtverletzungen der Beklagten nicht festzustellen seien.

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil, soweit darin die Klage abgewiesen wurde. Sie trägt hierzu vor, die Beklagten seien auf dem deutschen Markt an sie herangetreten und somit entgegen § 32 KWG ohne die erforderliche

Erlaubnis im Inland tätig geworden, und hafteten daher auf Schadensersatz. Diesen Anspruch könne sie unter deliktischen Gesichtspunkten vor deutschen Gerichten geltend machen. Bezüglich der Zweitbeklagten sei die Derogation unwirksam. Gegenüber der Drittbeklagten sei die Klage auch aus dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung begründet. Außerdem sei entgegen der Auffassung des Landgerichtes die Beklagte auf dem deutschen Markt an die Klägerin herangetreten. Hinsichtlich der Viertbeklagten sei die Klage schon deshalb begründet, weil die Beklagte ein deutliches Interesse an der Gewinnung neuer Kundenkreise auch in Deutschland gehabt habe und von Haus aus eine enge Zusammenarbeit mit den Beklagten zu 1) bis 3) beabsichtigt gewesen sei. Schließlich habe die Beklagte zu 4) selbst gegen § 32 KWG verstoßen durch Versendung der Vertragsunterlagen an die Klägerin in Deutschland. Alle Beklagten hafteten gemeinsam aufgrund der verdeckten Innenprovisionszahlungen.

Die Klägerin beantragt zuletzt:

1. Unter Abänderung des am 31.07.2009 verkündeten Urteils des Landgerichts München I, Az.: 28 O 8801/08, werden die Beklagten zu 2) bis 4) gesamtschuldnerisch verurteilt, an die Klägerin € 42.155,84 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 65.000,00 vom 23.10.2004 bis 03.10.2007 und aus € 42.155,84 seit dem 06.10.2007 zu bezahlen.
2. Unter Abänderung des am 31.07.2009 verkündeten Urteils des Landgerichts München I, Az.: 28 O 8801/08, werden die Beklagten zu 2) bis 4) gesamtschuldnerisch verurteilt, an die Klägerin € 1.878,30 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten zu 2), 3) und 4) beantragen,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Vertreter der Beklagten zu 2) und 3) tragen vor, das Landgericht habe zu Recht eine Werbung der Zweitbeklagten im Sinne von Art. 13 Abs. 1 LugÜ verneint. Außerdem bestehe jedenfalls materiell kein Anspruch der Klägerin gegen die Zweitbeklagte, da Letztere erst nach der Vermögensanlage deren Vertragspartnerin geworden sei.

Die Beklagte zu 3) arbeite mit einer großen Vielzahl von institutionellen Kunden zusammen, unter denen sich auch die Erstbeklagte befinde. Eine gezielte Hinwendung der Drittbeklagten auf den deutschen Markt sei deshalb zu verneinen. Durch die Vertriebsvereinbarung mit der Erstbeklagten sei vielmehr sichergestellt, dass ihre Produkte im Ausland - etwa in Deutschland - nicht rechtswidrig vertrieben würden. Die von der Klägerin als Grund für ihren vorzeitigen Ausstieg aus der Kapitalanlage genannte „Hebelung“, also die - kostenträchtige - Teil-Fremdfinanzierung des Fondsanteilerwerbs seitens des Anlegers, sei nicht Bestandteil des von der Drittbeklagten gestalteten Produktes, sondern freie Entscheidung des Anlegers. Der Vortrag der Klägerin zur Haftung wegen verdeckter Innenprovisionen und aus dem Gesichtspunkt des unrichtigen Prospektes sei unsubstantiiert und verspätet, außerdem sei für eine Haftung wegen angeblicher Innenprovisionen ein Gerichtsstand nicht eröffnet.

Die Beklagte zu 4) verteidigt die landgerichtliche Darstellung der Grenzen der Aufklärungspflicht der Banken und trägt ergänzend vor, ein eigener Verstoß der Bank gegen § 32 KWG liege nicht vor; das Versenden von Dokumenten (nämlich der Vertragsunterlagen) ins Ausland sei keine dortige Tätigkeit, sondern aus Sicht des Kunden ein Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit. Die Initiative zum Abschluss des Darlehensvertrages sei nicht von der Viertbeklagten, sondern von der Klägerin (über die Erstbeklagte) ausgegangen; ein institutionelles Zusammenwirken der Viertbeklagten mit den übrigen Beklagten habe nicht vorgelegen.

Zum Sachvortrag im ersten Berufungsrechtszug wird ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien und auf das Protokoll über die Berufungsverhandlung verwiesen.

Die vorliegende Klage wurde zunächst (Bl. 1 d.A.) in Gestalt der subjektiven Klagenhäufung durch 5 Kläger erhoben, darunter die Klägerin als Klägerin zu 4). Mit Beschluss vom 20.05.2008 (Bl. 30 d.A.) hat das Landgericht die Trennung der einzelnen Verfahren angeordnet. Sämtliche Kläger werden durch den hiesigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin, die Beklagten zu 1) bis 3) in allen Verfahren durch die identischen Prozessbevollmächtigten vertreten. Das abgetrennte Verfahren 28 O 8800/08 ist unter dem Az. 5 U 4254/09 vor dem erkennenden Senat anhängig. In den weiteren abgetrennten Verfahren 28 O 7508/08, 28 O 8802/08 und 28 O 8799/08 sind im Berufungsrechtszug durch den 17. und 19. Zivilsenat des OLG München instanzbeendende Entscheidungen erlassen worden, die allen hiesigen Verfahrensbeteiligten bekannt sind und im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.05.2010 erörtert wurden (19 U 4334/09, Hinweis vom 19.11.2009 = Anlage B-CS 1 sowie Beschluss vom 13.1.2010 = Anlage zu Bl. 306 d.A., 17 U 4489/09,

Urteil vom 15.02.2010 = Anlage B-CS 5, jeweils im Verfahren 5 U 4254/09; 19 U 4253/09, Beschluss vom 13.01.2010 = Anlage zu Bl. 304 d.A. im vorliegenden Verfahren). Zum Zwecke der erstinstanzlichen Beweisaufnahme wurden die - vom Lebenssachverhalt her mit Ausnahme der Anlage- und Kreditbeträge völlig identischen - Parallelverfahren verbunden (Bl. 173 ff d.A.).

