BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 156/09

Verkündet am:
25. Januar 2011
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Ellenberger, Maihold, Dr. Matthias und Pamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Mai 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger, ein deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland, verlangt von der Beklagten, einem Brokerhaus mit Sitz im US-Bundesstaat N. , Schadensersatz wegen Verlusten im Zusammenhang mit Terminoptionsgeschäften an US-amerikanischen Börsen.

2 Die der New Yorker Börsenaufsicht unterliegende Beklagte arbeitet weltweit mit Vermittlern zusammen, denen sie über eine Online-Plattform den Zugang zur Ausführung von Wertpapiergeschäften an Börsen in den USA er-

möglicht, den diese mangels einer dortigen Zulassung sonst nicht hätten. Die Vermittler können die Kauf- und Verkaufsorders ihrer Kunden sowie ihre eigenen anfallenden Provisionen und Gebühren in das Online-System der Beklagten eingeben, wo sie vollautomatisch bearbeitet und verbucht werden.

3 Einer dieser Vermittler ist die B. L. S. GmbH (im Folgenden: BLS) mit Sitz in D. , die über eine deutsche aufsichtsrechtliche Erlaubnis als selbstständige Finanzdienstleisterin verfügt. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und BLS liegt ein am 14. Januar 1997 geschlossenes Verrechnungsabkommen ("Fully disclosed clearing agreement") nebst Ergänzungsvereinbarung zum Online-System der Beklagten vom 15. Oktober 2001 zugrunde. Vor dessen Zustandekommen hatte die Beklagte geprüft, ob BLS über eine aufsichtsrechtliche Erlaubnis verfügte und ob gegen sie aufsichtsrechtliche Verfahren in Deutschland anhängig waren. Nach Ziffern 2.0 und 12.1 des Verrechnungsabkommens ist die Beklagte unter anderem verpflichtet, für die von BLS geworbenen Kunden Einzelkonten einzurichten und hierüber die in Auftrag gegebenen Transaktionen abzuwickeln. In Ziffer 6 des Abkommens werden BLS umfassend alle aufsichts- und privatrechtlichen Pflichten zur Information der Kunden übertragen. Dort heißt es unter anderem:

> "6.1. … Pe. ist nicht verpflichtet, Erkundigungen bezüglich der Tatsachen anzustellen, die mit einer von Pe. für den Korrespondenten [BLS] oder für einen Kunden des Korrespondenten vorgenommenen Ausführung oder Verrechnung verbunden sind. …
>
> 6.3. … Der Korrespondent … sagt weiterhin die Einhaltung … sonstiger Gesetze, Verordnungen oder Bestimmungen zu, die maßgeblich für die Art und Weise und die Umstände sind, die für Konteneinrichtungen oder die Genehmigung von Transaktionen gelten."

4 Nach Ziffer 17.1.4 des Verrechnungsabkommens soll allein BLS verantwortlich sein für jede fahrlässige, unlautere, betrügerische oder kriminelle Hand-

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

lung oder Unterlassung seitens eines ihrer Mitarbeiter oder Agenten. Nach Ziffer 18 des Verrechnungsabkommens soll die Beklagte den Kunden die von BLS angewiesenen Provisionen auf deren Konten belasten und von diesen Beträgen ihre eigene Vergütung abziehen.

5 Der Kläger schloss mit der in D. ansässigen B. & K. GmbH, die zunächst unter B. GmbH firmiert hatte (im Folgenden: B.) und die mit der BLS in Geschäftsbeziehung stand, einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Besorgung und Vermittlung von Termingeschäften. Darin verpflichtete sich B. unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzelkontos bei der Beklagten. Unter der mit "Vergütung" überschriebenen Ziffer 4 dieses Vertrages heißt es unter anderem wie folgt:

