BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 100/09

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 826 A, § 830 Abs. 2

Zu den subjektiven Voraussetzungen der Teilnahme eines ausländischen Brokers an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung von Kapitalanlegern durch einen inländischen Terminoptionsvermittler.

BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - XI ZR 100/09 - 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:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Januar 2009 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, 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.

3 Zwei dieser Vermittler sind die B. L. S. GmbH (im Folgenden: BLS) mit Sitz in D. und die - im Verhältnis zum Kläger zu 2) auf Seiten der Beklagten erstinstanzlich dem Streit beigetretene - 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."

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

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.

5 Die Kläger schlossen nach vorausgegangener Werbung mit der in D. ansässigen B. & K. GmbH, die zunächst unter B. GmbH firmiert hatte (im Folgenden: B.) und die 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., deren Einschaltung der Beklagten bekannt war, unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzelkontos bei der Beklagten. Unter der mit "Vergütung" überschriebenen Ziffer 4 dieses Vertrages 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 101,-- pro Option und USD 24,-- 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 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des jeweiligen Geschäftsbesorgungsvertrages wurde den Klägern ein englischsprachiges Vertragsformular der Beklagten ("Option Agreement and Approval Form") vorgelegt, das in Ziffer 15 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine Schiedsklausel enthält und das die Kläger im September 2002 (Kläger zu 1), am 14. Juli 2004 (Kläger zu 2) bzw. am 12. Juni 2002 (Kläger zu 3) unterzeichneten, bevor eine Durchschrift des Vertragsformulars für die Kläger zu 1) und zu 3) über BLS und für den Kläger zu 2) über P. an die Beklagte weiter geleitet wurde.

7 Damit einhergehend eröffnete die Beklagte auf Weisung von B. für die Kläger jeweils ein Transaktionskonto, auf das die Kläger insgesamt 48.270 € (Kläger zu 1), 17.100 € (Kläger zu 2) bzw. 25.205 € (Kläger zu 3) einzahlten. Die Beklagte übersandte in der Folgezeit turnusmäßig an die Kläger Kontoauszüge, denen sie alle drei Monate ein englischsprachiges Merkblatt ("Terms and Conditions") beifügte, das eine vom Vertragsformular abweichende Schiedsklausel mit dem auf diese bezogenen Hinweis der Maßgeblichkeit New Yorker Rechts enthielt. Im Februar 2006 bzw. Dezember 2005 erhielten die Kläger insgesamt 11.222 € (Kläger zu 1), 4.840 € (Kläger zu 2) bzw. nichts (Kläger zu 3) zurück. Als jeweiligen Differenzbetrag zum eingezahlten Kapital machen sie mit den Klagen 37.048 € (Kläger zu 1), 12.259,95 € (Kläger zu 2) bzw. 25.205 € (Kläger zu 3) zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 691,71 € (Kläger zu 1), 469,22 € (Kläger zu 2) bzw. 671,06 € (Kläger zu 3) geltend, wobei sie ihr Zahlungsbegehren ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche unter anderem wegen Beteiligung der Beklagten an einer vor-

sätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch B. stützen. 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.

8 Das Landgericht hat die Klagen abgewiesen. Auf die hiergegen gerichteten Berufungen der Kläger hat das Berufungsgericht den Klagen mit Ausnahme eines Teils der Zins- und Nebenforderungen stattgegeben.

9 Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

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

12 Die Klagen seien zulässig und bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung begründet.

13 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 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 zu den Klägern zu 1) und zu 2) unwirksam; es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen des § 37h WpHG in der Person dieser Kläger erfüllt und sie daher subjektiv schiedsfähig seien, da - was zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten gehe - ihre tatsächlichen Berufe nicht bekannt seien. Im Verhältnis zum Kläger zu 3) finde § 37h WpHG noch keine Anwendung; indes sei die Schiedsklausel in entsprechender Anwendung des Art. 42 EGBGB unwirksam, weil sie - jedenfalls nach Auffassung der sich auf das im Wortlaut von Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen abweichende "Arbitration Agreement" in dem Merkblatt berufenden Beklagten - mit der Wahl New Yorker Rechts verknüpft sei, was die Anwendung deutschen Rechts durch ein ausländisches Schiedsgericht nicht erwarten lasse.

14 Die Entscheidung über deliktische Ansprüche richte sich gemäß Art. 40 f. EGBGB nach deutschem Recht. Gemäß §§ 826, 830 BGB hätten die Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz.

15 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 Verlustrisi-

kos und die Verringerung ihrer Gewinnchance durch den Aufschlag auf die Optionsprämie richtig einzuschätzen.

16 Die Beklagte habe sich an dieser vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch B. beteiligt; ob dies als Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe zu qualifizieren sei, könne dahinstehen. Die objektiven Voraussetzungen gemeinschaftlichen Handelns lägen vor, weil die Beklagte auf vertraglicher Grundlage dauerhaft mit BLS bzw. P zusammengearbeitet und diesen - und damit auch B. als deren Geschäftspartnerin und von ihnen eingesetzten Untervermittlerin - überhaupt erst den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet habe. Außerdem habe die Beklagte die Konten der Kläger, mit denen die Transaktionen durch B. abgewickelt worden seien, geführt. Zudem habe sie am wirtschaftlichen Erfolg des sittenwidrigen Handelns von B. partizipiert.