Ergänzend wird auf das Teilurteil des erkennenden Senates vom 28.05.2010 sowie auf die dort in Bezug genommenen Aktenteile verwiesen. Hierin hat der Senat darauf erkannt, dass die Klage gegen die Beklagten zu 2), 3) und 4) mangels internationaler Zuständigkeit der deutschen Gericht unzulässig sei.

Dieses Urteil des erkennenden Senates wurde durch Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31. Mai 2011 (VI ZR 161/10) aufgehoben.

Ergänzend wird desweiteren verwiesen auf die in der Revisionsinstanz und die nachfolgend zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze.

Der Senat hat erneut – unter Bewilligung von Schriftsatzfrist bis 20.12.2011 – am 15.11.2011 mündlich verhandelt; auf die Niederschrift wird verwiesen.

## II.

### 1.

Aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht rechtskräftig fest, dass die deutschen Gerichte am Wohnsitz der Klägerin international zuständig sind für die Klage gegen die Beklagten zu 2), 3) und 4).

### 2.

Hinsichtlich des Vermögens der Erstbeklagten hat das Bezirksgericht Zürich mit Verfügung vom 24.11.2009 den Konkurs eröffnet. Die Gesellschaft befindet sich in Liquidation. Das Verfahren gegen die Beklagte zu 1) ist daher gemäß § 240 ZPO, § 352 InsO unterbrochen; Anhaltspunkte dafür, dass der schweizerische Eröffnungsbeschluss nicht anerkennungsfähig wäre (§ 343 InsO; vgl. hierzu Münchener Kommentar / Reinhard, InsO, 2. Aufl., § 352 Rn. 5) sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

III.

Die Klage ist gegen die Beklagte zu 2) unbegründet, gegen die Beklagten zu 3) und 4) dagegen im Wesentlichen begründet.

1.

Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 4) folgt aus § 823 Abs. 2 BGB, § 32 Abs. 1 KWG.

a) Nach einhelliger Auffassung ist § 32 KWG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten des einzelnen Kapitalanlegers (BGH, Urteil vom 21.04.2005 - III ZR 238/03, WM 2005, 1217, Rn. 16; Urteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, WM 2010, 928, Rn. 16; Boos u.a. / Fischer, KWG, 3. Aufl., § 32 Rn. 17).

b) Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte zu 4) über eine Bankerlaubnis im Sinne des § 32 KWG nicht verfügt und dass auf sie die Ausnahmebestimmung des § 53 b KWG mangels Betreiben eines „Einlagengeschäfts“ nicht anzuwenden ist. Die somit für inländische Bankgeschäfte erforderliche Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz besitzt die Beklagte zu 4) nicht.

c) Da die Klägerin, wie auch die Beklagte selbst nicht in Abrede stellt, deliktische Ansprüche geltend macht (Schriftsatz der Klägerseite vom 04.10.2011, Bl. 408 ff ff d. A., dort Blatt 6; Schriftsatz der Viertbeklagten vom 04.10.2011, Bl. 415 ff d.A., dort Bl. 2), sind auf die Frage, welches nationale Recht auf die erhobenen deliktischen Ansprüche anzuwenden ist, die Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts über unerlaubte Handlungen anzuwenden.

aa) Diese Frage beantwortet sich entgegen der Auffassung der Klägerseite (Schriftsatz vom 04.10.2011) nicht nach dem Lugano-Übereinkommen I (LugÜ I). Dieses Übereinkommen regelt die internationale Zuständigkeit, nicht das anwendbare Sachrecht.

bb) Entgegen der Auffassung der Klägerseite (a. a. O.) bestimmt sich die Anwendbarkeit des einschlägigen Sachrechts auch nicht aus einer „rügelosen Einlassung“ (sondern allenfalls aus einer konkludenten, d. h. stillschweigenden Rechtswahl aller Parteien gem. Art. 42 S. 1 EGBGB [siehe dazu sogleich unter lit. ee (1)], sofern nicht vorrangig andere Vorschriften einschlägig sind).

cc) Anzuwenden hat der Senat als deutsches Gericht vielmehr die in Deutschland anwendbaren Vorschriften, d. h. hier die Art. 38 ff EGBGB bzw. spezielle oder autonome Normen, wie etwa die Rom-II-Verordnung (Verordnung (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007, ABI. EU Nr. L 199, 40, über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht; fortan: Rom II - VO). Aus der Anwendung dieser Vorschriften ergibt sich das anwendbare Sachrecht. Entgegen der Auffassung der Klägerseite (a. a. O.) ist dieses anzuwendende Sachrecht nicht nach Art. 52 LugÜ I ausgeschlossen. Diese Vorschrift schließt die Anwendbarkeit derjenigen sonstigen Vorschriften aus, die sich mit der internationalen Zuständigkeit befassen, nicht etwa derjenigen Normen, die die Regelung des anwendbaren Sachrechts betreffen.

dd) Die Rom II - VO ist nicht anzuwenden. Diese Verordnung findet gemäß ihren Art. 31 und 32 (ungeachtet der dortigen redaktionellen Unsicherheiten) nicht auf Schadensereignisse Anwendung, die, wie hier, bereits vor dem 11. Januar 2009 eingetreten sind (Palandt / Thorn, 71. Aufl., Rom II, Art. 31, 32 Rn. 1; jurisPK-BGB / Ludwig, 5. Aufl., Rom II, Art. 32 Rn. 1). Für den vorliegenden Rechtsstreit ist daher von der fortdauernden Anwendbarkeit der Art. 38 bis 42 EGBGB auszugehen (BGH, Urteil vom 09.03.2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365, Rn. 30).

ee) Hiernach findet deutsches Sachrecht Anwendung, weil die Klägerin und die Viertbeklagte im Sinne des Art. 42 S. 1 EGBGB die Geltung deutschen Deliktsrechts vereinbart haben (1). Außerdem ist sowohl von einem Erfolgsort (2) als auch von einem Handlungsort (3) im Sinne des Art. 40 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 EGBGB in Deutschland auszugehen. Darüberhinaus ist deutsches Sachrecht aufgrund der Vorschrift des Art. 41 EGBGB anzuwenden (4).

