BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 350/08

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 1031 Abs. 5
EGBGB Art. 29 Abs. 3 aF

Zur Formnichtigkeit einer Schiedsklausel in einem Vertrag zwischen einem ausländischen Broker und einem inländischen Verbraucher, der die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen zum Gegenstand hat.

BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - XI ZR 350/08 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

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:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. November 2008 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger, deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland, verlangen von der Beklagten, einem Brokerhaus mit Sitz im US-Bundesstaat N. , Schadensersatz wegen Verlusten im Zusammenhang mit Termin-optionsgeschäften 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 ermöglicht, 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.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

3 Zwei dieser Vermittler sind die B. L. S. GmbH (im Folgenden: BLS) mit Sitz in D. und die P. AG (im Folgenden: P.) mit Sitz in M. , die jeweils über eine deutsche aufsichtsrechtliche Erlaubnis als selbstständige Finanzdienstleister verfügen. Den Geschäftsbeziehungen zwischen der Beklagten und BLS bzw. P. liegen am 14. Januar 1997 bzw. am 25. Januar 2002 geschlossene Verrechnungsabkommen ("Fully disclosed clearing agreement") zugrunde. Vor deren Zustandekommen hatte die Beklagte jeweils geprüft, ob BLS bzw. P. über eine aufsichtsrechtliche Erlaubnis verfügten und ob gegen sie aufsichtsrechtliche Verfahren in Deutschland anhängig waren. Nach Ziffern 2.0 und 12.1 der Verrechnungsabkommen ist die Beklagte unter anderem verpflichtet, für die von BLS bzw. P. geworbenen Kunden Einzelkonten einzurichten und hierüber die in Auftrag gegebenen Transaktionen abzuwickeln. In Ziffer 6 der Abkommen werden BLS bzw. P. 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 bzw. P.] 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 der Verrechnungsabkommen soll allein BLS bzw. P. verantwortlich sein für jede fahrlässige, unlautere, betrügerische oder kriminelle Handlung oder Unterlassung seitens eines ihrer Mitarbeiter oder Agenten. Nach Ziffer 18 der Verrechnungsabkommen soll die Beklagte den Kunden die von BLS bzw. P. angewiesenen Provisionen auf deren Konten belasten und von diesen Beträgen ihre eigene Vergütung abziehen.

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

5 Die Kläger schlossen nach vorausgegangener telefonischer Werbung mit der in D. ansässigen B. & K. Finanz GmbH, die zunächst unter B. GmbH firmiert hatte (im Folgenden: B.) und die sowohl mit BLS als auch mit P. in vertraglicher Verbindung stand, jeweils 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 in dem Vertrag, der gegenüber einem Teil der Kläger verwendet wurde, 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 78,-- pro Option und USD 47,-- 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 In dem Vertrag, der gegenüber dem anderen Teil der Kläger verwendet wurde, heißt es, dass B. USD 101 pro Option erhält und USD 24 beim kontoführenden Institut verbleiben.

7 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des jeweiligen Geschäftsbesorgungsvertrages legte B. den Klägern ein englischsprachiges Vertragsformular der Beklagten ("Option Agreement and Approval Form") vor, das in Ziffer 15 seiner rückseitig abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine Schiedsklausel enthält und das die Kläger am 9. Juli 2003 (Kläger zu 1), am 14. September 2001 (Kläger zu 2) bzw. am 18. März 2003 (Kläger zu 3) unterzeichneten.