17 Die objektive Tatbeteiligung sei zumindest bedingt vorsätzlich erfolgt. Die Beklagte habe zumindest ihre Augen vor den sich aufdrängenden Bedenken verschlossen und gewissenlos leichtfertig die von B. vermittelten Aufträge der Kläger 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 der übrigen an der Anlagevermittlung für die Kläger beteiligten Unternehmen diesen einen hohen Anreiz geboten hätten, ihre geschäftliche Überlegenheit zu missbrauchen. Dass die Beklagte eigene Schutzmaßnahmen ergriffen, insbesondere das Vorgehen der BLS bzw. P. und der aus ihrer Sicht für diese als Untervermittlerin tätigen B. in geeigneter Weise überprüft habe, sei nicht ersichtlich. Dass keine aufsichtsrechtlichen Verfahren

gegen BLS bzw. P. anhängig gewesen seien, rechtfertige keine Rückschlüsse auf deren Geschäftsmethoden und erst recht nicht auf die Methoden der weiteren, mit BLS bzw. P. zusammenarbeitenden Vermittlerfirmen. Unter diesen Umständen müsse sich einem Broker ein Missbrauch geschäftlicher Überlegenheit jedenfalls dann aufdrängen, wenn - wie im Streitfall - das Chancen-Risiko-Verhältnis durch hohe Aufschläge stark zum Nachteil des Anlegers verschlechtert werde. So hätten - auch ohne Berücksichtigung der von B. erhobenen "Managementgebühr" - bereits die für die Ankaufvorgänge in Rechnung gestellte "Roundturn-Provision" von USD 125 und die von BLS bzw. P. pro Auftrag kassierte "service charge" von USD 6 bzw. USD 3,80 zu einer Belastung der Kläger mit Gebührenaufschlägen von über 22% und mehr der Optionsprämien geführt. Die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Online-Systems könnten die Beklagte nicht entlasten; ein Blick auf die Kontenbewegungen hätte das extreme Verlustrisiko offenbart. Ferner habe die Beklagte auch als nachgeschaltetes Brokerunternehmen nicht auf eine ordnungsgemäße Aufklärung durch B. vertrauen dürfen; der Vertrauensgrundsatz gelte nicht zugunsten desjenigen, der vor einer sich aufdrängenden Beteiligung an einer unerlaubten Handlung gewissenlos leichtfertig die Augen verschlossen habe. Auch scheitere ein bedingter Vorsatz der Beklagten nicht daran, dass diese möglicherweise nicht mit der Anwendbarkeit deutschen Rechts und bei Anwendung desselben nicht mit der Einstufung ihres Verhaltens als haftungsrelevante Beteiligung an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch B. gerechnet habe.

II.

18 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

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

20 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).

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

22 aa) Hinsichtlich der Kläger zu 1) und zu 2) ist die in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich hierbei stützt, nach § 37h WpHG unverbindlich, weil nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts ihr tatsächlicher Beruf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bekannt ist. Dies geht zu Lasten der in der Einredesituation für das wirksame Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 22).

23 bb) Im Verhältnis zum Kläger zu 3), auf dessen im Juni 2002 begründetes Rechtsverhältnis zur Beklagten der am 1. Juli 2002 in Kraft getretene § 37h WpHG noch keine Anwendung findet, ist die Schiedsklausel unwirksam, weil sie formungültig ist.

24 (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).

25 (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.

26 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 selbst 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).

27 Danach ist deutsches Recht anzuwenden, da der Kläger zu 3) seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat und es sich bei dem Kontoführungsvertrag, in dem die Schiedsklausel enthalten ist, um einen Verbrauchervertrag handelt. Der Kläger zu 3) hat ausdrücklich vorgetragen, dass er die streitgegenständlichen Geschäfte zu privaten Zwecken und damit als Verbraucher getätigt habe. Demgegenüber hat 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) keine der Verbrauchereigenschaft des Klägers zu 3) entgegenstehenden Umstände dargelegt. Der allgemeine Hinweis auf eine "selbständige" Tätigkeit des Klägers zu 3) und seine daraus folgende Kaufmannseigenschaft stehen einer 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).

28 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. 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 handelte (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 36 mwN).

29 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.

30 2. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Klagen stattgegeben hat.

31 a) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht allerdings 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.

32 b) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann aber eine deliktische Teilnehmerhaftung der Beklagten in Bezug auf diese Aufklärungspflichtverletzung nicht bejaht werden. Für die von ihm angenommene bedingt vorsätzliche Teilnahme der Beklagten fehlen insofern die erforderlichen Feststellungen. Das Berufungsgericht hat weder festgestellt, dass die Beklagte positive Kenntnis von der mangelhaften Aufklärung seitens B. hatte, noch hat es Tatsachen festgestellt, aufgrund derer es sich der Beklagten hätte aufdrängen müssen, dass B. nur eine unzureichende Risikoaufklärung vornahm.

