



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **VERSÄUMNIS- URTEIL**

XI ZR 386/02

Verkündet am:  
1. April 2003  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Wassermann und die Richterin Mayen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. März 2002 aufgehoben.

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

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger nimmt den Beklagten zu 1) (im folgenden: Beklagten) auf Schadensersatz für Verluste aus Warentermin- und Optionsgeschäften in Anspruch.

Der Beklagte war Geschäftsführer einer GmbH, die gewerbsmäßig Termin- und Optionsgeschäfte vermittelte. Nach telefonischer Werbung

schloß der Kläger, ein Architekt, am 19./23. Oktober 1995 mit der GmbH einen Vermittlungsvertrag und erhielt den Vordruck einer - mehrere "Risikoerklärungen" umfassenden - Kundenvereinbarung mit einem auf den Bahamas ansässigen Broker. Der Kläger unterschrieb diese Vereinbarung am 23. Oktober 1995 und übersandte der GmbH einen am 19. Oktober 1995 ausgestellten Scheck in Höhe von 8.250 DM. Nach dem Ausscheiden des Beklagten als Geschäftsführer zahlte der Kläger weitere 95.400 DM. Für jedes Geschäft wurden ihm ein Disagio in Höhe von 15% des eingesetzten Kapitals und eine Round-Turn-Kommission in Höhe von 160 US-Dollar in Rechnung gestellt.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe ihn nicht ausreichend über die Risiken der Geschäfte aufgeklärt. Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Die Klage auf Zahlung von 8.250 DM nebst Zinsen ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht vertreten war, war über die Revision des Klägers durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil ist jedoch keine Folge der Säumnis, sondern beruht auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Klage im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Kläger habe die tatsächlichen Voraussetzungen eines vertraglichen Anspruches, eines Anspruches gemäß §§ 812, 852 Abs. 3 BGB a.F. und eines Anspruches gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 Abs. 1, § 266 Abs. 1 StGB wegen Gebührenschinderei bzw. Veruntreuung des Schecks nicht schlüssig vorgetragen.

Der in Betracht kommende Anspruch gemäß § 826 BGB wegen mangelhafter Belehrung über die Risiken und Kosten der vermittelten Geschäfte sei gemäß § 852 Abs. 1 BGB a.F. verjährt. Der Kläger habe die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis von dem Schaden und der Person des Beklagten als Ersatzpflichtigen gehabt, als er im April 1997 seinen erstinstanzlichen Bevollmächtigten aufgesucht habe. In diesem Zeitpunkt habe der Kläger sowohl den Verlust seiner Einlage als auch den Inhalt der ihm erteilten Aufklärung gekannt. Diese Kenntnisse hätten ausgereicht, um mit Hilfe seines Bevollmächtigten festzustellen, daß die Voraussetzungen der Haftung gemäß § 826 BGB wegen mangelhafter Aufklärung über die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Risiken der vermittelten Geschäfte erfüllt waren. Die Stellung des Beklagten

als Geschäftsführer der Vermittlungs-GmbH sei aus der dem Kläger übersandten Eingangsbestätigung für seinen Scheck ersichtlich gewesen. Zwar sei nicht feststellbar, wann dem Kläger oder seinem Bevollmächtigten die Anschrift des Beklagten bekannt geworden sei. Darauf könne der Kläger sich aber nicht berufen, weil er die Anschrift in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe hätte in Erfahrung bringen können. Die dreijährige Verjährungsfrist sei vor Klageerhebung im August 2000 abgelaufen.

Etwaige Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 89 BörsG, § 31 WpHG seien ebenfalls verjährt.

## II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

1. Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Begründung, mit der das Berufungsgericht vertragliche Ansprüche und Ansprüche gemäß § 812 Abs. 1, § 852 Abs. 3 BGB a.F. sowie § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 Abs. 1, § 266 Abs. 1 StGB verneint hat. Sie wird von der Revision nicht angegriffen.

2. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Anspruch gemäß § 826 BGB sei verjährt.