(1) Die Erklärung der Viertbeklagten (Schriftsatz vom 04.10.2011, Bl. 2 = Bl. 416 d.A.), sie nehme es hin, "dass das Landgericht gemäß Art. 40 Abs. 1 Satz 2 EGBGB ... für deliktische Ansprüche entschieden hatte, dass diese materiellem deutschen Recht unterlägen", ist inhaltlich als nachträgliche und somit wirksame Wahl deutschen Sachrechts im Sinne von Art. 41 S. 2 EGBGB zu verstehen. Diese Wahl ist formfrei möglich; ausreichend ist, dass die eine Partei der Berufung der anderen Partei auf deutsches Recht nicht widerspricht, sofern nur beide Parteien wissen, dass eine entsprechende Wahlmöglichkeit überhaupt besteht (vgl. Thorn in: Palandt-Archiv Teil III, Art. 42 EGBGB Rn. 1). Dass das somit erforderliche Erklärungsbewusstsein bei der Viertbeklagten vorliegt, liegt angesichts

der soeben zitierten Formulierung auf der Hand. Aber auch hinsichtlich der Klägerin ist hiervon auszugehen; dieser war aufgrund des Hinweises des Senats vom 17.10.2011 (Bl. 426 ff d.A.) - dort Ziff. 4 c (1) und (2) - bekannt, dass der Senat das bisherige diesbezügliche prozessuale Verhalten der Parteien als Rechtswahl im Sinne des Art. 42 EGBGB wertet. Dem hat die Klägerin nicht widersprochen, sondern im Gegenteil im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 15.11.2011 an ihrem Vortrag zum deutschen Deliktsrecht festgehalten. Hierin ist die übereinstimmende Wahl der Geltung deutschen deliktischen Sachrechts zu sehen.

(2) Im Zusammenhang mit der Begründung der deutschen internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 5 EuGVVO hat der Bundesgerichtshof ausgeführt (BGH, Urteil vom 13.07.2010 - XI ZR 57/08, BKR 2010, 421, Rn. 28, und Urteil vom 12.10.2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214, Rn. 30), dass schon die Überweisung unbeschädigten Vermögens des Anlegers von Deutschland ins Ausland (hier in die Schweiz) eine Folge der dortigen Beklagten vorgeworfenen unerlaubten Handlung sei, so dass der Erfolgsort in Deutschland zu verorten sei.

Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung zu Art. 5 EuGVVO auf den Begriff des Erfolgsorts im Sinne des Art. 40 Abs. 1 EGBGB liegt angesichts des inneren Zusammenhangs dieser Regelungen nahe, kann aber ebenso dahinstehen wie die Frage, ob die Klägerin die Wahl des Erfolgsortes im Sinne des Art. 40 Abs. 1 Satz 2 EGBGB rechtzeitig ausgeübt hat (siehe hierzu BGH, Urteil vom 25.10.2011 - VI ZR 93/10, Rn. 17), und ob bei der Klägerin überhaupt das Bewusstsein einer diesbezüglichen Wahlmöglichkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt - nämlich bis zum Ende des schriftlichen Vorverfahrens - vorhanden war (vgl. Spickhoff a.a. O., Rn. 25 und 28; jurisPK-BGB / Ludwig, 5. Aufl., Art. 40 EGBGB Rn. 32 f).

(3) Denn auch der Handlungsort gemäß Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ist in Deutschland gelegen.

Dadurch, dass, wie im vorliegenden Fall konzeptionsgemäß vorgesehen, die Vertragsdokumente durch den Anleger, hier die Klägerin, in Deutschland unterzeichnet werden, ist auch ein Handlungsort im Sinne des Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in Deutschland anzunehmen. Dies ist insbesondere darin begründet, dass die Beklagte für die Eröffnung des klägerischen Kontos bei ihr die Vorlage einer Vollmacht hat ausreichen lassen, die der Klägerin in München zur Unterzeichnung vorgelegt wurde, und dass die Klägerin mit der Unterzeichnung und Rücksendung der ihr zugesandten Papiere alles ihrerseits Erforderliche getan hat, um auf vertraglicher Grundlage eine Vermögensverwaltung (zunächst

durch die Erstbeklagte) zu vereinbaren und die getätigte Anlage vorzunehmen. Dies geschah unter Kreditierung durch die Viertbeklagte und unter Gebrauch eines Kontos, das diese der Klägerin zur Verfügung stellte. Hierbei handelt es sich um einen unverzichtbaren Tatbeitrag der Beklagten zu 4), ohne den die Klägerin ihren Anlagebetrag nicht in die Schweiz überwiesen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 09.03.2010, a.a.O, Rn. 30; Urteil vom 05.10.2010 - VI ZR 159/09, BGHZ 187, 156, Rn. 18; Urteil vom 03.05.2011 - XI ZR 373/08, WM 2011, 1465, Rn. 40; vgl. auch BGH, Urteil vom 23.03.2010 - VI ZR 57/09, WM 2010, 928. Rn. 9 und 12: Erwerb von Anteilscheinen einer ausländischen Gesellschaft durch Zeichnung im Inland).

(4) Da somit die den Sachverhalt prägende Handlung (Zeichnung der Klägerin in München) in Deutschland stattgefunden hat, besteht aus dem gleichen Grunde auch eine engere Verbindung zu Deutschland als zu jedem anderen Staat, so dass auch gemäß Art. 41 EGBGB die Anwendung deutschen Sachrechts zwingend geboten ist (BGH, Urteil vom 09.03.2011, a. a. O., Rn. 32, sowie Urteil vom 03.05.2011, a. a. O., Rn. 40, mit zahlreichen wN ).

d) Entgegen der im Termin zur mündlichen Verhandlung von der Beklagten vertretenen Auffassung hat sie – unstrittig ohne die erforderliche Erlaubnis – im Inland erlaubnispflichtige Bankgeschäfte im Sinne des § 32 KWG vorgenommen.

aa) Unstrittig hat die Beklagte zu 4) der Klägerin zum Zwecke der „Hebelung“ der Investition in die „Focus Notes“ Kredite gewährt und hiermit ohne Weiteres ein Bankgeschäft im Sinne des § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG betrieben. Hierfür ist schon das Gewähren von Gelddarlehen ohne Weiteres ausreichend, wenn nicht – wie hier – gleichzeitig das Einlagengeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG betrieben wird (BVerwG, Urteil vom 22.04.2009 – 8 C 2/09, WM 2009, 1553, Rn. 19; siehe hierzu umfassend Seebach, WM 2010, 733 ff).

bb) Es ist auch von dem gewerbsmäßigen Betreiben des Bankgeschäftes nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG auszugehen. Hierfür genügt nämlich, dass die Vergabe verzinslicher Kredite auf Gewinnerzielung ausgerichtet und auf gewisse Dauer angelegt ist. Unstrittig hat die Beklagte zu 4) in einer Vielzahl vergleichbarer Fälle in Deutschland Kredite gewährt. Von Gewerbsmäßigkeit geht der Senat deshalb aus (vgl. hierzu BVerwG, a. a. O., Rn. 22).

