



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 592/07

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 Kläger wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. August 2007 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger (nachfolgend: Klägerseite), deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland, 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 Verkauforders ihrer Kunden sowie ihre eige-

nen anfallenden Provisionen und Gebühren in das Online-System der Beklagten eingeben, wo sie vollautomatisch bearbeitet und verbucht werden.

3 Einer dieser Vermittler war S. e.K. (im Folgenden: S.) mit Sitz in D. , der bis zur Einstellung seiner Geschäftstätigkeit im November 2005 über eine deutsche aufsichtsrechtliche Erlaubnis als selbstständiger Finanzdienstleister verfügte. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und S. liegt ein Verrechnungsabkommen ("Fully disclosed clearing agreement") zugrunde. Vor dessen Zustandekommen hatte die Beklagte geprüft, ob S. über eine aufsichtsrechtliche Erlaubnis verfügte und ob gegen ihn 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 S. jeweils einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Besorgung und Vermittlung von Termingeschäften. Darin verpflichtete sich S. unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzellkontos bei der Beklagten. Er ließ sich für seine Tätigkeit und die der Beklagten in erheblichem Umfang sowohl fixe Gebühren als auch tätigkeitsabhängige Gebühren versprechen.

- 5 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages unterzeichnete die Klägerseite im Verlaufe des Jahres 2004 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) 67.000 €, der Kläger zu 2) 33.816 € und der Kläger zu 3) 19.200 € einzahlte. Ferner zahlten die Kläger nach ihrer Behauptung eine Dienstleistungsgebühr an S. von 360 € (Kläger zu 1), 1.995 € (Kläger zu 2) und 790 € (Kläger zu 3). Nach Ende der Geschäftsbeziehung erhielt die Klägerseite 7.467,54 € (Kläger zu 1), 647,78 € (Kläger zu 2) und 271,22 € (Kläger zu 3) zurück. Der Differenzbetrag in Höhe von 59.892,46 € (Kläger zu 1), 35.163,22 € (Kläger zu 2) und - rechnerisch unzutreffend - 19.628,78 € (Kläger zu 3) jeweils zuzüglich Zinsen 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 deutscher Gerichte gerügt sowie unter Berufung auf die in Ziffer 15 ihrer Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht.
- 7 Die Klagen sind in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerseite ihr 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 Klagen seien 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 Klagen seien aber nicht begründet. Der Klägerseite stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung (§§ 826, 830 BGB) nicht zu. Das bloße Zurverfügungstellen eines Kontos durch die Beklagte könne nur dann als vorsätzliche Beihilfe zu einer vom Vermittler begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung angesehen werden, wenn die Beklagte die unerlaubte Handlung des Vermittlers gekannt oder diese zumindest billigend in Kauf genommen habe. Dies sei dem Vortrag der Kläger aber nicht zu entnehmen.

II.

12 Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die vorsätzliche

Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Klägerseite nicht verneint werden.

13 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von der Zulässigkeit der Klagen 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 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).

15 b) Der Geltendmachung eines Anspruchs wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung steht auch die durch die Beklagte erhobene Einrede des Schiedsvertrages nicht entgegen, weil die Schiedsklausel wegen Formmängeln nicht wirksam ist.

16 aa) Wie der Senat bereits zu einer im Wesentlichen 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) Weiter 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.

18 (1) Soweit die Parteien in Bezug auf eine Schiedsklausel, die sich in einem Verbrauchervertrag im Sinne von Art. 29 Abs. 1 EGBGB aF befindet, eine Rechtswahl - anders als hier - nicht getroffen haben, führen die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Kollisionsfall berufenen Regeln des deutschen internationalen Privatrechts 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).

19 (2) Daran ändert sich im Ergebnis nichts, wenn die Schiedsvereinbarung die Wahl ausländischen - wie hier New Yorker - Rechts enthält. Das gilt jedenfalls für den hier gegebenen Fall, in dem die Schiedsvereinbarung mit der diesbezüglichen Rechtswahl die Form des Art. II UNÜ nicht wahrt und deswegen unwirksam ist, und unabhängig davon, ob eine mit der Wahl ausländischen Rechts und eines ausländischen Schiedsortes verbundene Schiedsklausel unter Umständen gemäß § 305c Abs. 1 BGB (vgl. dazu Berger, ZBB 2003, 77, 89 f.) oder § 307 BGB (vgl. dazu Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 937) unwirksam ist.

20 (a) In der Literatur ist allerdings streitig, nach welchem Recht die Formgültigkeit der Schiedsabrede eines Verbrauchers bei einer auf sie bezogenen Rechtswahl zu beurteilen ist.

21 So wird einerseits die Auffassung vertreten, dass sich in einem solchen Fall die Formgültigkeit der Schiedsabrede ausschließlich nach dem gewählten Recht richte (vgl. Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht,

7. Aufl., Rn. 6712; Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 235 ff.).

22 Die Gegenmeinung wendet mit unterschiedlicher Begründung die den Verbraucherschutz betonende Regelung des § 1031 Abs. 5 ZPO auch bei der Wahl ausländischen Rechts an. Dabei wird teilweise § 1031 Abs. 5 ZPO als *lex fori* für unmittelbar anwendbar angesehen (so früher Staudinger/Hausmann, BGB (2002), Anhang II zu Art. 27-37 EGBGB Rn. 287; ders., Festschrift für Lorenz, S. 359, 376 f.). Überwiegend wird aber eine analoge Anwendung von Art. 29 Abs. 3 Satz 2 EGBGB aF befürwortet (so MünchKommZPO/Münch, 3. Aufl., § 1029 Rn. 34; Gildeggen, Internationale Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor deutschen Gerichten, S. 164 ff.).