Ein etwaiger Anspruch des Klägers gemäß § 826 BGB verjährt gemäß § 852 Abs. 1 BGB a.F. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Kläger von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat. Zu diesem Zeitpunkt hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

a) Zur Kenntnis des Schadens gehört, wenn - wie im vorliegenden Fall - Schadensersatz wegen unzureichender Aufklärung über die Risiken von Optionsgeschäften verlangt wird, die Kenntnis der Umstände, aus denen sich die Rechtspflicht zur Aufklärung ergibt (Senat, Urteile vom 29. Januar 2002 - XI ZR 86/01, WM 2002, 557, 558 und vom 28. Mai 2002 - XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1447 m.w.Nachw.). Wenn ein Disagio in Höhe von 15% des eingesetzten Kapitals erhoben wird, ergibt sich die Rechtspflicht zur Aufklärung über die Auswirkungen des Disagios auf die Gewinnchancen des Anlegers daraus, daß eine Gewinnerzielung unter Berücksichtigung des Disagios einen höheren Kursausschlag als den vom Börsenfachhandel als realistisch angesehenen voraussetzt, und daß ein höheres Disagio Anleger aller Wahrscheinlichkeit nach im Ergebnis praktisch chancenlos macht. Erst die positive Kenntnis dieser die Aufklärungspflicht begründenden wirtschaftlichen Zusammenhänge ermöglicht dem Anleger die aussichtsreiche Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (Senat, Urteil vom 28. Mai 2002 - XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1447).

aa) Daß der Kläger selbst diese Kenntnis mehr als drei Jahre vor der Klageerhebung hatte, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt und von den Parteien nicht vorgetragen worden.

bb) Dasselbe gilt für die Kenntnis des Rechtsanwalts, den der Kläger im April 1997 mit der Aufklärung des Sachverhalts sowie der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beauftragt hat und dessen in diesem Rahmen erlangtes Wissen er sich entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muß (vgl. BGH, Urteile vom 16. Mai 1989 - VI ZR 251/88, NJW 1989, 2323 und vom 18. Januar 1994 - VI ZR 190/93, NJW 1994, 1150, 1151, jeweils m.w.Nachw.). Die positive Kenntnis des Rechtsanwalts von den die Aufklärungspflicht begründenden wirtschaftlichen Zusammenhängen ist ebenfalls weder festgestellt noch vorgetragen worden.

cc) Die nach § 852 Abs. 1 BGB a.F. erforderliche Kenntnis kann auch nicht mit der Begründung bejaht werden, der Kläger und sein Bevollmächtigter hätten sich der Kenntnisnahme der die Aufklärungspflicht begründenden Umstände grob fahrlässig entzogen.

(1) Grob fahrlässige Unkenntnis steht der vom Gesetz geforderten positiven Kenntnis nicht gleich. Eine Ausnahme vom Erfordernis der positiven Kenntnis kommt nur dann in Betracht, wenn der Geschädigte es versäumt hat, eine gleichsam auf der Hand liegende Kenntnismöglichkeit wahrzunehmen und seine Berufung auf diese Unkenntnis als Förmelei erscheint, weil jeder andere in seiner Lage unter denselben konkreten Umständen die Kenntnis gehabt hätte (BGHZ 133, 192, 198 f.; BGH, Urteile vom 5. März 2002 - VI ZR 442/00, NJW 2002, 1877, für BGHZ vorgesehen und vom 8. Oktober 2002 - VI ZR 182/01, NJW 2003, 288, 289). Ein Geschädigter, der sich die erforderliche Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe verschaffen kann, darf es nicht in der Hand

haben, einseitig die Verjährungsfrist dadurch zu verlängern, daß er die Augen vor der sich aufdrängenden Kenntnis verschließt. Dies kann der Fall sein, wenn zur Vervollständigung des Wissens um ein bestimmtes Detail, etwa die Anschrift des Schädigers, nur eine einfache Anfrage oder ein Telefongespräch erforderlich sind (BGH, Urteile vom 31. Januar 1995 - VI ZR 305/94, VersR 1995, 551, 552 und vom 18. Januar 2000 - VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 954). Eine Wissenslücke, die nur durch längere und zeitraubende Telefonate geschlossen werden kann, steht positiver Kenntnis hingegen nicht gleich (BGHZ 133, 192, 199 f.).