8 Damit einhergehend eröffnete die Beklagte auf Weisung von P. für die Kläger zu 1) und zu 3) bzw. auf Weisung von BLS für den Kläger zu 2) jeweils ein Transaktionskonto, auf das die Kläger insgesamt 15.200 € (Kläger zu 1), 383.633 € (Kläger zu 2) bzw. 173.700 € (Kläger zu 3) einzahlten. Die Beklagte übersandte in der Folgezeit turnusmäßig an die Kläger Kontoauszüge, denen sie alle drei Monate ein Merkblatt ("Terms and Conditions") beifügte, das eine vom Vertragsformular abweichende Schiedsklausel mit dem auf diese bezogenen Hinweis der Maßgeblichkeit New Yorker Rechts enthielt. Die zahlreich durchgeführten Terminoptionsgeschäfte der Kläger führten überwiegend und auch in der Summe zu Verlusten. Bei Beendigung der jeweiligen Geschäftsbeziehung im Januar 2006 erhielten die Kläger einen Betrag von 2.258,59 € (Kläger zu 1), 93,32 € (Kläger zu 2) bzw. 43.845,62 € (Kläger zu 3) zurück. Den jeweiligen Differenzbetrag von 12.941,41 € (Kläger zu 1), 383.539,68 € (Kläger zu 2) bzw. zuletzt 129.854,38 € (Kläger zu 3) zum eingezahlten Kapital zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 408,20 € (Kläger zu 1), 2.231,74 € (Kläger zu 2) und 1.335,16 € (Kläger zu 3) machen sie mit den Klagen geltend, wobei sie ihr Zahlungsbegehren ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche unter anderem wegen Beteiligung der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch B. zusammen mit BLS bzw. P. stützen. Die Beklagte ist dem in der Sache entgegen getreten und hat zudem die fehlende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gerügt so-

wie unter Berufung auf die in Ziffer 15 ihrer Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht.

9 Das Landgericht hat die Klagen und die auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren gerichteten Hilfswiderklagen abgewiesen. Auf die hiergegen gerichteten Berufungen der Kläger hat das Berufungsgericht den Klagen weitgehend stattgegeben; über die mit den Anschlussberufungen der Beklagten weiter verfolgten Hilfswiderklagen hat es keine Entscheidung getroffen.

10 Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte hinsichtlich der Klagen die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils sowie die Verurteilung der Kläger zur Zahlung der mit den Hilfswiderklagen verfolgten außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision ist unbegründet.

I.

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

13 Die Klagen seien zulässig. 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) der Kläger durch die im Inland tätig gewordene B. ergebe. Die Beklagte habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass B. die Kläger insbesondere 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 im Verhältnis zum Kläger zu 3) nach § 37h WpHG unwirksam, da er kein Kaufmann und daher subjektiv nicht schiedsfähig sei. Im Verhältnis zum Kläger zu 2) finde § 37h WpHG zeitlich noch keine Anwendung. Ob der Kläger zu 1) sich auf diese Vorschrift berufen könne oder ob er Kaufmann im Sinne von § 1 HGB sei, könne offen bleiben. Die Schiedsklausel sei jedenfalls in entsprechender Anwendung des Art. 42 EGBGB unwirksam, weil sie in Verbindung mit dem Merkblatt im Ergebnis auf eine vorweggenommene Wahl New Yorker Rechts hinauslaufe, was die Anwendung deutschen Rechts durch ein ausländisches Schiedsgericht nicht erwarten lasse. Die Berufung der Kläger auf die hieraus folgende Unwirksamkeit der Schiedsklausel sei nicht treuwidrig.

14 Die Klage sei auch begründet. Die Kläger hätten gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wegen einer gemeinsam mit B. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 830 BGB).

15 Nach Maßgabe des im Streitfall anwendbaren deutschen Rechts habe die Beklagte sich an einer durch B. begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 BGB beteiligt (§ 830 BGB). B. habe als gewerbliche Vermittlerin von Terminoptionen die 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. Hierzu habe