> "Für den Kunden entstehen die folgenden Transaktionskosten:
>
> > Bei Aktienoptionen wird pro Optionskontrakt eine Kommission bis zu USD 125,-- pro Markthandlung, also für Ein- und Ausstieg erhoben. Der Minimum-Auftrag beträgt pro Markthandlung 5 Optionen. Von der Kommission erhält die B. bis zu USD 101,-- pro Option und USD 24,-- verbleiben bei dem kontoführenden Institut.
> >
> > Die B. erhebt auf eingehende Beträge eine Managementgebühr von 10 %.
> >
> > Zusätzlich belasten noch transaktionsabhängige Gebühren von Börsen und Aufsichtsinstitutionen, die der Kunde in Betracht ziehen muss.
> >
> > Ein Geschäft kann dabei mehrere Kontrakte umfassen.
> >
> > Die konkreten Kosten für das von Ihnen beabsichtigte Geschäft werden Ihnen gerne auf Anfrage bekanntgegeben.
>
> Ein Geschäft umfasst mehrere Kontrakte (mindestens fünf), für die Kontraktprovisionen und/oder Gebühren jeweils nach Anzahl der Kontrakte anfallen. ..."

6 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages wurde dem Kläger zwecks Eröffnung eines Kontos bei der Beklagten ein englischsprachiges Vertragsformular der Beklagten ("Option Agreement and Approval Form") vorgelegt, das in Ziffer 15 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Schiedsklausel enthält und das der Kläger am 3. September 2002 unterzeichnete, bevor eine Durchschrift des Vertragsformulars über die BLS an die Beklagte weiter geleitet wurde.

7 Damit einhergehend eröffnete die Beklagte auf Weisung von B. für den Kläger ein Transaktionskonto, auf das der Kläger insgesamt 21.220 € einzahlte. Der Kläger, der beginnend mit dem Monat der Unterschriftsleistung Termingeschäfte durchgeführt hatte, erhielt bis Januar 2006 insgesamt 3.128,62 € zurück. Den Differenzbetrag von zuletzt 18.091,38 € zum eingezahlten Kapital zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 1.147,24 € macht er mit der Klage geltend, wobei er sein Zahlungsbegehren ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche unter anderem wegen Beteiligung der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch B. stützt. Die Beklagte ist dem in der Sache entgegen getreten und hat zudem die fehlende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gerügt sowie unter Berufung auf die in Ziffer 15 ihrer Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klage geltend gemacht.

8 Das Landgericht hat die Klage, die der Kläger zwischenzeitlich auf die BLS erweitert und später insoweit wieder zurückgenommen hatte, abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht der Klage mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung und der vorgerichtlichen Kosten stattgegeben.

9 Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für die Revisionsinstanz von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

12 Die Klage sei zulässig und bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung und der vorgerichtlichen Kosten begründet.

13 Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte folge aus § 32 ZPO, weil sich nach dem Klagevorbringen eine bedingt vorsätzliche Beteiligung der Beklagten an einer sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) des Klägers durch die im Inland tätig gewordene B. ergebe. Die Beklagte habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass B. den Kläger ohne die erforderliche Aufklärung zur Durchführung hochriskanter Optionsgeschäfte veranlasst habe. Diese Tathandlungen müsse die Beklagte sich zurechnen lassen. Die Einrede der Schiedsvereinbarung greife nicht durch. Die Schiedsklausel sei unwirksam, weil der Kläger in seiner Person die Voraussetzungen des § 37h WpHG nicht erfülle und er daher subjektiv nicht schiedsfähig sei.

14 Die Entscheidung über deliktische Ansprüche richte sich gemäß Art. 40 f. EGBGB nach deutschem Recht. Gemäß §§ 826, 830 BGB habe der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz.

15 B. habe durch Missbrauch ihrer geschäftlichen Überlegenheit den Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Denn sie habe die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für gewerbliche Vermittler von Terminoptionen bestehende Pflicht verletzt, Kunden vor Vertragsschluss schriftlich die Kenntnisse zu vermitteln, die sie in die Lage versetzen, den Umfang ihres Verlustrisikos und die Verringerung ihrer Gewinnchance durch den Aufschlag auf die Optionsprämie richtig einzuschätzen.

16 Die Beklagte habe sich an dieser vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch B. beteiligt; ob dies als Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe zu qualifizieren sei, könne dahinstehen. Die objektiven Voraussetzungen gemeinschaftlichen Handelns lägen vor, weil die Beklagte auf vertraglicher Grundlage dauerhaft mit BLS zusammengearbeitet und dieser - und damit auch B. als Geschäftspartnerin und Untervermittlerin der BLS - überhaupt erst den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet habe. Außerdem habe die Beklagte das Konto des Klägers, mit dem die Transaktionen durch B. abgewickelt worden seien, geführt. Zudem habe sie am wirtschaftlichen Erfolg des sittenwidrigen Handelns von B. partizipiert.

