BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 136/03

Verkündet am:
13. Juli 2004
Böhringer-Mangold,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: Ja

BGB § 826 Gi, § 830 Abs. 1 Satz 1, § 830 Abs. 2

Nutzt ein Anlageberater und -vermittler das Kapital eines Anlegers, um Provisionen zu "schinden" (churning), so kommt eine deliktische Haftung des Brokers für die Verluste des Anlegers wegen Beteiligung an dem sittenwidrigen Verhalten des Anlageberaters und -vermittlers in Betracht. Der Tatrichter kann den Mittäter- oder Gehilfenvorsatz des Brokers auf Grund geeigneter Indizien wie etwa einer zwischen ihm und dem Anlageberater und -vermittler bestehenden Rückvergütungsvereinbarung (kickback) unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles feststellen.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - VI ZR 136/03 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Müller, den Richter Dr. Greiner, die Richterin Diederichsen und die Richter Pauge und Zoll

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 3. April 2003 wird auf Kosten der Beklagten zu 2 zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger nehmen die Beklagte zu 2 (im Folgenden: die Beklagte), eine Brokerfirma mit Sitz in New York, auf Ersatz von Verlusten aus Options- und Termindirektgeschäften in Anspruch.

Beide Kläger eröffneten im Oktober 1986 bei der Beklagten jeweils ein in US$ geführtes Konto für den Handel mit Wertpapieren, Optionen und Terminkontrakten. Dafür erteilten sie einem Mitarbeiter der M-GmbH, der früheren Beklagten zu 1, einer Wirtschaftsberatungsgesellschaft, auf deren Veranlassung die Kontoeröffnung geschah, eine Vollmacht. Die Kläger erklärten sich jeweils damit einverstanden, daß die M-GmbH als Vergütung für ihre Akquisitions- und Kundenbetreuungsleistungen eine Rückvergütung ("kick-back") aus den der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Beklagten zustehenden Kommissionen erhielt; die Rückvergütung betrug 40%. Beide Kläger erbrachten jeweils Einzahlungen in erheblichem Umfang (201.728 DM und 82.000 DM). Die Beklagte handelte für sie eine Vielzahl an Futures- bzw. Optionskontrakten. Nach Beendigung der Geschäftsbeziehung erhielten der Kläger zu 1 im Juli 1987 ein restliches Kontoguthaben von 2.068 DM, der Kläger zu 2 im Juni 1987 ein solches von 13.410,78 US$ ausbezahlt. Die Parteien haben u.a. darüber gestritten, ob die - inzwischen rechtskräftig zur Zahlung eines Teilbetrages verurteilte - M-GmbH und die Beklagte zusammengewirkt haben, um aus den Geldern auf den Konten der Kläger Provisionen zu "schinden" (sog. churning).

Der Rechtsstreit war bereits Gegenstand des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 22. November 1994 (XI ZR 45/91 - NJW 1995, 1225 = ZIP 1995, 18 = VersR 1995, 482), auf dessen tatbestandliche Ausführungen ergänzend verwiesen wird. Das Landgericht hat nach der Zurückverweisung der Sache durch den Bundesgerichtshof Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung und sodann der Klage gegen die Beklagte stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten nach der Einholung von Sachverständigengutachten im wesentlichen zurückgewiesen. Mit der im Berufungsurteil zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel einer Abweisung der gegen sie gerichteten Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht bejaht eine Haftung der Beklagten aus den §§ 826, 830 BGB, weil es den Vorwurf einer von der M-GmbH und der Beklagten gemeinsam betriebenen Provisionsschinderei (churning) als berechtigt ansieht.

Diese Würdigung ergebe sich im wesentlichen aus dem Vorliegen der Kick-Back-Vereinbarung. Dadurch sei die Gefahr begründet worden, daß die M-GmbH als Bevollmächtigte im eigenen Interesse möglichst häufig Positionen wechselte, um immer wieder neu an Provisionen zu verdienen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Ö. seien weitere Indizien für eine Provisionsschinderei zu erkennen. Die Anzahl der vorgenommenen Geschäfte sei ungerechtfertigt hoch gewesen. Dadurch habe das Verhältnis zwischen den monatlich dem Kläger zu 1 belasteten Provisionen und seinem durchschnittlichen Kontowert in fünf von sieben Monaten über 17 % gelegen, womit ein Grenzwert überschritten sei. Beim Kläger zu 2 habe dieses Verhältnis im ersten Monat bei 47 % und im zweiten Monat bei 13,24 % gelegen. Weiterhin hätten die Beklagten einen hohen Anteil an wirtschaftlich sinnlosen Geschäften für den Kläger zu 1 vorgenommen. Schließlich sei dem Anlageverhalten auch keine schlüssige Handelsstrategie zu entnehmen.