cc) Hierbei ist die Beklagte zu 4) im eigenen Namen aufgetreten und ist deshalb als „Betreiberin“ des Bankgeschäftes anzusehen (BVerwG, a. a. O., Rn. 24).

dd) Die Beklagte zu 4) hat ihre Bankgeschäfte auch „im Inland“ im Sinne des § 32 KWG betrieben. Konzeptionsgemäß hat die Klägerin bei Vorbereitung und Durchführung der streitgegenständlichen Kapitalanlage niemals ausländischen, hier schweizerischen, Boden betreten, sondern vielmehr wurde das gesamte Anlagengeschäft einschließlich seiner Vorbereitung und Durchführung, insbesondere auch hinsichtlich der Darlehensgewährung durch die Beklagte zu 4), auf dem Postweg durchgeführt. Entgegen der Auffassung der Beklagten reicht dies aber aus, um ein Tätigwerden „im Inland“ annehmen zu können.

Denn § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verlangt weder eine Beschränkung noch eine Konzentration der Geschäftstätigkeit auf das Inland. Ein Bankgeschäft im Inland zu betreiben setzt weder einen inländischen Sitz des Instituts noch dessen sonstige physische Präsenz im Inland voraus. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass wesentliche zum Vertragsabschluss hinführende Schritte im Inland vorgenommen werden. Dies kann sowohl durch im Inland tätige Dritte als auch mittels Telekommunikationsmedien geschehen. Demzufolge hat der 8. Senat des BVerwG schon ausreichen lassen, dass das fragliche Kreditinstitut ein Kreditgesuchs-Formular über das Internet zur Verfügung stellt, das von dem potentiellen Kunden in Deutschland aufgerufen, sodann ausgefüllt und ausgedruckt an das ausländische Institut zurückgesandt oder anderweitig dorthin vermittelt werden kann (BVerwG, a. a. O., Rn. 39 ff). Insbesondere ist insoweit prägend, dass (dort wie hier) das Kreditangebot in deutscher Sprache unterbreitet wird und dass der Kredit in Euro zu gewähren sein soll (Anlage der Viertbeklagten B 1, Ziff. 1), weil hieraus zu folgern ist, dass das Kreditangebot für Kunden in deutschsprachigen Staaten bestimmt ist (BVerwG, a. a. O., Rn. 42; aA Boos u.a. / Fischer, KWG 3. Aufl., § 32 Rn. 9 b). Hierzu zählt (neben Österreich) die Bundesrepublik Deutschland.

Nicht ausschlaggebend, aber bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass nach der insoweit berufsrechtlich nicht angegriffenen Aussage des Zeugen Stadje (Protokoll vom 14.07.2009, Blatt 187 d. A.) niemals ein Kunde in der Schweiz war, dass unter den im Vertrieb tätigen Teilnehmern eines Verkaufsseminars nur deutsche Staatsangehörige waren, die ausschließlich „deutsche Akquise“ betrieben (Blatt 188 d. A.), und dass nach Aussage auch des Zeugen Sremac (Blatt 196 d. A.) der Teilnehmerkreis der Seminare sich aus solchen Vertrieblern zusammensetzte, die am deutschen Markt tätig waren. Auch hieraus ist zu folgern, dass der Vertrieb, hier: per Post, der Beklagten auch auf Deutschland ausgerichtet war.

Der Annahme, dass die Klägerin das Kreditgeschäft in Deutschland betreibt, steht, wie gezeigt, nicht entgegen, dass sie ihren Sitz in der Schweiz hat und in der Bundesrepublik Deutschland weder eine Zweigstelle unterhält noch Geschäftsbesuche vornimmt. All dies setzt § 32 KWG nämlich nicht voraus. Maßgeblich für die Ortsbestimmung „im Inland“ ist allein das Betreiben, nicht der Sitz des Betreibers (BVerwG, a. a. O., Rn. 43).

Anderenfalls könnte der gesetzgeberische Zweck des § 32 KWG, Bankgeschäfte im Bereich des Gesetzes einer Kontrolle zum Zweck der Einhaltung eines Mindeststandards zu unterwerfen, ohne weiteres unterlaufen werden.

ee) Den Ausnahmefall des § 53 b Abs. 1 Satz 1 KWG (siehe hierzu BVerwG, a. a. O., Rn. 47) nimmt die Beklagte - wie erwähnt - nicht für sich in Anspruch. Er liegt auch nicht vor.

ff) Europäisches Unionsrecht steht dieser Bewertung nicht entgegen (vgl. zum damals gültigen Europäischen Gemeinschaftsrecht BVerwG a. a. O., Rn. 43 ff). Insbesondere kann die Beklagte sich nicht auf die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG bzw Art. 56 AEUV berufen. Als in der Schweiz ansässiges Institut kann sie sich auf die gemeinschafts- bzw. unionsrechtlich begründete Dienstleistungsfreiheit ohnehin nicht berufen; die Freiheit des Kapitalverkehrs findet daneben keine Anwendung (EuGH, Urteil vom 03.10.2006 - Rs C- 452/04, EuZW 2006, 689 [Fidium Finanz AG]). Außerdem verkennt die Beklagte hierbei, dass dieser Einwendung schon zwingende Gründe des Allgemeininteresses entgegen stehen, nämlich z.B. der Verbraucherschutz, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und die Gewährleistung eines hohen fachlichen Niveaus durch die Fernhaltung unzureichend beaufsichtigter Anbieter (vgl. hierzu Boos u.a. / Fischer, a.a.O., Rn. 174; EuGH, Urteil vom 15.09.2011, C-347/09, Rn. 44; Urteil vom 27.10.2011m C-255/09, Rn. 72). Insgesamt kann das europäische Recht "nichts zur endgültigen Klärung des Streits... beitragen" (Boos u.a. / Fischer, a.a.O., Rn. 169). Dieser Streit ist indessen nach Auffassung des Senats durch die genannte Entscheidung des BVerwG entschieden. Hiernach kann nur die von der passiven Dienstleistungsfreiheit gedeckte "Nutzung im Ausland", bei der der Kunde den Anbieter im Ausland aufsucht, um dessen Leistung in Anspruch zu nehmen, das Inlandsmerkmal nicht erfüllen. Vorliegend hat sich aber die Klägerin nicht physisch ins Ausland begeben, um dort - in der Schweiz - Leistungen entgegenzunehmen; es handelt sich daher - ungeachtet der ohnehin fehlenden tatbestandlichen Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit - um einen Fall nicht etwa der passiven, sondern der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit (vgl. Randelzhofer / Forsthoff, in: Grabitz / Hilf, Das Recht der EU, 44. EL 2011, Art. 57 AEUV Rn. 54).