17 Die objektive Tatbeteiligung sei zumindest bedingt vorsätzlich erfolgt. Die Beklagte habe zumindest ihre Augen vor den sich aufdrängenden Bedenken verschlossen und gewissenlos leichtfertig die von B. vermittelten Aufträge des Klägers zu dessen Nachteil über ihr Online-System ausführen lassen. Die Gefahr, dass B. ihre geschäftliche Überlegenheit gegenüber dem Kläger in sittenwidriger Weise missbrauche, habe für die Beklagte auf der Hand gelegen, weil

sie die extremen Verlustrisiken von Optionsgeschäften mit hohen Gebührenaufschlägen auf die Optionsprämie gekannt habe. Ihr habe auch klar sein müssen, dass die ihr bekannten oder zumindest von ihr bewusst nicht zur Kenntnis genommenen Gebühren der übrigen an der Anlagevermittlung für den Kläger beteiligten Unternehmen diesen einen hohen Anreiz geboten hätten, ihre geschäftliche Überlegenheit zu missbrauchen. Dass die Beklagte eigene Schutzmaßnahmen ergriffen, insbesondere das Vorgehen der BLS bzw. der aus ihrer Sicht für diese als Untervermittlerin tätigen B. in geeigneter Weise überprüft habe, sei nicht ersichtlich. Dass keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen BLS anhängig gewesen seien, rechtfertige keine Rückschlüsse auf deren Geschäftsmethoden und erst recht nicht auf die Methoden der weiteren, mit der BLS zusammenarbeitenden Vermittlerfirmen. Unter diesen Umständen müsse sich einem Broker ein Missbrauch geschäftlicher Überlegenheit jedenfalls dann aufdrängen, wenn - wie im Streitfall - das Chancen-Risiko-Verhältnis durch hohe Aufschläge stark zum Nachteil des Anlegers verschlechtert werde. So hätten - auch ohne Berücksichtigung der von B. erhobenen "Managementgebühr" - bereits die für die Ankaufvorgänge in Rechnung gestellten Gebühren zu einer durchschnittlichen Belastung des Klägers mit Aufschlägen von 32,57% der Optionsprämien geführt. Die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Online-Systems könnten die Beklagte nicht entlasten; ein Blick auf die Kontenbewegungen hätte das extreme Verlustrisiko offenbart. Ferner habe die Beklagte auch als nachgeschaltetes Brokerunternehmen nicht auf eine ordnungsgemäße Aufklärung durch B. vertrauen dürfen; der Vertrauensgrundsatz gelte nicht zugunsten desjenigen, der vor einer sich aufdrängenden Beteiligung an einer unerlaubten Handlung gewissenlos leichtfertig die Augen verschlossen habe. Auch scheitere ein bedingter Vorsatz der Beklagten nicht daran, dass diese möglicherweise nicht mit der Anwendbarkeit deutschen Rechts und bei Anwendung desselben nicht mit der Einstufung ihres Verhaltens als haftungsrelevante

Beteiligung an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch B. gerechnet habe.

18 Schließlich sei der Schadensersatzanspruch nicht verjährt. Dem Kläger seien die den Anspruch begründenden Umstände ohne grobe Fahrlässigkeit erst im Jahr 2006 bekannt geworden, so dass die im November 2006 eingereichte und der Beklagten im Januar 2007 zugestellte Klage die Verjährung gehemmt habe.

II.

19 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

20 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen.

21 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend die - auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende - internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Klagen bejaht. Nach dem im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung maßgeblichen Vortrag der Kläger ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß der hier anwendbaren Regelung des § 32 ZPO gegeben (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 18 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 17 und XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 17).