die Beklagte objektiv einen Tatbeitrag geleistet, indem sie der über keine Börsenzulassung für die USA verfügenden B. über BLS bzw. P. den Zugang zur New Yorker Börse ermöglicht habe. Dabei habe die Beklagte zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt, denn sie habe billigend in Kauf genommen, dass Anleger ohne hinreichende Aufklärung zu hochspekulativen Börsentermingeschäften veranlasst wurden. Die Beklagte, die als international operierendes großes Online-Brokerhaus durch Rahmenverträge mit deutschen Vermittlerfirmen eine Verbindung zu Deutschland geknüpft habe, habe nämlich das aufsichtsrechtliche Erfordernis einer Genehmigung und die langjährig bestehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Sittenwidrigkeit der Tätigkeit so genannter Terminoptionsvermittler ebenso in Grundzügen gekannt wie zurückliegende zahlreiche Fälle unzureichender Risikoaufklärung. Deshalb habe sie Veranlassung gehabt, Erkundigungen über die Seriosität der BLS bzw. P. und die von diesen eingesetzten Untervermittler einzuholen. Die von der Beklagten vorgenommene Prüfung, ob eine Genehmigung nach dem Kreditwesengesetz (KWG) vorlag, sei ungenügend gewesen, weil sie keinen Aufschluss über die Erfüllung von Aufklärungspflichten der Vermittler gebe. Gleiches gelte für eine bei den Vermittlern eingeholte Selbstauskunft und die öffentlich-rechtliche Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BAFin). Indem die Beklagte sich insbesondere nicht über die Höhe der anfallenden Gebühren informiert habe, habe sie bewusst die Augen vor dem drohenden Verlust der Kunden verschlossen. Damit habe sie die Verwirklichung der nahe liegenden Gefahr des Missbrauchs geschäftlicher Überlegenheit durch B. in Kauf genommen und zu deren sittenwidrigem Handeln zumindest bedingt vorsätzlich Hilfe geleistet. Insofern sei die Einlassung der Beklagten, sie habe von der Einschaltung von Untervermittlern durch BLS bzw. P. keine Kenntnis gehabt, unerheblich; die Beklagte sei sich der Missbrauchsgefahr bewusst gewesen, weshalb es irrelevant sei, welches Unternehmen letztendlich die Kunden vermitteln würde. Auch

könne die Beklagte sich nicht unter Hinweis auf die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Online-Systems entlasten; ein Blick auf die Kontenbewegungen hätte das extreme Verlustrisiko offenbart. Ferner stehe die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in BGHZ 147, 343 ff. der Annahme eines bedingten Vorsatzes der Beklagten nicht entgegen, weil es nicht um die Verletzung eigener Aufklärungspflichten der Beklagten gehe, sondern um deren Mitwirkung an einer sittenwidrigen Schädigung durch B. Schließlich seien die geltend gemachten Ansprüche nicht verjährt; es sei nicht ersichtlich, dass die Kläger vor dem Jahr 2006 von Umständen Kenntnis gehabt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gehabt hätten, aus denen sich ergeben habe, dass die Beklagte als mögliche Haftende in Betracht komme.

II.

16 Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

17 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Klagen ausgegangen.

18 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend die - auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende - internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Klage 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).

19 b) Der Geltendmachung eines Anspruchs wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung steht auch die durch die Beklagte erhobene Einrede des Schiedsvertrages nicht entgegen.

20 aa) Dem Kläger zu 3) fehlt bereits die subjektive Schiedsfähigkeit, weil er nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts kein Kaufmann ist, so dass die in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich stützt, nach § 37h WpHG unverbindlich ist (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 20 f. und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 21 f., jeweils mwN). Ob der Kläger zu 1) Kaufmann ist, hat das Berufungsgericht offen gelassen, so dass nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Beklagten § 37h WpHG in Bezug auf ihn der Verbindlichkeit der Schiedsklausel nicht entgegensteht. In Bezug auf das im Jahr 2001 begründete Rechtsverhältnis des Klägers zu 2) ist der am 1. Juli 2002 in Kraft getretene § 37h WpHG - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - zeitlich noch nicht anwendbar.

21 bb) Im Verhältnis zu den Klägern zu 1) und 2) ist die Schiedsklausel deswegen unwirksam, weil sie formungültig ist.

22 (1) Wie der Senat bereits zu einer vergleichbaren von der Beklagten verwendeten Schiedsklausel entschieden und im einzelnen begründet hat, wahrt sie die Schriftform des Art. II UNÜ nicht (vgl. Senatsurteile vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 25 ff. und - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 19 ff., jeweils mwN).

23 (2) Schließlich genügt die Schiedsklausel auch nicht den Formvorschriften des deutschen Rechts (§ 1031 Abs. 5 ZPO), dessen Anwendung hier über den Meistbegünstigungsgrundsatz (Art. VII UNÜ) eröffnet ist.