(2) Gemessen hieran kann nicht von der gemäß § 852 Abs. 1 BGB a.F. erforderlichen Kenntnis des Klägers oder seines Bevollmächtigten ausgegangen werden. Der Kläger selbst, der weder eine juristische Ausbildung noch besondere Erfahrungen mit Termin- und Optionsgeschäften besaß, konnte sich die Kenntnis der die Aufklärungspflicht begründenden wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht ohne nennenswerte Mühe verschaffen. Auch für den von ihm beauftragten Rechtsanwalt war die Bearbeitung des Falles mit einem erheblichen Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden, weil es um eine nicht alltägliche Rechtsmaterie ging und Schadensersatzansprüche auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten, etwa wegen Veruntreuung der Einlage oder wegen Gebührenschinderei, zu prüfen waren. Unter diesen Umständen kann keine Rede davon sein, der Bevollmächtigte des Klägers habe die Augen vor den die Aufklärungspflicht begründenden tatsächlichen Umständen verschlossen.

b) Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen hat der Geschädigte nur, wenn ihm außer dessen Name auch die Anschrift bekannt ist

(BGH, Urteil vom 6. März 2001 - VI ZR 30/00, ZIP 2001, 706, 707, m.w.Nachw.).

aa) Das Berufungsgericht hat die positive Kenntnis des Klägers von der Anschrift des Beklagten nicht festgestellt, aber gemeint, die Berufung auf diese Unkenntnis erscheine als Förmerei, weil zur Vervollständigung des Wissens lediglich eine Anfrage oder ein Telefongespräch ausgereicht hätten.

bb) Dies ist rechtsfehlerhaft. Zwar ist, wie dargelegt, von der erforderlichen Kenntnis auszugehen, wenn zur Vervollständigung des Wissens um die Anschrift des Schädigers nur eine einfache Anfrage oder ein Telefongespräch erforderlich sind. Dies bedeutet aber, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht, daß die Anschrift des Schädigers immer auf diese einfache Weise ermittelt werden kann. Die Ermittlung einer Anschrift kann vielmehr, je nach der Lage des Einzelfalles, unterschiedliche Schwierigkeiten bereiten. Zu dem im vorliegenden Fall erforderlichen Ermittlungsaufwand hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es hat insbesondere nicht festgestellt, daß - entsprechend dem Vortrag des Beklagten - der Prozeßbevollmächtigte des Klägers den Wohnort des Beklagten kannte und seine Anschrift durch eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt hätte in Erfahrung bringen können.

III.

Das Urteil des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB kann insbesondere nicht mit der Begründung verneint werden, der Beklagte habe in ausreichender Weise für eine korrekte Aufklärung des Klägers Sorge getragen.

1. a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind gewerbliche Vermittler von Terminoptionen verpflichtet, Kaufinteressenten 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. Dazu gehört neben der Bekanntgabe der Höhe der Optionsprämie auch die Aufklärung über die wirtschaftlichen Zusammenhänge des Optionsgeschäfts und die Bedeutung der Prämie sowie ihren Einfluß auf das mit dem Geschäft verbundene Risiko. So muß darauf hingewiesen werden, daß die Prämie den Rahmen eines vom Markt noch als vertretbar angesehenen Risikobereichs kennzeichnet und ihre Höhe den noch als realistisch angesehenen, wenn auch weitgehend spekulativen Kurserwartungen des Börsenfachhandels entspricht. Ferner ist darzulegen, ob und in welcher Höhe ein Aufschlag auf die Prämie erhoben wird, und daß ein solcher Aufschlag die Gewinnerwartung verschlechtert, weil ein höherer Kursausschlag als der vom Börsenfachhandel als realistisch angesehene notwendig ist, um in die Gewinnzone zu kommen (vgl. BGHZ 105, 108, 110; Senat BGHZ 124, 151, 154 f.; Urteile vom 16. Oktober 2001 - XI ZR 25/01, WM 2001, 2313, 2314 und vom 28. Mai 2002 - XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1446). In diesem Zusammenhang

ist unmißverständlich darauf hinzuweisen, daß höhere Aufschläge vor allem Anleger, die mehrere verschiedene Optionen erwerben, aller Wahrscheinlichkeit nach im Ergebnis praktisch chancenlos machen. Die Aussagekraft dieses Hinweises, der schriftlich und in auch für flüchtige Leser auffälliger Form zu erfolgen hat, darf weder durch Beschönigungen noch auf andere Weise beeinträchtigt werden (Senat BGHZ 124, 151, 155 f.; Urteil vom 28. Mai 2002 - XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1446).