23 (b) Auch der erkennende Senat hat in seinem Beschluss vom 10. Februar 1998 (XI ZR 305/96, BGHR EGBGB (1986) Art. 29 - Schiedsklausel 1) trotz Vereinbarung ausländischen Rechts die Formvorschrift des § 1027 Abs. 1 Satz 1 ZPO aF über Art. 29 EGBGB aF angewendet. Der Senat hält an dieser Entscheidung, deren Kernaussage auch für die Neufassung des § 1031 Abs. 5 ZPO weiterhin gilt (vgl. Ellenberger, WM 1999, Sonderbeilage Nr. 2, S. 21), mit der Maßgabe fest, dass in Fällen wie dem vorliegenden Art. 29 EGBGB aF lediglich entsprechend anwendbar ist. Die Schiedsabrede selbst ist kein Verbrauchervertrag im Sinne von Art. 29 Abs. 1 EGBGB aF, so dass eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift ausscheidet. Bezieht sich die Schiedsabrede aber auf Rechtsstreitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag im Sinne von Art. 29 Abs. 1 EGBGB aF, ist die analoge Anwendung der Vorschrift geboten, weil sonst eine mit dem Verbraucherschutz nicht zu vereinbarende formfreie Unterwerfung inländischer Verbraucher unter die Jurisdiktion

ausländischer Schiedsgerichte möglich wäre (vgl. insofern zutreffend Staudinger/Hausmann, BGB (2002), Anhang II zu Art. 27-37 EGBGB Rn. 287).

24 (c) Bei dem Kontoführungsvertrag, in dem die Schiedsklausel enthalten ist, handelt es sich um einen Verbrauchervertrag im Sinne von Art. 29 Abs. 1 EGBGB aF, 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; 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). Die in der Einredesituation für das wirksame Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 22) hat keine der Verbrauchereigenschaft entgegenstehenden Umstände dargelegt.

25 Liegt danach eine Vereinbarung eines Verbrauchers vor, auf die sich die Schiedsabrede bezieht, so sind in entsprechender Anwendung von Art. 29 Abs. 3 Satz 1 EGBGB aF die allgemeinen die Form betreffenden Kollisionsregeln des Art. 11 Abs. 1 bis 3 EGBGB aF nicht anwendbar und es gilt unabhängig von einer getroffenen Rechtswahl für die Form das Recht des Aufenthaltsorts des Verbrauchers, ohne dass ein Günstigkeitsvergleich stattfindet (vgl. Soergel/von Hoffmann, BGB, 12. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 40; MünchKommBGB/Martiny, 4. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 74; PWW/Remien, BGB, 5. Aufl., ex Art. 29 EGBGB Rn. 24). Hierdurch wird nach dem Willen des Gesetzgebers dem Umstand Rechnung getragen, dass der Verbraucher meist nur mit den Formvorschriften seines Aufenthaltsstaates vertraut ist und darüber hinaus im Bereich des Verbraucherschutzes ein enger Zusammenhang zwischen der für ein Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form und den zwingenden

materiellrechtlichen Schutzvorschriften besteht, die den Verbraucher am Ort seines gewöhnlichen Aufenthaltes auch im Fall einer Rechtswahl schützen (BT-Drucks. 10/504 S. 80).

26 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.

27 2. Rechtsfehlerhaft ist demgegenüber die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Klagen, soweit sie auf die Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) durch den Vermittler S. gestützt werden, als unbegründet abgewiesen hat.

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

29 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 gemeint, das bloße Zurverfügungstellen eines Kontos reiche für eine Gehilfenhaftung nicht aus. Eine vorsätzliche Teilnahme könne nur bejaht werden, wenn die Beklagte die unerlaubte Handlung des Vermittlers gekannt oder zumindest billigend in Kauf genommen hätte. Beides sei nicht erkennbar. Dies ist rechtsfehlerhaft, weil das Berufungsgericht den unstreitigen Tatsachenstoff nicht ausschöpft. Wie in dem vom Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschiedenen Parallelfall, an dem ebenfalls die Beklagte und der Vermittler S. beteiligt

waren (Urteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 41 ff.), kommt auch hier nach dem Sach- und Streitstand in objektiver und subjektiver Hinsicht eine Beteiligung der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch den Vermittler S. (§§ 826, 830 BGB) in Betracht.

III.

30 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).

31 Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des erkennenden Senats (u.a. Urteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 23 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 einer Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Klägerseite durch S. gemäß §§ 826, 830 BGB zu treffen haben.

Wiechers

Ellenberger

Maihold

Matthias

Pamp

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.10.2006 - 3 O 122/06 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.08.2007 - I-16 U 258/06 -