24 Zustandekommen und Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung bemessen sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Kollisionsfall nach den Regeln des deutschen internationalen Privatrechts (BGH, Urteile vom 28. November 1963 - VII ZR 112/62, BGHZ 40, 320, 322 f.; vom 29. Februar 1968 - VII ZR 102/65, BGHZ 49, 384, 386; Senatsurteile vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 30 und - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 26). Die danach im Streitfall zeitlich noch anwendbaren Art. 27 ff. EGBGB aF (vgl. BGH, Beschluss vom 21. September 2005 - III ZB 18/05, WM 2005, 2201, 2203) führen in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem für die Schiedsvereinbarung keine Rechtswahl getroffen ist, zur Geltung des Sachrechts des Staates, in dem der Anleger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn die Schiedsklauseln in Verbraucherverträgen i.S. von Art. 29 EGBGB aF enthalten sind (vgl. Senatsurteile vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 35 und - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 29).

25 Danach ist deutsches Recht anzuwenden, da die Kläger zu 1) und 2) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben und es sich bei den Kontoführungsverträgen, in denen die Schiedsklausel enthalten ist, um Verbraucherverträge handelt. Die Kläger haben ausdrücklich vorgetragen, dass sie die streitgegenständlichen Geschäfte zu privaten Zwecken und damit als Verbraucher getätigt haben. Demgegenüber haben die in der Einredesituation für das wirksame Zustandekommen der Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 22) keine die Verbrauchereigenschaft der Kläger zu 1) und 2) entgegenstehenden Umstände dargelegt. Der allgemeine Hinweis auf eine "selbstständige" Tätigkeit dieser Kläger bzw. der Tätigkeit des Klägers zu 2) als Bauingenieur stehen eine Verbrauchereigenschaft schon deswegen nicht entgegen, weil Bank- und Börsengeschäfte, die der Pflege des eigenen Vermögens dienen, grundsätzlich nicht als berufliche oder gewerbliche Tätigkeit gelten (vgl.

Senatsurteile vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86 und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 34; OLG Frankfurt, WM 2009, 718, 719; Reithmann/Martiny/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 2351; Staudinger/Magnus, BGB [2002], Art. 29 EGBGB Rn. 33).

26 Art. 29 (Abs. 1 - 3) EGBGB aF ist vorliegend nicht durch Art. 29 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EGBGB aF ausgeschlossen. Die Beklagte hatte nach dem maßgeblichen Vertragsinhalt Geldleistungen - etwaige Gewinne bzw., wie im Fall der Kläger zu 2) und zu 3) geschehen, bei Vertragsende auf dem Transaktionskonto vorhandene Anlagegelder - in den gewöhnlichen Aufenthaltsstaat der Anleger zu übermitteln, so dass es sich bei dem Kontoführungsvertrag nicht um einen ganz in einem anderen Staat als dem gewöhnlichen Aufenthaltsstaat der Kläger abzuwickelnden Dienstleistungsvertrag im Sinne von Art. 29 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EGBGB aF handelt (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 36 mwN).

27 Da Verträge deutscher Verbraucher vorliegen, sind aufgrund der besonderen Kollisionsnorm des Art. 29 Abs. 3 Satz 2 EGBGB aF (vgl. dazu PWW/Remien, BGB, 5. Aufl., ex Art. 29 EGBGB Rn. 24 mwN), die Formvorschriften des deutschen Rechts maßgeblich. Die Voraussetzungen der danach auf Schiedsabreden anwendbaren strengen - den Verbraucherschutz betonenden - Formvorschrift des § 1031 Abs. 5 ZPO sind nicht erfüllt. Die Urkunden, in der sich die Schiedsabreden befinden, enthalten auch andere Vereinbarungen, die sich nicht auf das schiedsgerichtliche Verfahren beziehen, und sind auch nicht eigenhändig von beiden Vertragsparteien unterzeichnet worden.

28 2. Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Beteiligung an einer durch B. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) der Kläger bejaht.

29 a) Das Berufungsgericht hat auf Grundlage seiner rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen im Ergebnis zutreffend ausgeführt, dass B. die Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem sie ihnen von vornherein chancenlose Börsentermin- und Optionsgeschäfte vermittelte.

30 aa) 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.).

31 bb) Diese Haftungsvoraussetzungen sind nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt. Die von B. verlangten Gebühren, die in das Online-System der Beklagten eingegeben wurden, brachten das Chancen-Risiko-Verhältnis aus dem Gleichgewicht. Die dadurch verminderte Gewinn-

chance musste mit zunehmender Anzahl der Optionsgeschäfte, die B. nach Belieben steigern konnte, 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.