gg) Unzutreffend ist auch der Einwand, die hiesige Rechtsauffassung verstoße gegen das allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS [Bundesgesetzblatt II 1994, Seite 1473, 1643]). Zum einen zählt dieses Abkommen schon nicht zu den inländisch beachtlichen allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 Satz 1 und 2 Grundgesetz. Zum anderen steht der Annahme eines Erlaubnisvorbehalts für grenzüberschreitende Bankgeschäfte auch nicht der Grundsatz völkerrechtsfreundlicher Interpretation inländischer Vorschriften entgegen. Denn der Erlaubnisvorbehalt ist jedenfalls vom Grundsatz des Prudential Carve-Out nach Art. XIV GATS gedeckt. Dieser Grundsatz gestattet nämlich - wie auch das Europarecht (s.o. lit. ff) - verhältnismäßige Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs zum Schutz von Gemeinwohlzielen wie der Integrität und Stabilität des inländischen Kredit- und Finanzmarkts (vgl. Art. VI Abs. 1 GATS; BVerwG, a.a.O., Rn. 59; wie hier auch Boos u.a. / Fischer, a.a.O., Rn. 170).

e) Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Viertbeklagten, zum Zeitpunkt der Kreditgewährung bzw. des Abschlusses des Vertrags zwischen ihr und der Klägerin "über die Errichtung eines Kontos und Depots " (Anlage der Viertbeklagten B 1) am 11.10.2004 sei der Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Klägerin und der Erstbeklagten vom 26.08.2004 (Anlage K 1) und die hierin erfolgte unwiderrufliche streitgegenständliche Zeichnung der "Focus Notes" bereits erfolgt gewesen (Schriftsatz vom 20.12.2011, dort Bl. 3 und 8). Dies trifft zwar bezüglich der zeitlichen Reihenfolge zu, ändert aber nichts an der Haftung der Viertbeklagten für den Zeichnungsschaden der Klägerin. Denn die Kreditgewährung durch die Viertbeklagte und die durch die Erstbeklagte veranlasste Zeichnung des Fonds waren aufeinander bezogene und abgestimmte Geschäfte; die Eröffnung eines Kontos der Klägerin bei der Viertbeklagten erfolgte ausschließlich für die Abwicklung der streitgegenständlichen Zeichnung einschließlich deren Kreditierung. Dies folgt daraus, dass bei der Zeichnung eine "SBI Leverage", also eine - notwendig durch eine Bank zu bewerkstellende - kreditfinanzierte "Hebelung" der - höchsten - Stufe 3 erfolgen sollte (Anlage K 1 S. 5 "Letter of Intent"). Gem. "Anhang 2" zur Anlage K 1 war eine "Kontoeröffnung" vorgesehen. Erst nach Eröffnung dieses Kontos (nämlich: bei der Viertbeklagten) konnte die Klägerin die Einzahlung des schon in der Anlage 1 vorgesehenen Betrages von "ca. 66.000 €" (Anlage K 1 Bl. 5) vornehmen (tatsächlich: 65.000 €, siehe Anlage K 12 = Kontoauszug vom 22.10.2004 der Viertbeklagten für die Klägerin). Auch die Darlehensgewährung - unstreitig für die Hebelung - vom 18.11.2004 (Anlage K 10) der Viertbeklagten an die Klägerin erfolgte auf das Konto der Klägerin bei der Viertbeklagten. Ob es abgesehen von der Unterschriftsleistung durch die Klägerin am 26.08.2004 überhaupt

zu weiteren Maßnahmen im Hinblick auf die Kapitalanlage kam, bevor - am 21.10.2004 - die streitgegenständlichen 65.000 € bei der Viertbeklagten eingingen (Anlage K 12), kann daher dahinstehen.

f) Auch die Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 823 BGB Abs. 2, § 32 KWG bestimmt sich nach dem Deliktsstatut, also nach deutschem Recht (BeckOK/BGB - Spickhoff, Ed.20, Art. 40 EGBGB Rn. 11).

aa) Folge ist daher, dass der unerlaubt das Bankgeschäft Betreibende den Anleger so zu stellen hat, als wäre das haftungsbegründende Ereignis nicht eingetreten (Palandt / Sprau, a.a.O., Einf. v. § 823 Rn. 17), als hätte also der Anleger die fraglichen Verträge nicht abgeschlossen (BGH, Urteil vom 21.04.2005, a.a.O., Rn. 24 f). Dies führt vorliegend dazu, dass der Klägerin die Differenz (aus dem für sie nachteiligen Anlagegeschäft) aus der Einzahlung von 65.000 € und der nach Kündigung erhaltenen Summe von 22.844,16 €, somit die Klagesumme von 42.155,84 € zuzusprechen war.

bb) Der Anspruch auf Prozesszinsen folgt aus § 288, § 291 BGB. Eine Zustellung der Klage an die hiesige Viertbeklagte ist frühestens für den 28.08.2008 (Bl. 58 d.A.) feststellbar. Die Viertbeklagte schuldet Zinsen in der in § 288 Abs. 1 S. 2 BGB genannten Höhe aus der Klagesumme daher erst ab dem 29.08.2008 .

cc) Desweiteren schuldet die Viertbeklagte der Klägerin auch vorprozessuale Zinsen. Soweit die Klägerin (Bl. 50 d.A. = Bl. 17 der Klageschrift) geltend macht, Zinsen würden gem. "§ 848 BGB" geschuldet, ist damit sichtlich der Verzinsungsanspruch wegen Entziehung einer Sache gem. § 849 BGB gemeint. Dieser Anspruch ist begründet (siehe zum Folgenden BGH, Urteil vom 26.11.2007 - II ZR 167/06, WM 2008, 291, Rn. 4 ff).