Die Beklagte habe mit zumindest bedingtem Vorsatz gehandelt. Sie habe die extreme Häufigkeit der Transaktionen leicht erkennen können. Sie sei mit dem Verhalten der M-GmbH, die die Aufträge aufgrund der ihr erteilten Vollmacht erteilt habe, einverstanden gewesen, was sie durch den Abschluß der Kick-Back-Vereinbarung, das Unterlassen einer Überprüfung der Seriosität der M-GmbH, eine unzureichende Kontrolle der Kontobewegungen sowie die durch Zeugen bewiesene, bei der deutschen Repräsentanz der Beklagten früher ein-

mal ausgesprochene Anweisung, so viele Kommissionen wie möglich zu verdienen, zum Ausdruck gebracht habe.

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Prüfung stand.

1. Soweit das Berufungsgericht eine die Haftung aus § 826 BGB begründende Provisionsschinderei (churning) durch Mitarbeiter der M-GmbH, insbesondere durch Herrn F., bejaht, sind seine Ausführungen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Daß ein churning der M-GmbH vorliege, hat auch die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt.

a) Unter churning im engeren, hier in Betracht kommenden Sinne mit der möglichen Folge einer Haftung aus § 826 BGB versteht man den durch das Interesse des Kunden nicht gerechtfertigten häufigen Umschlag eines Anlagekontos, durch den der Broker oder der Vermittler oder beide sich zu Lasten der Gewinnchancen des Kunden Provisionseinnahmen verschaffen (BGH, Urteile vom 22. November 1994 - XI ZR 45/91 - VersR 1995, 482, 483 und vom 23. September 1999 - III ZR 214/98 - VersR 2000, 1375, 1377; Wach, Der Terminhandel in Recht und Praxis, 1986, Rn. 462, 481 m.w.N.; Bröker, Strafrechtliche Probleme bei Warentermin- und -optionsgeschäften, S. 38 ff.). Ein Anlageverwalter oder -berater wie die M-GmbH, der beim Kapitalanleger über eine hinreichende Vertrauensstellung verfügt, kann in diesem Sinne - vom Interesse des Anlegers her nicht gerechtfertigte - Provisionen durch Ausnutzung einer ihm erteilten Vollmacht ebenso "schinden" wie durch Empfehlungen und Ratschläge (vgl. Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, § 32 WpHG, Rn. 8

m.w.N.; Bankrechts-Handbuch/Eisele, Bd. III, § 109, Rn. 46; Schlüter, Börsenhandelsrecht, 2. Aufl., D., Rn. 419).

Davon geht das Berufungsgericht bei der Würdigung des Beweisergebnisses und der vorliegenden Indizien ersichtlich aus. Die in der schriftlichen Revisionsbegründung vertretene Auffassung, das Berufungsurteil sei in Bezug auf die Subsumtion des Sachverhaltes unter die gesetzlichen Voraussetzungen des § 826 BGB nicht mit Gründen versehen (§ 547 Nr. 6 ZPO), ist deshalb unrichtig. Eine weitere Konkretisierung der Anspruchsmerkmale war nicht erforderlich.

b) Soweit das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine Haftung wegen sittenwidriger Provisionsschinderei, nämlich die Einflußnahme auf das Kapitalvermögen des Anlegers, die entsprechende Motivation und Zielrichtung seitens des Schädigers und die Feststellung, daß diese Zielrichtung über die Einflußnahme auf das Kapitalvermögen tatsächlich Erfolg hatte, hinsichtlich der M-GmbH bejaht, greifen die in der schriftlichen Revisionsbegründung erhobenen Rügen nicht durch.