b) Für diese Aufklärung hat der Geschäftsführer einer Optionsvermittlungs-GmbH Sorge zu tragen. Ein Geschäftsführer, der Optionsgeschäfte ohne gehörige Aufklärung der Kunden abschließt, den Abschluß veranlaßt oder bewußt nicht verhindert, mißbraucht seine geschäftliche Überlegenheit in sittenwidriger Weise und haftet den Optionserwerbern gemäß § 826 BGB auf Schadensersatz (Senat BGHZ 124, 151, 162; Urteil vom 28. Mai 2002 - XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1446 jeweils m.w.Nachw.).

2. Diese Pflicht hat der Beklagte nach dem bisherigen Parteivortrag nicht erfüllt.

a) Die Kundenvereinbarung, die der Kläger am 23. Oktober 1995 unterschrieben hat, und die darin enthaltenen "Risikoerklärungen" bringen nicht klar zum Ausdruck, daß das vereinbarte Disagio von 15% auf das eingesetzte Kapital die Gewinnerwartung verschlechtert, weil ein höherer Kursausschlag als der vom Börsenfachhandel als realistisch angesehen notwendig ist, um in die Gewinnzone zu kommen. Sie enthalten auch nicht den Hinweis, daß ein höheres Disagio Anleger aller Wahrscheinlichkeit nach im Ergebnis praktisch chancenlos macht. Statt des-

sen wird der Anleger durch die Bemerkung irre geführt, er erziele nur dann einen Gewinn, wenn sich der Kurs um mehr als die an den Broker zu zahlende Optionsprämie bewege. Dabei wird verschwiegen, daß der Kurs zusätzlich um den als Disagio bezeichneten Gebührenaufschlag steigen muß, um die Gewinnzone zu erreichen.

Soweit die Kundenvereinbarung allgemeine, nicht auf den Gebührenaufschlag bezogene Risikohinweise enthält, werden diese durch die Gegenüberstellung hoher Gewinnchancen relativiert. Die Aufnahme der Risikohinweise wird den Anlegern zudem dadurch erschwert, daß sie einer auch für den flüchtigen Leser auffälligen Form entbehren.

Daß der Vertrag des Klägers mit der Vermittlungs-GmbH vom 19./23. Oktober 1995 eine weitergehende Aufklärung enthielt, haben die Parteien nicht vorgetragen.

b) Der Beklagte, der als Geschäftsführer der GmbH für die korrekte Aufklärung der Anleger Sorge zu tragen hatte, hat den Abschluß von Geschäften unter Einsatz der vom Kläger gezahlten 8.250 DM ohne sachgerechte Aufklärung zumindest nicht verhindert. Seine Behauptung, die Telefonverkäufer der Vermittlungs-GmbH seien angehalten worden, den Anlegern die Auswirkungen des Disagios zu erläutern, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Sie läßt nicht erkennen, daß der Beklagte für eine schriftliche und inhaltlich ausreichende Aufklärung der Anleger Sorge getragen hat.

IV.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird nunmehr insbesondere zum Vorsatz des Beklagten gemäß § 826 BGB Feststellungen zu treffen haben. Dabei wird außer den schwerwiegenden Aufklärungsmängeln zu berücksichtigen sein, daß ein etwaiger Irrtum über die Reichweite der Aufklärungspflicht vorsätzliches Handeln nicht ohne weiteres ausschließt (Senat BGHZ 124, 151, 163; Urteil vom 28. Mai 2002 - XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1447).

Nobbe

Müller

Joeres

Wassermann

Mayen