Die Beklagte hat der Klägerin das Geld dadurch, dass sie sie zur Überweisung veranlasst hat, entzogen. § 849 BGB erfasst jeden Sachverlust durch ein Delikt. § 849 BGB ist nach seinem Wortlaut nicht auf die Wegnahme beschränkt und verlangt nicht, dass die Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen wird. Der Geschädigte muss auch nicht im Besitz der Sache gewesen sein. Eine Beschränkung auf den Verlust einer Sache ohne oder gegen den Willen des Geschädigten widerspräche auch dem Normzweck von § 849 BGB. Der Zinsanspruch soll mit einem pauschalierten Mindestbetrag den Verlust der Nutzbarkeit einer Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann. Der Geschädigte verliert die Sachnutzung gleichermaßen, wenn ihm eine Sache ohne seinen Willen entwendet

wird und wenn er durch eine unerlaubte Handlung - etwa eine Drohung oder eine Täuschung - dazu gebracht wird, sie wegzugeben oder darüber zu verfügen. Der Klägerin ist auch eine Sache entzogen worden. Sache im Sinne von § 849 BGB ist auch Geld. § 849 BGB ist nicht durch § 90 BGB, wonach nur körperliche Gegenstände Sachen im Sinne des Gesetzes sind, auf die Entziehung von Bargeld beschränkt, vielmehr erfasst der Zweck des § 849 BGB, den später nicht nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen, jegliche Form von Geld. Von den Nutzungen eines hingegebenen Geldbetrags ist der Geschädigte nicht nur ausgeschlossen, wenn er mit Bargeld bezahlt hat, sondern auch, wenn er eine Zahlung auf andere Art und Weise geleistet hat, hier also durch Überweisung.

Indessen kann die Klägerin gem. § 246 BGB bis zur Rechtshängigkeit nur einen Zinssatz von 4 % p.a. beanspruchen (BGH, a.a.O., Rn. 3). Vortrag der Klägerin zur Begründung eines höheren vorprozessualen Zinssatzes (hier, wie begehrt, der des § 288 Abs. 1 S. 2 BGB) fehlt. Zuzusprechen waren die Zinsen zeitlich gestaffelt auf den unstrittig geleisteten Betrag unter Berücksichtigung des Erlöses, soweit begehrt (§ 308 Abs. 1 ZPO).

d) Im Übrigen ist der Zinsanspruch nicht begründet, die Klage daher abzuweisen und die Berufung zurückzuweisen.

2.

Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 3) folgt aus § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG i. V. m. § 830 BGB. Denn durch das - unstrittige - Auflegen des Fonds und durch das Unterhalten ihrer Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten zu 1) hat die Beklagte zu 3), wie die Klägerin jedenfalls in ihrer Revisionsbegründung vom 21.09.2010 (dort Bl. 23) ausreichend substantiiert vorträgt, eine anspruchsbegründende Beihilfehandlung zu der in der landgerichtlichen Entscheidung vom 31.07.2009 abgeurteilten unerlaubten Handlung der Beklagten zu 1) begangen.

Unerheblich ist, dass ein eigenständiges und gegen § 32 KWG verstoßendes Tätigwerden der Drittbeklagten auf dem deutschen Markt klägerseits nicht geltend gemacht wird (so die Revisionsbegründung der Klägerin, a.a.O.). Zutreffend stellt die Klägerseite nämlich darauf ab, dass die Drittbeklagte eine Beihilfehandlung zur Betriebsstrategie der Beklagten zu 1) begangen hat, indem sie ihr Fonds-Anteile zum Vertrieb zur Verfügung stellte und die Mitarbeiter schulte, und hierdurch das rechtswidrige Verhalten (Verstoß gegen § 32 KWG) der Beklagten zu 1) tolerierte und begünstigte.

a) Hinsichtlich des Verstoßes der Beklagten zu 1) gegen § 32 KWG wird vollinhaltlich auf die Ausführungen des Landgerichts in seinem Urteil vom 31.07.2009 (Ziff. II 2) verwiesen, die der Senat sich zu eigen macht. Die hiergegen durch die Beklagte zu 1) vor Eintritt der Insolvenz in der Berufungsbegründung erhobenen Rügen (Schriftsatz vom 09.11.2009, Bl. 4 ff = Bl. 279 ff d.A.), die Erstbeklagte habe ihre Tätigkeit ausschließlich in der Schweiz ausgeübt, greifen nicht durch. Wie gezeigt (s.o. Ziff. III 1 d dd), ist nämlich eine wie auch immer geartete physische Präsenz des jeweiligen Leistungserbringers auf deutschem Staatsgebiet entgegen der Auffassung der Erstbeklagten nicht erforderlich, um von einer Tätigkeit "im Inland" im Sinne des § 32 KWG ausgehen zu können. Entgegen der Darstellung in der Berufungsbegründung (a.a.O., Bl. 6 = Bl. 281 d.A.) ist auch von der erforderlichen Hinwendung zum bzw. von einer Ausrichtung auf den deutschen Markt auszugehen. Auch das Geschäftskonzept der Erstbeklagten war darauf ausgerichtet, dass die Kunden die zur Kapitalanlage erforderlichen und ausreichenden Handlungen ausschließlich nicht in der Schweiz, sondern an ihrem jeweiligen Heimatort, im Fall der Klägerin also in Deutschland, vornehmen (s.o. Ziff. III 1 c dd (2)).

b) An dieser unerlaubten Handlung der Erstbeklagten hat die Drittbeklagte teilgenommen iSd §§ 823 Abs. 2, 830 BGB. Sie weist selbst darauf hin (Schriftsatz vom 20.12.2011, dort Bl. 4 = Bl. 455 d.A.), dass für eine Teilnahme die Kenntnis der Tatumstände jedenfalls in groben Zügen sowie der Wille der Beteiligten erforderlich sind, die Tat gemeinschaftlich auszuführen oder die fremde Tat zu fördern (wortgleich BGH, Urteil vom 12.10.2010, a.a.O., Rn. 44 mwN). Dies folgt hier aber ohne weiteres aus der zwischen den Beklagten zu 1) und zu 3) abgeschlossenen Vertriebsvereinbarung vom 24.02.2003 (Anlage der Zweit- und Drittbeklagten B 3; dt. Übers. B 4), wonach die Drittbeklagte den Vertrieb ihrer Produkte durch die Erstbeklagte nicht etwa nur duldet, sondern sie damit sogar "beauftragt".