aa) Für den Kläger zu 1 stellt das Berufungsgericht - insoweit von der Revision nicht angegriffen - das Handeln von 316 Terminkontrakten und den Kauf von 113 Optionen im Zeitraum von Oktober 1986 bis Mai 1987 fest, ferner, daß in fünf von diesen sieben Monaten jeweils Kommissionen zu Gunsten der Beklagten in Höhe von mehr als 17 % des jeweiligen durchschnittlichen Konto- und Depotvermögens anfielen. Es geht dabei ohne Rechtsfehler davon aus, daß Mitarbeiter der M-GmbH auf sämtliche Geschäfte des Klägers zu 1 Einfluß nahmen. Den Vortrag der Beklagten, der Kläger zu 1 habe ab April 1987 alle Aufträge selbst erteilt und zuvor nur gelegentlich telefonisch Anordnungen erteilt, während die Anweisungen im übrigen von Herrn F. übermittelt worden seien, hat es rechtsfehlerfrei als nicht ausreichend substantiiert angesehen. Wel-

che Aufträge wann, wie und von wem erteilt wurden, war Gegenstand eigener Wahrnehmung sowohl der M-GmbH als auch der Beklagten. Im Hinblick auf die Darlegungen des Klägers, jedenfalls aber auf die Ausführungen in dem Urteil des Landgerichts vom 10. März 1997, die Beklagte habe insoweit nicht ausreichend substantiiert vorgetragen, wäre daher ein konkreter Gegenvortrag zu erwarten gewesen; einen solchen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler vermißt.

bb) Nicht angegriffen sind auch die Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach für den Kläger zu 2 im Zeitraum vom 22. Oktober bis 22. November 1986 Kommissionen in Höhe von 47 % und im Zeitraum vom 22. November bis 22. Dezember 1986 in Höhe von 13,24 % des durchschnittlichen Kontowerts anfielen und in diesem letzten Monat das Konto kaum noch ein Guthaben auswies, das ausreichte, um in größerem Umfang Handel treiben zu können. Auch hier sind die Feststellung, daß Mitarbeiter der M-GmbH auf sämtliche für den Kläger zu 2 vorgenommenen Geschäfte Einfluß nahmen, und die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der entgegenstehende Vortrag der Beklagten zu 2 nicht hinreichend substantiiert sei, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

cc) Das Berufungsgericht geht weiter ohne Rechtsfehler davon aus, die Einflußnahme von Mitarbeitern der M-GmbH, insbesondere von Herrn F., auf das Kapitalvermögen der Kläger sei entscheidend von dem Willen motiviert gewesen, Provisionen ohne Rücksicht auf die Gewinninteressen der Kläger zu verursachen, dieses Ziel sei vordringlich verfolgt worden. Da ein unmittelbarer Beweis insoweit nicht möglich ist und auch ein Anscheinsbeweis ausscheidet, stützt sich das Berufungsgericht für seine Feststellungen zutreffend auf die sich aus den Umständen des Falles und dem Ergebnis der Beweisaufnahme erge-

benden Indizien. Die Würdigung der konkret vorliegenden Indizien läßt keine revisionsrechtlich relevanten Fehler erkennen.

(1) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht hätte seine Beweiswürdigung nicht (auch) auf die Bekundungen des im Wege der Rechtshilfe vernommenen Zeugen C. stützen dürfen. Ungeachtet dessen, ob der Verfahrensfehler der unterlassenen Benachrichtigung vom Vernehmungstermin nach § 295 ZPO geheilt worden ist, läßt jedenfalls die Revisionsrüge nicht erkennen, inwieweit der Fehler für die Entscheidung des Berufungsgerichts ursächlich geworden sein könnte. Daß der Zeuge C. zu den konkreten Vorfällen des Streitfalls keine Aussage machen konnte, weil er nie bei der Beklagten beschäftigt war und seine Beschäftigung bei der D.W.R. GmbH, der damaligen Repräsentanz der Beklagten in Deutschland, bereits vor dem Jahre 1986 beendet hatte, ergibt sich aus seiner Aussage, die insoweit keiner weiteren Klärung durch eine zusätzliche Befragung bedurfte, und ist auch vom Berufungsgericht erkannt worden. Dieses hat deshalb die Indizwirkung der Aussage auch nur als schwach eingestuft.

(2) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Ausführungen des von ihm zunächst bestellten Sachverständigen H. seiner Entscheidung zu Unrecht nicht zugrundegelegt und sich auf die Ausführungen des sodann bestellten Sachverständigen Ö. (und des Privatgutachters S.) gestützt. Das Berufungsgericht legt in dem angefochtenen Urteil im einzelnen dar, aus welchen Gründen es die gutachterlichen Äußerungen des Sachverständigen H. unberücksichtigt gelassen hat. Diese Ausführungen lassen weder einen Verstoß gegen § 412 ZPO noch sonst eine Überschreitung der dem Tatrichter bei der Beweiserhebung eingeräumten Befugnisse erkennen.

(3) Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sind die Schlußfolgerungen, die das Berufungsgericht im Hinblick auf die M-GmbH zieht.

(3.1) Der Tatrichter ist bei einem auf Indizien gestützten Beweis grundsätzlich frei, welche Beweiskraft er den Indizien im einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimißt (vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 1991 - VI ZR 97/90 - VersR 1991, 566; BGH, Urteile vom 14. Januar 1993 - IX ZR 238/91 - NJW 1993, 935, vom 15. Oktober 1993 - V ZR 19/92 - NJW 1994, 586, 588 m.w.N. und vom 23. Januar 1997 - I ZR 29/94 - NJW 1997, 2757, 2759; Musielak/Ball, ZPO, 3. Aufl., § 546 Rn. 9; Zöller/Gummer, 24. Aufl., § 546 ZPO, Rn. 13). Er stellt die den Indizien zukommenden Wahrscheinlichkeitsgrade und somit die sich daraus ergebenden Schlußfolgerungen fest. Er unterliegt dabei - abgesehen von den allgemeinen Beweisverwertungsverboten - keinen rechtlichen Einschränkungen für die Berücksichtigung von Tatsachen, die eine häufigere Wahrscheinlichkeit für die eigentlich zu beweisende Haupttatsache aufweisen und damit eine Indizwirkung entfalten können (vgl. Stein/Jonas/Leipold, 21. Aufl., § 284 ZPO, Rn. 19). Revisionsrechtlich ist seine Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO nur darauf zu überprüfen, ob er alle Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 1991 - VI ZR 97/90 - aaO; BGH, Urteile vom 15. Oktober 1993 - V ZR 19/92 - aaO, und vom 23. Januar 1997 - I ZR 29/94 - aaO; Musielak/Ball, aaO). Dabei hat er die für seine Überzeugungsbildung wesentlichen Gesichtspunkte nachvollziehbar darzulegen (vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 1991 - VI ZR 97/90 - aaO).

(3.2) Diesen Anforderungen genügt das Berufungsurteil.

Sachverständig beraten sieht es als ein wesentliches Indiz für eine beabsichtigte Provisionsschinderei den Umstand an, daß die Kommissionen beim Kläger zu 1 in fünf von sieben Monaten, beim Kläger zu 2 im ersten der beiden Monate mehr als 17 % des jeweiligen durchschnittlichen Kontowerts (commission-to-equity-ratio) ausmachten. Die vom Berufungsgericht unter Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Sachverständigen gezogene Folgerung, hier liege ein gewichtiges Indiz für ein churning vor, erscheint naheliegend, ist jedenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Entgegen der in der schriftlichen Revisionsbegründung vertretenen Auffassung besteht keine Veranlassung, verbindlich feste Werte vorzugeben, bei deren Überschreitung eine Provisionsschinderei zu bejahen und bei deren Unterschreiten sie zu verneinen ist. Die Sittenwidrigkeit einer vom Provisionsinteresse motivierten schädigenden Einflußnahme auf das Anlageverhalten eines Kapitalanlegers ergibt sich allein aus der Motivation des Anlageberaters oder -verwalters, der die Gewinninteressen des Anlegers außer Acht läßt, nicht aus dem Überschreiten von Grenzwerten. Das Verhältnis zwischen Provisionen und durchschnittlichem Kontowert hat nur die Bedeutung eines Indizes, das der Tatrichter unter Berücksichtigung sonstiger Umstände des jeweiligen Falles zu werten hat. Auch Grenzwerte und weitere Bedingungen in Richtlinien wie die der amerikanischen National Futures Association für die Annahme von Provisionsschinderei haben nur diese indizielle Bedeutung, wenn sie auch hilfreich für die Beurteilung des Parteivortrags und der Ausführungen der eventuell hinzugezogenen Sachverständigen sein können.