22 b) Der Geltendmachung eines Anspruchs wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung steht auch die durch die Beklagte erhobene Einrede des Schiedsvertrages nicht entgegen. Die in Ziffer 15 der Ge-

schäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich stützt, ist nach § 37h WpHG unverbindlich. Das Berufungsgericht hat zu Recht die Kaufmannseigenschaft des Klägers als nicht erwiesen angesehen, weil er nach seinen Angaben im Vertragsformular Angestellter bei der Volksfürsorge gewesen ist. Die Kaufmannseigenschaft des Klägers begründende Umstände im Sinne der §§ 1 ff. HGB hat die in der Einredesituation für das wirksame Zustandekommen der Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargelegt (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 22 mwN).

23 2. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat.

24 a) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht allerdings entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. u.a. Senatsurteil vom 22. November 2005 – XI ZR 76/05, WM 2006, 84, 86 mwN) eine Haftung von B. wegen unzureichender Aufklärung über die Chancenlosigkeit der vermittelten Geschäfte bejaht.

25 b) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann aber eine deliktische Teilnehmerhaftung der Beklagten in Bezug auf diese Aufklärungspflichtverletzung nicht bejaht werden. Für die von ihm angenommene bedingt vorsätzliche Teilnahme der Beklagten fehlen insofern die erforderlichen Feststellungen. Das Berufungsgericht hat weder festgestellt, dass die Beklagte positive Kenntnis von der mangelhaften Aufklärung seitens B. hatte, noch hat es Tatsachen festgestellt, aufgrund derer es sich der Beklagten hätte aufdrängen müssen, dass B. nur eine unzureichende Risikoaufklärung vornahm.

III.

26 Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

27 1. Das Berufungsgericht hat allerdings auf der Grundlage seiner rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen im Ergebnis zutreffend ausgeführt, dass B. den Kläger durch die Vermittlung der von vornherein chancenlosen Börsentermin- und Optionsgeschäfte vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem sie ihm von vornherein chancenlose Börsentermin- und Optionsgeschäfte vermittelte.

28 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet ein außerhalb des banküblichen Effektenhandels tätiger gewerblicher Vermittler von Terminoptionen, der von vornherein chancenlose Geschäfte zum ausschließlich eigenen Vorteil vermittelt, nicht nur aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen unzureichender Aufklärung über die Chancenlosigkeit der Geschäfte, sondern auch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB, wenn sein Geschäftsmodell darauf angelegt ist, für den Anleger chancenlose Geschäfte zum ausschließlich eigenen Vorteil zu vermitteln. Einem solchen Vermittler geht es nur darum, hohe Gewinne zu erzielen, indem er möglichst viele Geschäfte realisiert, die für den Anleger aufgrund überhöhter Gebühren und Aufschläge chancenlos sind. Sein Geschäftsmodell zielt damit von vornherein ganz bewusst darauf ab, uninformierte, leichtgläubige Menschen unter sittenwidriger Ausnutzung ihres Gewinnstrebens und ihres Leichtsinns als Geschäftspartner zu gewinnen und sich auf deren Kosten zu bereichern (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 25 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 41, vom 13. Juli 2010 - XI ZR

57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 37 und XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 39 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 40, jeweils mwN).

29 b) Diese Haftungsvoraussetzungen sind nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt. Die von B. verlangten Gebühren brachten das Chancen-Risiko-Verhältnis aus dem Gleichgewicht. Die dadurch verminderte Gewinnchance musste mit zunehmender Anzahl der Optionsgeschäfte noch weiter abnehmen. Bereits die mit der Festschreibung einer Mindestkontraktmenge (fünf) pro Geschäft kombinierte "Roundturn-Commission" von jeweils 125 USD, die an die einzelnen Optionskontrakte anknüpfte und unabhängig von einem zur Glattstellung jeweils erforderlichen Gegengeschäft anfiel, machte selbst für den Fall, dass einzelne Geschäfte Gewinn abwarfen, für die Gesamtinvestition jede Chance auf positive Ergebnisse äußerst unwahrscheinlich und ließ den weitgehenden Verlust der eingesetzten Mittel - wie geschehen - so gut wie sicher erscheinen. Dies gilt auch mit Blick auf die pauschale "Managementgebühr" von 10%, die auf "eingehende Beträge" und damit gleichermaßen auf Einschüsse sowie - was die gewählte Terminologie verschleiert - auf etwaige Gewinne zusätzlich erhoben werden sollte.