32 b) Entgegen der Ansicht der Revision hat die Beklagte zumindest bedingt vorsätzlich Beihilfe zu der unerlaubten Handlung der B. geleistet (§ 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB).

33 aa) 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).

34 bb) Das Berufungsgericht hat auch die Teilnahme der Beklagten an der unerlaubten Handlung des B. im Ergebnis zu Recht bejaht.

35 (1) Die Voraussetzungen für die Teilnahme an einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 830 BGB richten sich nach den für das Strafrecht entwi-

ckelten Grundsätzen. Demgemäß verlangt die Teilnahme 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. In objektiver Hinsicht 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 ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 34, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 47, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 43, 47 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 44, 48, jeweils mwN).

36 Da sich in Fällen der vorliegenden Art nur ausnahmsweise eine ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten zur Vornahme sittenwidriger Handlungen oder eine ausdrückliche Zusage eines Beteiligten zur Hilfeleistung wird feststellen lassen, ergibt sich die Notwendigkeit, die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles, 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. Ist - wie hier - ein sittenwidriges Verhalten festgestellt, unterliegt die tatrichterliche Würdigung, ein Dritter habe daran mitgewirkt, nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Sie kann lediglich darauf überprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine Teilnahme verkannt und ob bei der Würdigung der Tatumstände der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 35, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 48, vom

13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 44, 49 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 45, 50 mwN).

37 (2) Danach hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler sowohl die objektiven als auch die subjektiven Merkmale einer nach § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB haftungsrelevanten Teilnahmehandlung bejaht.

38 (a) Die objektiven Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und von der Revision als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung hingenommenen Feststellungen hat die Beklagte über BLS bzw. P. der B. den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet, für die Kläger jeweils ein Transaktionskonto eröffnet und die Einzahlungen der Kläger darauf gebucht sowie die berechneten überhöhten Provisionen und Gebühren von diesen Konten 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).

39 (b) Auch die tatrichterliche Bejahung der subjektiven Voraussetzungen für eine haftungsbegründende Teilnahme der Beklagten ist nicht zu beanstanden.

40 (aa) 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.

dazu Senatsurteil vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 51 f. mwN).

41 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 bzw. P. - 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 (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).

42 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; Senatsurteil 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.

43 (bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht eine tragfähige Grundlage für eine haftungsrechtlich relevante Mitwirkungshandlung der Beklagten auch in subjektiver Hinsicht im Ergebnis rechtsfehlerfrei angenommen.

44 (aaa) Nach den unangegriffenen Feststellungen, die das Berufungsgericht als Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung getroffen hat, kannte die Beklagte bei Begründung ihrer Geschäftsbeziehung mit BLS und P. und der damit verbundenen Eröffnung des Zugangs

zu ihrem vollautomatisch arbeitenden Online-System nicht nur das deutsche Recht und die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland, sondern hatte sie auch Kenntnis von den zurückliegenden zahlreichen Missbrauchsfällen. Damit wusste sie, dass für einen gewerblichen Terminoptionsvermittler wie B. aufgrund der hohen Gebühren ein großer Anreiz bestand, seine geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Anleger auszunutzen.

45 Nach diesem Maßstab steht im Streitfall der Umstand, dass mit B. ein nur der BLS bzw. P. - nicht jedoch der Beklagten - vertraglich verbundener (Unter-)Vermittler die Kläger geworben, ihnen das Vertragsformular der Beklagten zur Unterzeichnung ausgehändigt, mit ihnen einen Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen und die 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 den mit BLS bzw. P. geschlossenen Verrechnungsabkommen und durch Überlassung ihrer Vertragsformulare an BLS bzw. P. diesen überantwortet, ihr Anleger zuzuführen und deren Kauf- und Verkaufsorders sowie ihre eigenen anfallenden Provisionen und Gebühren in das Online-System einzugeben. Dabei war der Beklagten bewusst, dass BLS bzw. P. im Rahmen des von ihnen jeweils praktizierten Geschäftsmodells nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzten, sondern auch - wie geschehen - Untervermittler einschalteten und diesen die Vertragsformulare sowie die Kontaktaufnahme und Verhandlungen mit den Anlegern überließen. Das wird dadurch belegt, dass sie die Verantwortung für Verfehlungen unter anderem von Beauftragten der BLS bzw. P. in Form einer Haftungsfreistellung auf BLS bzw. P. abgewälzt hat (vgl. Ziffer 17.1.4 der Verrechnungsabkommen) und überdies etwa BLS sogar die Entscheidung darüber überließ, ob und gegebenenfalls welchen ihrer Kunden, Mitarbeiter oder Beauftragten der Zugang zum Online-System der Beklagten eröffnet wurde (vgl. Zif-

fer 6.1 der zwischen der Beklagten und BLS getroffenen Ergänzungsvereinbarung zum Online-System der Beklagten vom 15. Oktober 2001).