Rechtsfehlerfrei bezieht das Berufungsgericht neben der commission-to-equity-ratio weitere Indizien in seine Überlegungen ein. Seine Annahme, für die Kläger sei ein hoher Anteil an wirtschaftlich sinnlosen, kurzfristigen Geschäften vorgenommen worden, auch sei keine Handelsstrategie erkennbar und daraus

ergäben sich zusätzliche Indizien, beruht auf einer tatrichterlichen Würdigung des Sachverhalts, insbesondere der Ausführungen der Sachverständigen, die weder einen Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze noch sonst revisionsrechtlich relevante Fehler erkennen läßt. Das gilt auch, soweit es der Aussage des Zeugen C. eine wenngleich schwache Indizwirkung für eine Motivation zur Provisionsschinderei beimißt.

Daraus, daß die vorgenommenen Kapitalanlagegeschäfte zum Teil Gewinn abwarfen, zum Teil aber gewöhnliche Marktverluste entstanden, mußte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision kein Indiz gegen eine gezielte Provisionsschinderei herleiten. Daß Erfolg und Mißerfolg auch der hier vorgenommenen Kapitalanlagegeschäfte (auch) vom Marktgeschehen abhingen, bedarf keiner besonderen Betonung. Für oder gegen die indiziell zu beweisende Absicht der M-GmbH zum churning besagt dies nichts.

Darauf, daß die Beklagte den Sachverhalt und das Beweisergebnis anders würdigt als das Berufungsgericht, kann die Revision nicht mit Erfolg gestützt werden. Die von der Revision zu den vorstehend erörterten Punkten erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat insgesamt geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird insoweit abgesehen (§ 564 ZPO).

2. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Überprüfung auch insoweit stand, als das Berufungsgericht annimmt, es stehe fest, daß der Beklagten eine Beteiligung an dem churning der M-GmbH vorzuwerfen sei. Dies beruht auf einer tatrichterlichen Würdigung des konkreten Sachverhalts, welche die Revision ohne Erfolg bekämpft.

a) Die Voraussetzungen für die Teilnahme an einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB richten sich nach den für

das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Die Teilnahme verlangt demgemäß neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern. Objektiv muß eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Für den einzelnen Teilnehmer muß ein Verhalten festgestellt werden können, das den rechtswidrigen Eingriff in das fremde Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war (vgl. Senatsurteil BGHZ 137, 89, 102 f. m.w.N.). Ob sich das Verhalten der Beklagten letztlich, wie das Berufungsgericht meint, als Mittäterschaft oder im Hinblick darauf, daß - wie die Beklagte ausgeführt hat - ein churning nur von der M-GmbH habe begangen werden können, als Beihilfe darstellt, ist für die zivilrechtliche Haftung ohne Bedeutung (vgl. Senatsurteil BGHZ 137, 89, 103).

b) In Fällen der vorliegenden Art wird sich nur ausnahmsweise eine ausdrückliche Verabredung der Beteiligten zur Vornahme der sittenwidrigen Handlungen oder eine ausdrückliche Zusage eines Beteiligten zur Hilfeleistung feststellen lassen. Es ergibt sich dann die Notwendigkeit, die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls, die möglicherweise auch Grundzüge bestimmter zu mißbilligender branchentypischer Handlungsweisen aufzeigen, daraufhin zu untersuchen, ob sich ausreichende Anhaltspunkte für die Beteiligung an einem sittenwidrigen Verhalten ergeben.

Ob ein Verhalten als sittenwidrig anzusehen ist und ob das Berufungsgericht die Gesamtumstände des Falles insoweit in erforderlichem Umfang gewürdigt hat, kann das Revisionsgericht uneingeschränkt überprüfen (vgl. Senatsurteile BGHZ 154, 269, 274 f. und vom 20. Mai 2003 - VI ZR 312/02 - VersR 2003, 1049, 1050 jew. m.w.N.). Sofern ein sittenwidriges Verhalten fest-

gestellt ist, unterliegt die tatrichterliche Würdigung, ein Dritter habe daran mitgewirkt, im Revisionsverfahren jedoch nur der Überprüfung dahin, ob die Voraussetzungen für eine Teilnahme verkannt und bei der Würdigung der Tatumstände die Regeln einer ordnungsgemäßen Beweiswürdigung, insbesondere Denk- und Erfahrungssätze verletzt worden sind.

c) Das ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler sowohl die objektiven als auch die subjektiven Merkmale einer nach § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB haftungsrechtlich relevanten Teilnahmehandlung bejaht.

aa) Die objektiven Merkmale liegen zweifellos vor. Nach den getroffenen Feststellungen flossen der M-GmbH die aufgrund des sittenwidrigen Vorgehens erzielten Provisionen in Ausführung der zwischen ihr und der Beklagten getroffenen Kick-Back-Vereinbarung zu. Der Gesamtvorgang war also durch die Mitwirkung der Beklagten mitgeprägt.

bb) Auch das Vorliegen der subjektiven Merkmale für eine Teilnahmehandlung der Beklagten hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejaht.

(1) Es geht beanstandungsfrei davon aus, daß der Beklagten die mit der Kick-Back-Vereinbarung verbundene Gefahr, daß die M-GmbH unter Außerachtlassung des Anlegerinteresses im eigenen Provisionsinteresse möglichst häufig Positionen wechselte, bekannt war. Die Beklagte macht selbst nicht geltend, dieser Gefahr in irgendeiner Weise durch geeignete Schutzmaßnahmen entgegengewirkt zu haben. Dies konkretisiert das Berufungsgericht dahin, daß weder die Seriosität der M-GmbH überprüft noch die Kontenbewegungen kontrolliert worden seien. Unter diesen Umständen ist die Annahme des Berufungsgerichts, für eine haftungsrechtlich relevante Mitwirkungshandlung sei

auch in subjektiver Hinsicht eine tragfähige Grundlage festgestellt, rechtlich nicht zu beanstanden.

Eine Brokerbank, die unter den vorliegend in Betracht zu ziehenden Umständen die naheliegende Gefahr der von einem Beratungsunternehmen praktizierten Kick-Back-Vereinbarung für den Anleger kennt und sie gleichwohl ohne jedwede Schutzmaßnahme praktiziert, nimmt die Verwirklichung der Gefahr in Kauf und leistet damit zumindest bedingt vorsätzlich Hilfe zu dem sittenwidrigen Handeln des Beraters. Ob die Hilfeleistung der eigentliche oder einzige Beweggrund des Brokers ist, ob er andere Absichten und Ziele als der Berater verfolgt oder ob er dessen Handeln möglicherweise sogar innerlich ablehnt, ist für die Haftung unerheblich (vgl. Senatsurteil BGHZ 70, 277, 286).

(2) Diese Wertung wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Kick-Back-Vereinbarung offengelegt war und - worauf der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - aufgedeckte mehrstufige Provisionsabreden absolut üblich sein mögen. Die Gefahr, daß die vorliegend getroffene Vereinbarung dem Berater die vom Anleger nicht zu kontrollierende Möglichkeit eines churning bot, bestand, wie der Fall zeigt und auch naheliegt, gleichwohl. Das seitens der Beklagten vorgetragene Argument, es sei nicht festgestellt, daß der Beklagten konkrete Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten der M-GmbH vorgelegen hätten, geht deshalb fehl. Die bestehende Vertragskonstruktion war bereits ein solcher Anhaltspunkt, den die Beklagte nicht ohne weiteres unbeachtet lassen durfte.

Entsprechendes gilt für das Argument, die Beklagte habe nicht erkennen können, daß hier wirtschaftlich sinnlose Geschäfte für einen nicht professionellen Anleger getätigt worden seien. Es mag sein, daß im Eigenhandel oder daytrading seinerzeit ähnliche Geschäfte von deutschen Banken mit Gewinn be-

trieben wurden. Die für die Bejahung der Haftung maßgebliche Betrachtung stellt nicht auf eine stetige Beobachtung sämtlicher durchlaufender Geschäfte, sondern darauf ab, daß die für die Kläger betriebenen Geschäfte wegen der der Beklagten bekannten gefahrenträchtigen Vertragssituation nicht bedenkenlos ohne jedwede Vorsorge gegen einen Mißbrauch durchgeführt werden durften.

(3) Die vorstehende Betrachtungsweise ist nicht nur für die vertragliche, sondern auch für die deliktische Haftung gerechtfertigt. Entgegen der in der Verhandlung vor dem Senat vom Prozeßbevollmächtigten der Beklagten geäußerten Ansicht muß für die Haftung gemäß den §§ 826, 830 BGB nicht der gesamte vertragliche Hintergrund ausgeblendet werden. Zwar dürfen die deutschen Gerichte im vorliegenden Fall nur eine deliktische Haftung prüfen. Für die Frage, ob diese Haftung zu bejahen ist, ob insbesondere nach Kenntnisstand und Willensrichtung der Beklagten von ihrer Teilnahme am haftungsrechtlich relevanten Handeln der M-GmbH ausgegangen werden kann, sind aber sämtliche Umstände, insbesondere auch die bestehenden vertraglichen Vereinbarungen in Betracht zu ziehen. So sind auch die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil zu verstehen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte nicht wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten, etwa einer Beratungspflicht, verurteilt, sondern weil die auf dem Hintergrund der vertraglichen Vereinbarungen zu beurteilende Gesamtsituation die Bejahung einer Teilnahmehandlung als gerechtfertigt erscheinen läßt.

(4) Bei dieser Sach- und Rechtslage können die Verfahrensrügen, die der erkennende Senat insgesamt geprüft hat, der Revision nicht zum Erfolg verhelfen (§ 564 ZPO). Insoweit sei lediglich noch ausgeführt, daß dahinstehen kann, ob das Berufungsurteil die Beweiskraft der Aussage des Zeugen C. auf den Seiten 15 und 19 unterschiedlich stark bewertet. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Gesamtwürdigung hält revisionsrechtlicher Überprüfung auch

dann stand, wenn man der Aussage des Zeugen C. auch bei der zusammenfassenden Würdigung auf Seite 19 des Urteils eine nicht sonderlich starke Indizwirkung zumißt.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Schadenshöhe. Dabei kann dahinstehen, ob das Berufungsurteil, in dem die Schadenshöhe als in zweiter Instanz unstreitig bezeichnet wird, trotz unterlassenen Tatbestandsberichtigungsantrags insoweit noch angegriffen werden kann. Jedenfalls geht das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler davon aus, daß den Klägern unter den Umständen des Streitfalls der Gesamtschaden zu ersetzen ist. Der Auffassung der Beklagten, Spekulationsverluste und Aufwendungen, die auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters entstanden wären, seien herauszurechnen, weil sie nicht vom Schutzzweck der verletzten Pflicht umfaßt seien und die Kläger hätten im einzelnen darzulegen, welcher Schaden dann noch verbleibe, kann nicht gefolgt werden. Es steht fest, daß die M-GmbH die mit den Klägern getroffenen Vereinbarungen von vornherein dazu benutzt hat, um Provisionen zu schinden. Jedes einzelne Geschäft war von dieser Motivation getragen. Die sittenwidrige Schädigung besteht demnach nicht allein in einer überhöhten Provisionsbelastung, sondern auch darin, daß die Geschäfte überhaupt ohne Berücksichtigung der Gewinninteressen der Anleger getätigt wurden. Der Schutzzweck des § 826 BGB erfaßt in einem solchen Fall alle entstandenen Verluste, sofern nicht der Schädiger darlegt und beweist, in welchem Umfang sich das Vermögen des Geschädigten völlig unabhängig von den getätigten Geschäften verringert hätte. Diese schadensrechtliche Betrachtung ist auch deshalb geboten, weil bei einem insgesamt von einer sittenwidrigen Motivation getragenen Geschäftsgebaren, wie es hier vorlag, eine Belastung des Geschädigten mit dem Beweis, wie sich seine Vermögenslage bei ordnungsgemäßem Verhalten des Schädigers oder anderweiter Anlage entwickelt hätte, als in der Regel unzumutbar erscheint (vgl. auch BGH, Urteil

vom 28. Februar 1989 - XI ZR 70/88 - WM 1989, 1047, 1048 f.). Die Beklagte haftet demnach für den vom Berufungsgericht festgestellten Gesamtschaden neben der M-GmbH als Gesamtschuldner (§ 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 840 Abs. 1 BGB).

III.

Die Revision ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Müller Greiner Diederichsen

Pauge Zoll