Unbehelflich ist der Versuch, durch die Formulierung des Vertriebsvertrags („SBI haftet für die Einhaltung etwaiger Vertriebsbeschränkungen, die in den Ländern gelten, in denen der Vertrieb stattfindet. ... SBI wird bezüglich der auf das Angebot und den Verkauf der Plenum-Produkte in den Ländern, in denen der Vertrieb erfolgt, anwendbaren Gesetze und Bestimmungen alle geeigneten Schritte unternehmen und alle geeigneten Verfahren einhalten. ... SBI erklärt und sichert Plenum zu, dass es die Plenum-Produkte ... nur in Einklang mit den in den Ländern, in denen der Vertrieb stattfindet, geltenden Gesetze und Bestimmungen ... zum Verkauf anbieten wird ... SBI erklärt und versichert gegenüber Plenum, dass ... es über sämtliche behördlichen und aufsichtsrechtlichen Genehmigungen

gen ... verfügt, die das Gesetz gegebenenfalls für die Erfüllung ihrer Pflichten unter diesem Vertrag vorschreibt“) die Verantwortung der Drittbeklagten für Gesetzesverstöße der Erstbeklagten zu derogieren. Die Drittbeklagte hat nicht ansatzweise vorgetragen und macht dies auch in dem zuletzt genannten Schriftsatz (dort etwa Bl. 4 unten / 5 oben) nicht geltend, inwieweit sie jemals eine Überwachungs- und Kontrollfunktion gegenüber der Erstbeklagten ausgeübt und der dabei festzustellen Akquise gegenüber in Deutschland ansässigen Kunden Einhalt geboten hätte.

Die Drittbeklagte ist selbst in einem Land mit gesetzlich geregelter Finanzmarkt ansässig; die von ihr beauftragten Vermittler werden ersichtlich dort oder in den angrenzenden europäischen Ländern tätig, in denen gleichfalls Vorschriften über Zulassungspflichten bestehen. Dies zeigt, dass für Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen seitens der Drittbeklagten auch Anlass bestanden hätte.

c) Hieraus folgt zum einen, dass auch auf das Schadensersatzrechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Drittbeklagten deutsches Deliktsrecht zur Anwendung zu bringen ist (BGH, Urteil vom 12.10.2010, a.a.O., Rn. 38 mwN). Zum anderen folgt hieraus, dass der Anspruch in der eben beschriebenen Höhe (s.o. Ziff. III 1 e) gemäß § 823 Abs. 2, § 830 BGB, § 32 KWG in der Hauptsache begründet ist.

Rechtshängigkeitszinsen schuldet die Beklagte zu 3) in gesetzlicher Höhe (§§ 288 Abs. 1 S. 2, 291 BGB) angesichts der frühestens zum 27.08.2008 feststellbaren Zustellung der Klage (s. Bl. 56 d.A.) ab 28.08.2008, davor lediglich in Höhe von 4 % p.a. (s.o. Ziff. III 1 f cc).

3.

Unbegründet ist dagegen die Klage – und somit auch die Berufung – der Klägerin hinsichtlich der Beklagten zu 2).

a) Bereits im ersten Berufungsurteil hat der Senat darauf hingewiesen, dass ein nachvollziehbar schlüssiger Klägervortrag zur Begründung einer Haftung der Zweitbeklagten trotz zahlreicher bis dahin ergangener Hinweise nach wie vor fehle (Urteil vom 28.05.2010, Ziff. II 2 b). Auch im nachfolgenden Verfahren hat die Klägerseite nicht ansatzweise vorgetragen, weshalb die Zweitbeklagte (ungeachtet eines durch sie oder durch andere begangenen Verstoßes gegen § 32 KWG) für eine Anlageentscheidung haften sollte, die getroffen

wurde, bevor sie mit der Klägerin befasst war, insbesondere, bevor sie mit ihr eine vertragliche Beziehung eingegangen ist.

b) In ihrer Revisionsbegründung vom 21.09.2010 lässt die Klägerin insoweit lediglich ausführen, schon mit der Überweisung des Geldes in die Schweiz (d.h. also: vor Einschaltung der Zweitbeklagten) sei der Schaden eingetreten (Bl. 8), der Hauptvorwurf, dem sich die Beklagte zu 2) ausgesetzt sehe, sei gerade der, dass sie der Klägerin den Abschluss des streitgegenständlichen Vermögensverwaltungsvertrages angetragen hat, ohne über die hierfür erforderliche Erlaubnis zu verfügen (Bl. 15), die Beklagte betreibe Finanzportfolioverwaltung und sei deshalb zum Schadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG verpflichtet (Bl. 17), und dass das Geld schon vor dem Vertragschluss mit der Beklagten zu 2) angelegt wurde, sei unerheblich; die Beklagte zu 2) habe trotzdem schon im Inland wesentliche zum Vertragschluss führende Schritte vorgenommen, deshalb sei die Anwendung des § 32 KWG eröffnet (Bl. 18). Dies lässt, wie auf der Hand liegt, jegliche Ausführung zur Kausalität eines Verstoßes der Beklagten zu 2) gegen § 32 KWG für den der Klägerin entstandenen Schaden vermissen.

c) Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 15.11.2011 hat der Senat den Klagevertreter erneut darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Haftung der Beklagten zu 2) an substantiertem Vortrag fehlt, und hat - auch hierzu - Schriftsatzfrist gewährt (Bl. 2 f des Protokolls = Bl. 437 f d.A.). Hierauf hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 14.12.2011 (Blatt 446 d. A., dort Blatt 5 f.) vorgetragen, zum Zeitpunkt der Übernahme des ersten Vermögensverwaltungsvertrages durch die Zweitbeklagte habe das Depot einen Wert von 50.576 € aufgewiesen, nach Kündigung des gesamten Engagements habe die Klägerin nur noch 22.844,16 € erlöst. In der Verantwortung der Beklagten zu 2) sei daher ein Wertverlust des Depots in Höhe von 27.731,84 € entstanden.

Dies ist zur Begründung eines Schadensersatzanspruches gegen die Zweitbeklagte weiterhin unbehelflich. Es fehlt jeglicher Vortrag der Klägerseite dazu, welches (schuldhaft?) Verhalten der Zweitbeklagten zu dem Kursverlust beigetragen hat oder durch welches denkbare Verhalten der Zweitbeklagten ein Kursverlust hätte vermieden werden können. Dass positive oder negative Kursentwicklungen, beispielsweise einer Aktie, nicht das Verdienst oder die Schuld desjenigen sind, der ein Depot zu verwalten hat, liegt auf der Hand. Vortrag dazu, durch welche Entscheidungen der Wertverlust, z. B. durch Verkauf welcher Anteile zu welchem Zeitpunkt, hätte vermieden werden können, fehlt indessen ebenso wie Vortrag zu einer - etwa vertraglich begründeten - Verpflichtung der Zweitbeklagten, eintretende oder sich abzeichnende Verluste der Höhe nach zu begrenzen. Auch

der klägerseits - indes in anderem Zusammenhang - vorgelegten Anlage K 28 kann nicht entnommen werden, dass die Zweitbeklagte überhaupt bezüglich des Depots der Klägerin (etwa durch Kauf oder Verkauf von Fondsanteilen) in dem Zeitraum zwischen Kündigung des Vertrages mit der Erstbeklagten (28.11.2005) und Kündigung der Fondsbeteiligung (05.07.2007) tätig geworden wäre. Insoweit kommen auch vertragliche oder quasi-vertragliche Ansprüche der Klägerin gegen die Zweitbeklagte nicht in Betracht.

d) Diesbezüglich war daher die Berufung – wie die Klage – zurückzuweisen.