46 Vor diesem Hintergrund hat die Beklagte, indem sie BLS bzw. P. den Zugang zu ihrem vollautomatischen Online-System von vornherein ohne geeignete Kontrollmaßnahmen eröffnete, eine als möglich vorgestellte vorsätzlich sittenwidrige Schädigung der Anleger durch B. billigend in Kauf genommen. Dass sie das Geschäftsmodell, das B. - hier mit den Klägern - praktizierte, nicht positiv kannte, steht der Annahme eines bedingten Vorsatzes der Beklagten nicht entgegen. Die Beklagte hat zumindest so leichtfertig gehandelt, dass sie die als möglich erkannte Schädigung der Kläger in Kauf genommen haben muss. Die Beklagte, die B. über BLS bzw. P. mit der Eröffnung des Zugangs zu ihrem automatischen Online-System die faktische Ausführung der Transaktionen mit Wirkung für die Anleger und deren Anlagegelder ermöglicht hat, hat trotz der ihr bekannten hohen Missbrauchsgefahr nach ihrem eigenen Vorbringen das Geschäftsmodell von BLS bzw. P. und B. nicht vorab anhand der von deren Untervermittlerin B. vorgehaltenen Vertragsformulare geprüft. Sie hat gegenüber BLS bzw. P. im Verrechnungsabkommen deutlich zu erkennen gegeben, keine Kontrolle ihres Geschäftsgebarens gegenüber ihren Kunden auszuüben (vgl. Ziffer 6.1 der Verrechnungsabkommen), sie also nach Belieben "schalten und walten" zu lassen. Indem sie damit die Augen bewusst vor der sich aufdrängenden Erkenntnis einer Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells von BLS bzw. P. und B. verschloss und diesen gleichwohl ermöglichte, dieses Geschäftsmodell unkontrolliert zu betreiben, hat sie die Verwirklichung der erkannten Gefahr dem Zufall überlassen und zumindest bedingt vorsätzlich Beihilfe zu der unerlaubten Handlung des B. geleistet. Dies wird auch dadurch belegt, dass sie vertraglich jede Verantwortung für den Missbrauch ihres Online-Systems auf BLS bzw. P. abgewälzt hat (vgl. Ziffer 6.3 der Verrechnungsabkommen).

47 Entgegen der Auffassung der Revision musste das Berufungsgericht keine konkreten Ausführungen zum Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Beklagten machen, da sich dieses ohne Weiteres aus den vom Berufungsgericht gewürdigten Indizien - insbesondere auch aus den Regelungen in Ziffer 6 der Verrechnungsabkommen - ergibt (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 44 und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 58).

48 (bbb) Entgegen der Ansicht der Revision 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, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, wegen der nicht vergleichbaren Risiken und der unterschiedlich gelagerten Sachverhalte hier nicht einschlägig. Terminoptionsgeschäfte sind bereits ihrem Wesen nach in erheblichem Maße risikobehaftet, weshalb gewerbliche Vermittler von Terminoptionsgeschäften, wie dargelegt, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht nur besonders strengen Aufklärungspflichten unterliegen, sondern bei Missbrauch ihrer geschäftlichen Möglichkeiten zum Nachteil der Kunden auch nach § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung haften. Zu diesem allgemeinen geschäftsimmanenten hohen Risiko, das nicht ohne Auswirkungen auf die Prüfpflichten eines Brokerhauses bleiben kann, das - wie die Beklagte - Vermittlern den Zugang zu seinem Online-System eröffnet, kommt hinzu, dass vorliegend B. bzw. BLS und P. über das automatisierte Online-System der Beklagten die Möglichkeit hatten, die Transaktions- und Gebührenanweisungen mit Wirkung für die Anleger und deren Transaktionskonto faktisch selbst durchzuführen. Damit war B. bzw. BLS und P., anders als einem

Anbieter auf einer Internet-Auktionsplattform, der unmittelbare Zugriff auf die bereits auf das Transaktionskonto eingezahlten Anlagegelder der Anleger eröffnet (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).