30 2. Hingegen halten die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine haftungsrelevante Beteiligung der Beklagten an der durch B. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 830 BGB) bejaht hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

31 a) Rechtlich nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht seiner Beurteilung deutsches Deliktsrecht zugrunde gelegt hat (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 29 ff., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 44 f. und XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 31, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 35 und XI ZR

28/09, WM 2010, 1590 Rn. 37 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 38, jeweils mwN).

32 b) Auch sind die objektiven Voraussetzungen einer Teilnahme im Sinne von § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB gegeben. Nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung hingenommenen Feststellungen hat die Beklagte mit dem "Fully disclosed clearing agreement" eine auf Dauer angelegte Zusammenarbeit mit BLS begründet und dieser - und damit auch der B. als Geschäftspartnerin und Untervermittlerin der BLS - über ihr Online-System den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet, das Transaktionskonto des Klägers geführt, dessen Einzahlungen darauf gebucht sowie die berechneten überhöhten Provisionen und Gebühren von diesem Konto abgebucht und damit am Gesamtvorgang fördernd mitgewirkt (vgl. auch Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 37, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 50, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 46 f. und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 47 mwN).

33 c) Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den Teilnehmervorsatz der Beklagten im Sinne von § 830 BGB bejaht hat, sind hingegen rechtsfehlerhaft.

34 Die Feststellung eines vorsätzlichen Handelns der Beklagten unterliegt als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung im Sinne von § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Sie kann lediglich daraufhin überprüft werden, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365

Rn. 35 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 50 mwN). Dieser Prüfung hält das Berufungsurteil im Ergebnis nicht stand.

35 aa) Das Berufungsgericht hat allerdings rechtsfehlerfrei dem unterstellten Umstand, dass gegen BLS keine aufsichtsrechtlichen Verfahren anhängig waren, keine dem Gehilfenvorsatz der Beklagten entgegenstehende Bedeutung beigemessen. Der Umstand, dass ein Finanzdienstleister eine Erlaubnis der Finanzaufsicht besitzt und von dieser überwacht wird, lässt nicht ohne weiteres auf die zivilrechtliche Unbedenklichkeit seines Verhaltens gegenüber seinen Kunden schließen (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 46, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2035 Rn. 61, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 53 und XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 51 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 54) und ermöglicht insbesondere keine Erkenntnisse über das Verhalten etwaiger Untervermittler.

36 bb) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu Aufklärungspflichten bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Senatsurteil vom 8. Mai 2001 – XI ZR 192/00, BGHZ 147, 343, 353) der Annahme eines Teilnehmervorsatzes nicht entgegensteht, weil es vorliegend um die mögliche Haftung der Beklagten wegen einer bedingt vorsätzlichen Beteiligung an einem sittenwidrigen Geschäftsmodell eines Terminoptionsvermittlers und nicht wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten geht (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 26 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 57, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 54 bzw. XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 50). Zudem kann bei vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen und hierzu vorsätzlich geleisteter Beihilfe, d.h. bei kollusivem Zusammenwirken der beteiligten Wertpapierdienstleis-

tungsunternehmen, ohnehin kein Unternehmen auf die ausreichende Aufklärung des Anlegers durch das andere Unternehmen vertrauen (Senatsurteil vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 53).

37 cc) Auch sind die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 11. März 2004 (I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 - "Internet-Versteigerung"), vom 19. April 2007 (I ZR 35/04, BGHZ 172, 119 - "Internet-Versteigerung II") und vom 30. April 2008 (I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 - "Internet-Versteigerung III"), die sich mit der Haftung des Betreibers einer Internet-Auktionsplattform für Markenrechtsverletzungen durch Anbieter befassen, wegen der nicht vergleichbaren Risiken und der unterschiedlich gelagerten Sachverhalte hier nicht einschlägig (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 45 und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 59).

38 dd) Gleichwohl reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Bejahung des Teilnehmervorsatzes der Beklagten nicht aus.

