



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

XI ZR 216/09

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 des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 9. Juni 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger, der seinen Wohnsitz in Deutschland hat, 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 ermöglicht, den diese mangels einer dortigen Zulassung sonst nicht hätten. Die

Vermittler können die Kauf- und Verkauforders 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 P. AG (im Folgenden: P.) mit Sitz in M. , die über eine deutsche aufsichtsrechtliche Erlaubnis als selbstständige Finanzdienstleisterin verfügt. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und P. liegt ein Verrechnungsabkommen ("Fully disclosed clearing agreement") zugrunde. Vor dessen Zustandekommen hatte die Beklagte geprüft, ob P. über eine aufsichtsrechtliche Erlaubnis verfügte 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                    Der Kläger schloss nach vorausgegangener Werbung mit der in D. ansässigen B. & K. GmbH (im Folgenden: B.), die zu P. in Geschäftsbeziehung stand, einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Besorgung und Vermittlung von Termingeschäften. Darin verpflichtete sich B. unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzekontos 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 der Kläger ein ihm 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 den Kläger ein Transaktionskonto, auf das insgesamt 19.000 € eingezahlt wurden. Nach Ende der Geschäftsbeziehung erhielt der Kläger 2.616,37 € zurück. Der Differenzbetrag in Höhe von 16.383,63 € zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 552,75 € wird mit der vorliegenden Klage 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 deutscher Gerichte gerügt sowie unter Berufung auf die in Ziffer 15 ihrer Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht.

7            Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren 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 Klage sei zulässig. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte folge aus § 32 ZPO. Die Einrede der Schiedsvereinbarung greife nicht durch, weil die in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel mangels Unterschrift der Beklagten formunwirksam sei.

11           Die Klage sei aber nicht begründet. Dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nicht zu. Insbesondere habe der Kläger gegen die Beklagte keinen Schadensersatzanspruch wegen einer gemeinschaftlich begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 830 BGB). Objektiv habe die Beklagte zwar einen Tatbeitrag geleistet, indem sie das Transaktionskonto in N.           geführt, dem deutschen Vermittler den Zugang zur New Yorker Börse ermöglicht und über ihr Online-System die Aufträge ausgeführt habe. Es sei indes nicht ersichtlich, dass die Beklagte Kenntnis von einer durch den Vermittler begangenen sittenwidrigen Schädigung durch eine unterlassene bzw. unzureichende Risikoaufklärung der Anleger gehabt habe.

II.

12           Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung die vorsätzliche Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers nicht verneint werden.

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

14                   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  
des Klägers 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., vom 8. Juni 2010 - XI ZR  
349/08, WM 2010, 2025 Rn. 17 und - XI ZR 41/09, WM 2010, 2032 Rn. 17).

15                   b) Der Geltendmachung eines Anspruchs wegen Beihilfe zu einer vor-  
sätzlichen sittenwidrigen Schädigung steht auch die durch die Beklagte erhobe-  
ne Einrede des Schiedsvertrages nicht entgegen, weil die Schiedsklausel we-  
gen Formmängeln nicht wirksam ist.

16                   aa) 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).

17                   bb) Schließlich genügt die Schiedsklausel auch nicht den Formvorschrif-  
ten des deutschen Rechts (§ 1031 Abs. 5 ZPO), dessen Anwendung hier über  
den Meistbegünstigungsgrundsatz (Art. VII UNÜ) eröffnet ist.

18                   Wie der Senat bereits zu vergleichbaren Schiedsklauseln entschieden  
hat, führen die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Kol-  
lisionsfall berufenen Regeln des deutschen internationalen Privatrechts bei  
Verbraucherverträgen im Sinne von Art. 29 EGBGB aF aufgrund der besonde-

ren Kollisionsnorm des Art. 29 Abs. 3 Satz 2 EGBGB aF zur Maßgeblichkeit der Formvorschriften des deutschen Rechts (vgl. u.a. 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). So liegt der Fall auch hier, zumal keine Rechtswahl der Parteien in der - unwirksamen - Schiedsklausel vorliegt.

19 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). Die in der Einredesituation für das wirksame Zustandekommen der Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 22) hat keine der Verbrauchereigenschaft entgegenstehenden Umstände dargelegt.

20 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.

21 2. Rechtsfehlerhaft ist demgegenüber die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Klage, soweit sie auf die Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) gestützt wird, als unbegründet abgewiesen hat.

22 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.).

23 b) Hingegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Teilnahme an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß §§ 826, 830 BGB verneint hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand. In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung wegen unzureichender Risikoaufklärung des Klägers durch die Vermittler und eine Beteiligung der Beklagten hieran allenfalls in objektiver Hinsicht für möglich gehalten. Dagegen hat es eine Beteiligung der Beklagten in subjektiver Hinsicht verneint, weil nichts dafür ersichtlich sei, dass die Beklagte Kenntnis von einer unterlassenen bzw. unzureichenden Risikoaufklärung des Klägers durch die Vermittler gehabt habe. Dies ist bereits im Ansatz rechtsfehlerhaft, weil es, wie der Senat in seinem nach Erlass der Berufungsentscheidung ergangenen Urteil vom 9. März 2010 (XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365, Rn. 26 f.) zu einem vergleichbaren Fall entschieden hat, auf die unzureichende Risikoaufklärung nicht entscheidend ankommt. Denn neben der - hier nicht maßgeblichen - Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen bzw. positiver Vertragsverletzung (vgl. dazu Senatsurteil vom 22. November 2005 - XI ZR 76/05, WM 2006, 84, 86 mwN) haftet der Vermittler 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 allein 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. u.a. Senatsurteile vom 22. November 2005 - XI ZR 76/05, WM 2006, 84, 87, 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 sowie vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08, WM 2011, 543 Rn. 21, XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 30, XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 35 und XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 38).

### III.

24 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).

25 Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. Urteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 23 ff. sowie zuletzt u.a. vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08, WM 2011, 543 Rn. 19 ff. und XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 28 ff., - XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 34 ff. und XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 37 ff.) und insoweit gegebenenfalls ergänzendem Vortrag der Parteien

Feststellungen zu einer Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch B. bzw. P. gemäß §§ 826, 830 BGB zu treffen haben.

Wiechers

Ellenberger

Maihold

Matthias

Pamp

Vorinstanzen:

LG Meiningen, Entscheidung vom 23.07.2008 - 2 O 148/08 -

OLG Jena, Entscheidung vom 09.06.2009 - 5 U 639/08 -