49 (ccc) 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 und - 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 Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 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).

50 (3) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die von der Beklagten zur Überprüfung der Seriosität von BLS bzw. P. ergriffenen Maßnahmen als ungeeignet angesehen. Selbstverständlich muss ein ausländischer Broker - wie die Beklagte - vor Begründung einer Geschäftsbeziehung nach Deutschland zunächst den Inhalt des deutschen Rechts ermitteln und sich vergewissern, dass potenzielle Geschäftspartner - wie BLS bzw. P. - die Erlaubnis nach § 32 KWG tatsächlich besitzen und keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen sie

geführt werden. Damit darf sich der Broker jedoch nicht begnügen; vielmehr muss er jedenfalls dann, wenn er - wie oben dargelegt die Beklagte - eine besondere Gefährdungslage schafft, auch prüfen, ob das Geschäftsmodell seines potenziellen Geschäftspartners zivilrechtlich sittenwidrig ist. Das ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil der Vermittler eine Erlaubnis gemäß § 32 KWG hat und der Aufsicht der BAFin unterliegt. Die zivilrechtliche Unbedenklichkeit des tatsächlichen Verhaltens des Erlaubnisinhabers gegenüber Kunden im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit kann weder der Erlaubnis noch dem Bestehen der Finanzmarktaufsicht entnommen werden (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, 2025 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, jeweils mwN).

51 c) Entgegen der Auffassung der Revision ist der Schadensersatzanspruch der Kläger wegen vorsätzlicher Teilnahme der Beklagten an dem auf eine sittenwidrige Schädigung der Anleger ausgerichteten Geschäftsmodell von B. (§§ 826, 830 BGB) nicht verjährt.

52 aa) Vorliegend finden die seit dem 1. Januar 2002 geltenden Verjährungsvorschriften auch auf den vom Kläger zu 2) geltend gemachten Anspruch Anwendung. Der deliktsrechtliche Schadensersatzanspruch des Klägers zu 2) war an diesem Stichtag noch nicht nach § 852 BGB aF verjährt, so dass gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB die seit dem 1. Januar 2002 geltenden Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB nF maßgeblich sind (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 41 mwN).

53 bb) Die Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB nF 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.

54 Nach §§ 195, 199 BGB nF 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).

55 Beides war entgegen der Auffassung der Revision hier vor dem 1. Januar 2004 nicht der Fall. Den Klägern waren mit der bloßen Kenntnis davon, dass ab den Jahren 2001 (Kläger zu 2) bzw. 2003 (Kläger zu 1 und zu 3) überwiegend Verluste realisiert wurden, noch keine Umstände bekannt, die auf die Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells von B. schließen ließen oder zu weiteren Nachforschungen oder der Einholung von Rechtsrat Anlass gaben. Die Verluste konnten aus Sicht der Kläger auch auf den Marktgegebenheiten beruhen. Ferner waren den Klägern keine Umstände bekannt, die die Beklagte als mögliche deliktisch Haftende in Frage kommen ließen. Da die Beklagte nicht

Vertragspartnerin der Geschäftsbesorgungsverträge war und gegenüber den Klägern nur als kontoführendes Institut auftrat, konnten die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB allenfalls vorliegen, wenn den Klägern 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 des B. gemäß § 826 BGB in haftungsrelevanter Weise vorsätzlich im Sinne von § 830 BGB beteiligt hat, stehen im Zusammenhang mit der Begründung der jeweiligen Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und BLS bzw. P., die sich ihrerseits der B. als Untervermittlerin bedienten, und ergeben sich unter anderem aus den Verrechnungsabkommen vom 14. Januar 1997 bzw. vom 25. Januar 2002. Dass die

Kläger hiervon vor dem 1. Januar 2004 Kenntnis erlangt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt haben, ist weder festgestellt noch dem Parteivortrag zu entnehmen.

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.03.2008 - 15 O 110/07 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.11.2008 - I-9 U 89/08 -