39 (1) Die subjektiven Voraussetzungen einer haftungsrechtlich relevanten Mitwirkungshandlung sind erfüllt, wenn ein ausländischer Broker, der mit einem deutschen gewerblichen Terminoptionsvermittler zusammenarbeitet, positive Kenntnis von dessen Geschäftsmodell hat, das in der Gebührenstruktur zum Ausdruck kommt, d.h. wenn er die vom Vermittler erhobenen Gebühren und Aufschläge kennt, die die Geschäfte für den Anleger chancenlos machen (vgl. Senatsurteil vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 51 f. mwN).

40 Falls er keine positive Kenntnis der Gebühren und Aufschläge für die von ihm ausgeführten Geschäfte hat, reicht es aus, wenn er das deutsche Recht, die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland und die zurückliegenden zahlreichen Missbrauchsfälle kennt und damit weiß, dass für den

Vermittler aufgrund der hohen Gebührenaufschläge ein großer Anreiz besteht, seine geschäftliche Überlegenheit zum Schaden des Anlegers auszunutzen. In diesem Fall ist es für die Annahme eines bedingten Gehilfenvorsatzes nicht erforderlich, dass der Broker das praktizierte Geschäftsmodell des Vermittlers positiv kennt. Es genügt, dass er das Geschäftsmodell vor Beginn seiner Zusammenarbeit mit dem Vermittler keiner Überprüfung unterzieht, sondern dem Vermittler - wie die Beklagte gegenüber BLS - bei gleichzeitiger Haftungsfreizeichnung deutlich zu erkennen gibt, keine Kontrolle seines Geschäftsgebarens gegenüber seinen Kunden auszuüben und ihn nach Belieben schalten und walten zu lassen. Wenn der Broker auf diese Weise die Augen bewusst vor der sich aufdrängenden Erkenntnis der Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells des Vermittlers verschließt und diesem das unkontrollierte Betreiben seines Geschäftsmodells ermöglicht, überlässt er die Verwirklichung der erkannten Gefahr dem Zufall und leistet zumindest bedingt vorsätzliche Beihilfe zu der unerlaubten Handlung des Vermittlers (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 42 f., vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 52, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 53 und XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 53 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 51, jeweils mwN).

41 Nichts anderes gilt, wenn die Vermittlung chancenloser Terminoptionsgeschäfte und die Anweisung der einzelnen Kauf- und Verkaufsorders für den Anleger nicht unmittelbar durch den Vermittler selbst (dazu Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 40 ff.), sondern mittelbar über einen dem Vermittler - nicht aber dem Broker - vertraglich verbundenen Untervermittler erfolgen. Beihilfe im Sinne von § 830 BGB setzt weder eine kommunikative Verständigung von Haupttäter und Gehilfen auf einen gemeinsamen Tatplan noch eine Mitwirkung des Gehilfen bei der Tatausführung voraus (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1978 - VI ZR 32/77, BGHZ 70, 277, 285; Senatsur-

teil vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 279/03, WM 2005, 28, 29; jeweils mwN); ausreichend ist vielmehr jede bewusste Förderung der fremden Tat. Hat der Broker in einem solchen Fall in Kenntnis der hohen Missbrauchsgefahr dem Vermittler ohne vorherige Prüfung seines Geschäftsmodells bewusst und offenkundig den unkontrollierten Zugang zu seinem Online-System eröffnet und ihm gleichzeitig ausdrücklich die Einschaltung von Untervermittlern gestattet, findet er sich mit der Verwirklichung der erkannten Gefahr ab und nimmt damit die Schädigung von Anlegern durch ein hierbei praktiziertes sittenwidriges Geschäftsmodell billigend in Kauf. Die durch den Broker gegenüber dem Vermittler ausgesprochene Gestattung, im Rahmen seines unkontrolliert gebliebenen Geschäftsmodells Untervermittler einzuschalten, erweitert nicht nur den Kreis der Beteiligten, sondern steigert auch die dem Broker bekannte Missbrauchsgefahr.

42 (2) Diese Voraussetzungen eines Teilnehmervorsatzes der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seinen Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte positive Kenntnis von den Gebühren und Aufschlägen hatte, die der Kläger an B. bzw. BLS zu entrichten hatte. Es ist auch nicht festgestellt, dass die Beklagte die zurückliegenden zahlreichen Missbrauchsfälle kannte und damit wusste, dass für B. aufgrund hoher Gebührenaufschläge ein großer Anreiz bestand, ihre geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Anleger auszunutzen. Allein die vom Berufungsgericht angeführte allgemeine Kenntnis der Beklagten von den wesentlichen Grundlagen, den wirtschaftlichen Zusammenhängen und den extremen Verlustrisiken bei Optionsgeschäften mit hohen Aufschlägen auf die Optionsprämie sowie das Unterlassen eigener Schutzmaßnahmen rechtfertigen nicht den Schluss auf eine Kenntnis oder ein In-Kauf-Nehmen des nach deutschem Recht sittenwidrigen Geschäftsmodells, wie es in dem zwischen dem Kläger und B. zustande gekommenen Geschäftsbesorgungsvertrag dokumentiert ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 54).

IV.

43 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

44 1. Dabei kann vom Vorliegen einer Haupttat, d.h. einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch B. gemäß § 826 BGB und einer objektiven Teilnahmehandlung der Beklagten ausgegangen werden.

45 2. Hingegen sind zu den subjektiven Voraussetzungen einer Teilnahmehandlung der Beklagten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 38 ff.) und gegebenenfalls nach diesbezüglichem ergänzendem Parteivortrag weitere Feststellungen zu treffen.

46 In diesem Zusammenhang kommt es zunächst darauf an, ob die Beklagte die erhobenen Gebühren und Aufschläge, die die Geschäfte für die Kläger aussichtslos machten, positiv kannte. Dabei kann von Bedeutung sein, dass nach der von dem Kläger auf Seite 11 des Schriftsatzes vom 29. März 2007 in Bezug genommenen Ziffer 18.1 Satz 2 des Verrechnungsabkommens BLS der Beklagten ein Verzeichnis der Grundprovisionen übergeben sollte, um die Beklagte in die Lage zu versetzen, den Anlegern Provisionen, Zuschläge oder andere Gebühren bzw. Kosten selbst zu belasten, falls BLS entsprechende Anweisungen nicht innerhalb einer von der Beklagten ausbedungenen Frist erteilt.

47 Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, sind Feststellungen dazu erforderlich, ob die Beklagte die zurückliegenden Missbrauchsfälle kannte und damit wusste, dass für BLS bzw. B. aufgrund der hohen Gebührenaufschläge ein großer Anreiz bestand, ihre geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Kläger auszunutzen. Dabei ist von Bedeutung, ob die geschäftserfahrene Beklagte vor der Begründung ihrer Geschäftsbeziehung zu BLS den Inhalt des deutschen Rechts und der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland ermittelt und dabei auch Kenntnis von den bisherigen Missbrauchsfällen erlangt hat. Gegebenenfalls steht der Umstand, dass im Streitfall mit B. ein nur der BLS - nicht jedoch der Beklagten - vertraglich verbundener (Unter-)Vermittler mit dem Kläger einen Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen und ihm Anlagegeschäfte vermittelt hat, als solcher der Annahme eines Vorsatzes der Beklagten im Sinne vom § 830 BGB nicht entgegen; insbesondere kann sich die Beklagte nicht darauf zurückziehen, sie habe weder von B. noch deren Tätigkeit Kenntnis gehabt. Die Beklagte hatte es nach dem mit BLS geschlossenen Verrechnungsabkommen dieser überantwortet, ihr Anleger zuzuführen und deren Kauf- und Verkaufsorders sowie die anfallenden Provisionen und Gebühren selbst in das Online-System einzugeben. Dabei war der Beklagten bewusst, dass BLS im Rahmen des von ihr jeweils praktizierten Geschäftsmodells nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzten, sondern auch - wie geschehen - Untervermittler einschaltete und diesen die Kontaktaufnahme und Verhandlungen mit den Anlegern überließ. Das wird dadurch belegt, dass sie die Verantwortung für Verfehlungen unter anderem von Beauftragten der BLS in Form einer Haftungsfreistellung auf BLS abgewälzt hat (vgl. Ziffer 17.1.4 der Verrechnungsabkommen) und dieser sogar die Entscheidung darüber überlassen hat, ob und gegebenenfalls welchen ihrer Kunden, Mitarbeiter oder Beauftragten der Zugang zum Online-System der Beklagten eröffnet werden solle (vgl. Ziffer 6.1 der Ergänzungsvereinbarung vom 15. Oktober 2001).

48 3. Sollte das Berufungsgericht erneut zu einer Haftung der Beklagten gelangen, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass entgegen der Auffassung der Revision ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers wegen vorsätzlicher Teilnahme der Beklagten an dem auf eine sittenwidrige Schädigung des Anlegers ausgerichteten Geschäftsmodell von B. (§§ 826, 830 BGB) nicht verjährt ist. Die Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB war bei Klageerhebung im Jahr 2007 noch nicht abgelaufen, so dass diese zur Hemmung der Verjährung geführt hat (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Vorliegend hatten die Kläger vor dem 1. Januar 2004 weder positive Kenntnis von einer Beteiligung der Beklagten am sittenwidrigen Geschäftsmodell von B., noch beruhte ihre Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit.

49 a) Nach §§ 195, 199 BGB beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre beginnend vom Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsteller Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen sowie der Person des Schuldners hat oder diese Kenntnis infolge grober Fahrlässigkeit nicht hat. Geht es - wie hier - um die Frage einer deliktischen Haftung eines Brokers wegen bedingt vorsätzlicher Teilnahme an einem sittenwidrigen Geschäftsmodell, kann von einer Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Anlegers nur ausgegangen werden, wenn ihm sowohl die Umstände, die in Bezug auf dieses Geschäftsmodell einen Ersatzanspruch begründen, als auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass auch der das Transaktionskonto führende und die einzelnen Aufträge des Anlegers ausführende Broker als möglicher Haftender in Betracht kommt, bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 46).

50 b) Beides war hier vor der im Jahr 2006 erfolgten Mandatierung seiner Prozessbevollmächtigten durch den Kläger nicht der Fall. Der Einwand der Re-

vision, der Kläger habe bei Schadenseintritt bereits anhand der Abrechnungen aus den Jahren 2002 bis 2005 Kenntnis von der Transaktionsabhängigkeit der Gebühren, von der Höhe der Aufschläge auf den jeweiligen Optionspreis sowie von deren negativen Auswirkungen auf seine Gewinnchancen gehabt und von Beginn an anhand des Kontoführungsvertrages und der Geschäftsbedingungen gewusst, dass die Beklagte den Vermittlern ihr Online-System angeboten und Schutzmaßnahmen gegenüber den Anlegern ausdrücklich ausgeschlossen habe, greift nicht durch. Damit zeigt die Revision keine Umstände auf, die auf die Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells von B. schließen ließen oder zu weiteren Nachforschungen oder der Einholung von Rechtsrat Anlass gaben. Die Verluste hätten aus Sicht des Klägers auch auf den Marktgegebenheiten beruhen können. Jedenfalls waren dem Kläger keine Umstände bekannt, die die Beklagte als mögliche deliktisch Haftende in Frage kommen ließen. Da die Beklagte nicht Vertragspartnerin des Geschäftsbesorgungsvertrages war und gegenüber dem Kläger nur als kontoführendes Institut auftrat, konnten die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB allenfalls vorliegen, wenn dem Kläger zusätzlich zu der - hier nicht vorhandenen - Kenntnis von Umständen, die den Schluss auf die Chancenlosigkeit der von B. vermittelten Geschäfte zuließen, Umstände bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen wären, aus denen sich ergab, dass die Beklagte sich bedingt vorsätzlich an dem von B. praktizierten Geschäftsmodell beteiligte. Dafür ist nichts ersichtlich. Die maßgeblichen Umstände für die Beurteilung der Frage, ob die Beklagte sich an einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der B. gemäß § 826 BGB in haftungsrelevanter Weise vorsätzlich im Sinne von § 830 BGB beteiligt hat, stehen im Zusammenhang mit der Begründung der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und BLS und ergeben sich unter anderem aus dem Verrechnungsabkommen vom 14. Januar 1997 und der Ergänzungsvereinbarung zum Online-System der Beklagten vom 15. Oktober 2001 (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli

2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 47). Dass der Kläger hiervon vor dem Jahr 2006 Kenntnis erlangt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat, ist weder festgestellt noch dem Parteivortrag zu entnehmen.

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 27.05.2008 - 10 O 462/06 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 07.05.2009 - I-6 U 95/08 -