4.

Unbegründet ist die Klage schließlich auch hinsichtlich der vorgerichtlichen Anwaltskosten der Klägerin.

a) Ausweislich ihres Klageantrags macht die Klägerin diese Kosten gegenüber allen drei am Berufungsverfahren noch beteiligten Beklagten geltend. Vorgetragen hat sie hierzu aber nur, sie habe alle ihr in Rechnung gestellten Honorare beglichen (Berufungsbegründung Bl. 10 = Bl. 274 d.A.), der Anspruch auf die Geschäftsgebühr ergebe sich aus "Nr. 2300 VV RVG". Dies ist kein schlüssiger Klagevortrag. Ohne insoweit schriftsätzlich auf Anlagen Bezug zu nehmen, hat die Klägerin ein Schreiben vom 06.07.2007 an die Beklagte zu 4) vorgelegt (Anlage K 14); dieses ist aber keine außergerichtliche Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche, sondern eine schlichte Vertretungsanzeige verbunden mit der Mitteilung, dass die Vermögensverwaltungsverträge gekündigt worden seien. Eine zweckdienliche und deshalb vergütungspflichtige Maßnahme der Rechtsverfolgung stellt dieses Schreiben nicht dar. Vorgelegt hat die Klägerin desweiteren Bl. 1 eines Schreibens an die Zweitbeklagte (Anlage K 11), gleichfalls vom 06.07.2007. Dieses Schreiben beginnt zwar dem Wortlauf nach wie ein außergerichtliches Forderungsschreiben, lässt aber, da es nicht vollständig vorgelegt wurde, insbesondere keine Unterschrift aufweist, nicht erkennen, ob nicht ohnehin schon Klageauftrag erteilt war, so dass schon aus diesem Grund eine zusätzliche außergerichtliche Gebühr nicht anfallen konnte. Weiterhin ist weder vorgetragen noch sonst erkennbar, welchen Betrag die Klägerin ihren Prozessbevollmächtigten für dieses Schreiben bezahlen musste; ob sich die beiden, gemeinsam als K 15 bezeichneten Rechnungen vom 10.08.2007 und vom 18.02.2008 hierauf beziehen, ist nicht ersichtlich.

b) Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass es nicht Aufgabe des Senates ist, aus Anlagen mutmaßlich gewollten Vortrag der Klägerin zusammenzusuchen, und dass das

Schreiben K 11 ohnehin nur an die Beklagte zu 2) gerichtet ist, eine Haftung der weiteren Beklagten hierfür daher nicht ersichtlich ist.

c) Soweit das Vorbringen der Klägerin zutrifft, sie habe alle ihr in Rechnung gestellten "Honorare beglichen", also vorliegend wohl die beiden Rechnungen K 15, begründet dies nicht Erstattungsansprüche gegen den Prozessgegner.

5.

Die Ansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. Eine Kenntnis oder grob fahrlässige Nichtkenntnis der Klägerin (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) der Tatsache, dass die Beklagten über die Erlaubnis gem. § 32 KWG nicht verfügen, vor dem 06.07.2007 (Datum der Anwaltsschreiben gem. Anlagen K 11 und K 14) ist nicht ersichtlich. Die Klageerhebungen gegenüber der Drittbeklagten und der Viertbeklagten im Jahr 2008 haben die dreijährige Verjährungsfrist (§ 195 BGB) daher rechtzeitig gehemmt, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

6.

Eine anspruchsminderndes Mitverschulden der Klägerin kommt nicht in Betracht. Soweit die Beklagtenseite sich darauf beruft, durch die vorzeitige Kündigung der Anlage habe die Klägerin eine garantierte Schusszahlung in Höhe von 125 % des Nominalwertes vereitelt, ist dies unbehelflich. Die Beklagten können schon nicht die Fortsetzung eines Gesetzesverstoßes geltend machen. Darüberhinaus wurde die Anlage unstreitig "gehebelt", die Klägerin hatte also fortlaufend Zinsen zu entrichten (vgl. Anlage K 28). Außerdem war sie verpflichtet, Sicherheiten zu stellen; so wurde sie am 30.01.2001 von der Viertbeklagten aufgefordert (Anlage K 27), weitere 15.000 € zu überweisen. Gleichzeitig war ihr bewusst geworden, erhebliche Beträge angelegt zu haben aufgrund Verträgen mit Partnern, die keinerlei deutscher Aufsicht unterliegen. Unter diesen Umständen tritt der Senat der Auffassung des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil bei, dass "die kreditfinanzierte Anlage in jedem Fall ein hochriskantes Geschäft (war), so dass die Entscheidung für die Kündigung nicht zu Lasten der Klagepartei gewertet werden kann" (Ziff. II 2 g der Urteilsgründe).

IV.

1.

Mit dem vorliegenden Urteil wird der Rechtsstreit der Klägerin mit den Beklagten zu 2), 3) und 4) verbeschieden. Insoweit beruht die Kostenentscheidung auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Kostenentscheidung im Übrigen ist der Schlusssentscheidung (nach Wiederaufnahme des Verfahrens gegen die Erstbeklagte) vorzubehalten.

2.

Vorläufige Vollstreckbarkeit: §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

3.

Der Streitwert entspricht der Klagesumme. Die neben der Hauptsumme eingeklagten entgangenen Zinsen erhöhen den Streitwert nicht (§ 4 Abs. 2 ZPO); die bisherige Streitwertfestsetzung war daher abzuändern.

4.

Die Zulassung der Revision kommt nicht in Betracht. Der Senat folgt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 38 ff EGBGB und zu § 823 BGB, § 32 KWG.

Kotschy  
Vorsitzender Richter

Harz  
Richter  
am Oberlandesgericht

Dr. Trautwein  
Richter



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift  
München, den 17. Januar 2012  
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

Budig, Justizangestellte  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle