BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 22/10

Verkündet am:
22. März 2011
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 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 29. Dezember 2009 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 18. März 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden 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 Die Kläger (nachfolgend: Klägerseite), mit Wohnsitz in Deutschland (Kläger zu 1, zu 3 und zu 4) bzw. Österreich (Kläger zu 2), verlangen 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 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.

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 selbstständiger Finanzdienstleister verfügten. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und BLS bzw. P. liegt ein Verrechnungsabkommen ("Fully disclosed clearing agreement") zugrunde. Vor dessen Zustandekommen hatte die Beklagte geprüft, ob BLS bzw. P. über eine aufsichtsrechtliche Erlaubnis verfügten und ob gegen sie aufsichtsrechtliche Verfahren in Deutschland anhängig waren. Nach den Regelungen des Verrechnungsabkommens ist die Beklagte unter anderem verpflichtet, für die vom Vermittler geworbenen Kunden Einzelkonten einzurichten und hierüber die in Auftrag gegebenen Transaktionen abzuwickeln. Alle aufsichts- und privatrechtlichen Pflichten zur Information der Kunden werden durch das Verrechnungsabkommen dem Vermittler übertragen, der für jede fahrlässige, unlautere, betrügerische oder kriminelle Handlung oder Unterlassung seitens eines seiner Mitarbeiter oder Agenten allein verantwortlich sein soll. Die Beklagte soll den Kunden die vom Vermittler angewiesenen Provisionen auf deren Konten belasten und von diesen Beträgen ihre eigene Vergütung abziehen.

4 Die Klägerseite schloss nach vorausgegangener Werbung mit der in D. ansässigen B. & K. GmbH (im Folgenden: B.), die

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

sowohl zu BLS als auch zu P. in Geschäftsbeziehung 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. Sie ließ sich für ihre Tätigkeit in erheblichem Umfang sowohl fixe Gebühren als auch tätigkeitsabhängige Gebühren versprechen.

5 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages unterzeichnete die Klägerseite am 31. Juli 2002 (Kläger zu 1), 8. Januar 2002 (Kläger zu 2), 6. März 2003 (Kläger zu 3) bzw. 12. Oktober 2001 (Kläger zu 4) jeweils ein ihr vorgelegtes englischsprachiges Vertragsformular der Beklagten ("Option Agreement and Approval Form"), das in Ziffer 15 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine Schiedsklausel enthält. Die Beklagte unterzeichnete den Vertrag nicht.

6 Im Anschluss daran eröffnete die Beklagte für die Klägerseite jeweils ein Transaktionskonto, auf das der Kläger zu 1) 9.000 €, der Kläger zu 2) 60.445,18 €, der Kläger zu 3) 44.900 € und der Kläger zu 4) 72.810 € einzahlte. Nach Ende der Geschäftsbeziehung erhielt die Klägerseite 297,08 € (Kläger zu 1), 56,66 € (Kläger zu 2), 3.597,81 € (Kläger zu 3) und 13.346,12 € (Kläger zu 4) zurück. Der Differenzbetrag in Höhe von 8.702,92 € (Kläger zu 1), 60.388,52 € (Kläger zu 2), 41.302,19 € (Kläger zu 3) und 59.463,88 € (Kläger zu 4) jeweils zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 412,64 € (Kläger zu 1), 988,61 € (Kläger zu 2), 858,98 € (Kläger zu 3) und 2.028,36 € (Kläger zu 4) wird mit den vorliegenden Klagen geltend gemacht, wobei das Zahlungsbegehren ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche unter anderem wegen Beteiligung der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gestützt wird. Die Beklagte ist dem in der Sache entgegen getreten und hat zudem die fehlende internationale Zuständigkeit deut-

scher Gerichte gerügt sowie unter Berufung auf die in Ziffer 15 ihrer Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht. Ferner begehrt sie von der Klägerseite hilfsweise für den Fall des Obsiegens widerklagend Ersatz von 693,50 € (Kläger zu 1), 1.704,50 € (Kläger zu 2), 1.481 € (Kläger zu 3) und 1.704,50 € (Kläger zu 4) vorgerichtlicher Kosten.

7 Das Landgericht hat die Klagen und die Widerklagen abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerseite hat das Berufungsgericht die Beklagte im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt und über die Anschlussberufung der Beklagten keine Entscheidung getroffen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungs- und Hilfswiderklagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

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

10 Die Klagen seien zulässig. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte folge aus § 32 ZPO. Die Einrede der Schiedsvereinbarung greife nicht durch. Die Schiedsklausel sei bezüglich aller Kläger nach § 37h WpHG unwirksam, weil keiner der Kläger Kaufmann sei.

11 Die Klagen seien auch begründet. Die Entscheidung über deliktische Ansprüche richte sich gemäß Art. 40 f. EGBGB nach deutschem Recht. Gemäß den danach anwendbaren §§ 826, 830 BGB habe die Klägerseite gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz. B. habe als gewerbliche Vermittlerin von Terminoptionen die Klägerseite 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.

12 Die Beklagte habe sich an dieser vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger objektiv beteiligt, indem sie B. über BLS bzw. P. den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet habe. Sie habe zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt. Die Beklagte habe zumindest ihre Augen vor den sich aufdrängenden Bedenken verschlossen und gewissenlos leichtfertig die von B. vermittelten Aufträge der Klägerseite zu deren Nachteil über ihr Online-System ausführen lassen. Die Gefahr, dass B. ihre geschäftliche Überlegenheit gegenüber den Klägern 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 den Vermittlern einen hohen Anreiz geboten hätten, ihre geschäftliche Überlegenheit zu missbrauchen.

II.

13 Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann die Zulässigkeit der Klage des Klägers zu 2) und im Übrigen mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung die vorsätzliche Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Klägerseite nicht bejaht werden.

14 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von der Zulässigkeit der Klagen der Kläger zu 1), zu 3) und zu 4) ausgegangen.

15 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend die - auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende - internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bejaht. Nach dem im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung maßgeblichen Vortrag der Klägerseite ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß der hier anwendbaren Regelung des § 32 ZPO gegeben (vgl. u.a. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 18 f. und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 17 und - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 17). Dies gilt auch in Bezug auf den in Österreich wohnenden Kläger zu 2), weil der Haupttäter in Deutschland gehandelt hat (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 2010 - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 17).

16 b) Der Geltendmachung eines Anspruchs wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung steht in Bezug auf die Kläger zu 1), zu 3) und zu 4) auch die durch die Beklagte erhobene Einrede des Schiedsvertrages nicht entgegen. Hinsichtlich des Klägers zu 2) fehlen insofern die erforderlichen Feststellungen.

17 aa) Hinsichtlich der Kläger zu 1) und zu 3) ist die in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich

hierbei stützt, nach § 37h WpHG unverbindlich, weil sie nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts keine Kaufleute sind. Hinsichtlich des Klägers zu 4) ist diese Vorschrift aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts zeitlich noch nicht anwendbar. Sie ist erst am 1. Juli 2002 in Kraft getreten. Der Kläger zu 4) hat das Vertragsformular der Beklagten zur Kontoeröffnung bereits am 12. Oktober 2001 unterzeichnet.

18 bb) Im Verhältnis zum Kläger zu 2), der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat, ist § 37h WpHG nur anwendbar, wenn er Deutscher ist (vgl. KK-WpHG/Hirte, § 37h Rn. 34 mwN). Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Auch zu einer eventuellen Formunwirksamkeit der Schiedsklausel nach österreichischem Recht als dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates des Klägers zu 2) (vgl. dazu Senatsurteil vom 8. Juni 2010 - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 29) hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Mangels erforderlicher Feststellungen ist daher revisionsrechtlich zugunsten der Beklagten davon auszugehen, dass die Klage des Klägers zu 2) unzulässig ist.

19 cc) Im Verhältnis zum Kläger zu 4) ist die Schiedsklausel wegen Formmängeln nicht wirksam.

20 (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).

21 (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.

22 Wie der Senat bereits zu vergleichbaren Schiedsklauseln entschieden hat, führen die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Kollisionsfall berufenen Regeln des deutschen internationalen Privatrechts bei Verbraucherverträgen im Sinne von Art. 29 EGBGB aF aufgrund der besonderen Kollisionsnorm des Art. 29 Abs. 3 Satz 2 EGBGB aF zur Maßgeblichkeit der Formvorschriften des deutschen Rechts (vgl. Senatsurteile vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 35 sowie vom 25. Januar 2011 - XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 24, XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 26 und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 29).

23 Bei dem Kontoführungsvertrag, in dem die Schiedsklausel enthalten ist, handelt es sich um einen Verbrauchervertrag, weil Bank- und Börsengeschäfte, die der Pflege des eigenen Vermögens dienen, grundsätzlich nicht als berufliche oder gewerbliche Tätigkeit gelten (vgl. u.a. Senatsurteile vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86; vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 34 sowie vom 25. Januar 2011 - XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 25, XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 27 und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 30, jeweils mwN). Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen bindenden Feststellungen des Landgerichts hat der Kläger zu 4) auch als Verbraucher gehandelt.

24 Die Voraussetzungen der danach hier anwendbaren strengen - den Verbraucherschutz betonenden - Formvorschrift des § 1031 Abs. 5 ZPO sind nicht erfüllt. Die Schiedsabrede befindet sich nicht in einer separaten Urkunde und ist auch nicht eigenhändig von beiden Vertragsparteien unterzeichnet worden.

25 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch den Klagen der Kläger zu 1), zu 3) und zu 4) aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen wegen

Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) stattgegeben.

26 a) Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht seiner Beurteilung deutsches Deliktsrecht zugrunde gelegt hat (vgl. u.a. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 29 ff.).

27 b) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht auch 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 (vgl. u.a. auch Senatsurteile vom 25. Januar 2011 - XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 31 und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 34). Allerdings kann mit der von ihm gegebenen Begründung eine deliktische Teilnehmerhaftung der Beklagten in Bezug auf diese Aufklärungspflichtverletzung nicht bejaht werden (vgl. u.a. Senatsurteile vom 25. Januar 2011 - XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 32 und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 35).

III.

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

29 1. Die rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen allerdings die Annahme, dass B. die Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem sie ihnen von vornherein chancenlose Börsentermin- und Optionsgeschäfte vermittelte (vgl. u.a. auch Senatsurteile vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08, WM 2011, 543 Rn. 20 ff.,

XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 29 ff., XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 34 ff. und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 37 ff.).

30 2. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen im Ergebnis auch die Annahme einer objektiven Teilnahmehandlung der Beklagten zu dieser Haupttat (vgl. u.a. 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 sowie vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08, WM 2011, 543 Rn. 29, XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 38, XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 39 und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 42).

31 3. Hingegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht die subjektiven Voraussetzungen des § 830 BGB bejaht hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

32 a) 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).

33 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 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, BKR 2010, 421 Rn. 53 und - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 53 sowie vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 51, jeweils mwN).

34 b) Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte positive Kenntnis von den Gebühren und Aufschlägen hatte, die die Kläger an B. zu entrichten hatten. 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 den zwischen den

Klägern und B. zustande gekommenen Geschäftsbesorgungsverträgen dokumentiert ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 54).

IV.

35 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).

36 Dabei wird das Berufungsgericht nach gegebenenfalls ergänzendem Vortrag der Parteien die Feststellungen zur Staatsbürgerschaft des Klägers zu 2) bzw. dem gegebenenfalls auf die Schiedsklausel anwendbaren österreichischen Recht nachzuholen haben.

37 Zur Begründetheit der Klagen kann vom Vorliegen einer Haupttat, d.h. einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch B. gemäß § 826 BGB, und einer objektiven Teilnahmehandlung der Beklagten ausgegangen werden. Das Berufungsgericht wird aber unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des erkennenden Senats (u.a. Urteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 38 ff. sowie vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08, WM 2011, 543 Rn. 31 ff. und - XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 40 ff.) und insoweit gegebenenfalls ergänzendem Vortrag der Parteien Feststellungen zu den subjektiven Voraussetzungen einer Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch B. gemäß §§ 826, 830 BGB zu treffen haben.

38 Einer vorsätzlichen Teilnahme steht vorliegend nicht entgegen, dass die Vermittlung chancenloser Terminoptionsgeschäfte und die Anweisung der einzelnen Kauf- und Verkaufsorders für den Anleger nicht über den Vermittler - hier BLS bzw. P. - selbst (dazu Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 40 ff.), sondern 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 (vgl. u.a. Senatsurteile vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08, WM 2011, 543 Rn. 33, XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 42, XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 48 und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 51).

39 Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung wieder zu dem Ergebnis gelangen, dass die Beklagte der Klägerseite schadensersatzpflichtig ist, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass ein etwaiger Schadensersatz-

anspruch entgegen der Ansicht der Revision gemäß der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts nicht verjährt ist (vgl. u.a. Senatsurteile vom 25. Januar 2011 - XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 51 ff. und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 58 ff.).

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.12.2008 - 7 O 158/08 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.12.2009 - I-6 U 9/09 -