III.

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

34 1. Das Berufungsgericht hat allerdings 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.

35 a) 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).

36 b) 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 Gewinnchance 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.

37 2. Hingegen halten die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine haftungsrelevante Beteiligung der Beklagten an der durch B. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 830 BGB) bejaht hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

38 a) 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).

39 b) Auch sind die objektiven Voraussetzungen einer Teilnahme im Sinne von § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB gegeben. Nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung hingenommenen Feststellungen hat die Beklagte mit dem "Fully disclosed clearing agreement" eine auf Dauer angelegte Zusammenarbeit mit BLS bzw. P. begründet und diesen - und damit auch der B. als deren Geschäftspartnerin und Untervermittlerin - über ihr Online-System den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet, die Transaktionskonten der Kläger geführt, deren Einzahlungen 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).

40 c) Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den Teilnehmervorsatz der Beklagten im Sinne von § 830 BGB bejaht hat, sind hingegen rechtsfehlerhaft.

41 Die Feststellung eines vorsätzlichen Handelns der Beklagten unterliegt als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung im Sinne von § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Sie kann lediglich daraufhin überprüft werden, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 35 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 50 mwN). Dieser Prüfung hält das Berufungsurteil im Ergebnis nicht stand.

42 aa) Das Berufungsgericht hat allerdings rechtsfehlerfrei dem unterstellten Umstand, dass gegen BLS bzw. P. keine aufsichtsrechtlichen Verfahren anhängig waren, keine dem Gehilfenvorsatz der Beklagten entgegenstehende Bedeutung beigemessen. Der Umstand, dass ein Finanzdienstleister eine Erlaubnis der Finanzaufsicht besitzt und von dieser überwacht wird, lässt nicht ohne weiteres auf die zivilrechtliche Unbedenklichkeit seines Verhaltens gegenüber seinen Kunden schließen (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, 2035 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) und ermöglicht insbesondere keine Erkenntnisse über das Verhalten etwaiger Untervermittler.

43 bb) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu Aufklärungspflichten bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen (BGH, Urteil 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 bzw. - 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).

44 cc) Auch 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, wegen der nicht vergleichbaren Risiken und der unterschiedlich gelagerten Sachverhalte hier nicht einschlägig (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).

45 dd) Gleichwohl reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Bejahung des Teilnehmervorsatzes der Beklagten nicht aus.

46 (1) 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).

47 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 er-

forderlich, 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).

48 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.

49 (2) Diese Voraussetzungen eines Teilnehmervorsatzes der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seinen Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte positive Kenntnis von den Gebühren und Aufschlägen hatte, die die Kläger an B. bzw. BLS bzw. P. 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.

50 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).

51 1. Dabei 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.

52 2. Hingegen sind zu den subjektiven Voraussetzungen einer Teilnahmehandlung der Beklagten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 38 ff.) und gegebenenfalls nach diesbezüglichem ergänzendem Parteivortrag weitere Feststellungen zu treffen.

53 In diesem Zusammenhang kommt es zunächst darauf an, ob die Beklagte die erhobenen Gebühren und Aufschläge, die die Geschäfte für die Kläger aussichtslos machten, positiv kannte. Dabei kann von Bedeutung sein, dass nach der von den Klägern auf Seite 16 des Schriftsatzes vom 31. Mai 2007 in Bezug genommenen Ziffer 18.1 Satz 2 der Verrechnungsabkommen BLS bzw. P. der Beklagten ein Verzeichnis der Grundprovisionen übergeben sollte, um die Beklagte in die Lage zu versetzen, den Anlegern Provisionen, Zuschläge oder andere Gebühren bzw. Kosten selbst zu belasten, falls BLS bzw. P. entsprechende Anweisungen nicht innerhalb einer von der Beklagten ausbedungenen Frist erteilt.

54 Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, sind Feststellungen dazu erforderlich, ob die Beklagte die zurückliegenden Missbrauchsfälle kannte und damit

wusste, dass für BLS bzw. P. bzw. B. aufgrund der hohen Gebührenaufschläge ein großer Anreiz bestand, ihre geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Kläger auszunutzen. Dabei ist von Bedeutung, ob die geschäftserfahrene Beklagte vor der Begründung ihrer Geschäftsbeziehung zu BLS bzw. P. den Inhalt des deutschen Rechts und der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland ermittelt und dabei auch Kenntnis von den bisherigen Missbrauchsfällen erlangt hat. Gegebenenfalls steht der Umstand, dass im Streitfall mit B. ein nur der BLS bzw. P. - nicht jedoch der Beklagten - vertraglich verbundener (Unter-)Vermittler die Kläger geworben, mit ihnen Geschäftsbesorgungsverträge geschlossen und ihnen 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 zu B., deren Einschaltung ihr im vorliegenden Fall bekannt gewesen sei, keinen unmittelbaren Kontakt gehabt. Die Beklagte hatte es nach den mit BLS bzw. P. geschlossenen Verrechnungsabkommen dieser überantwortet, ihr Anleger zuzuführen und deren Kauf- und Verkaufsorders sowie die anfallenden Provisionen und Gebühren selbst in das Online-System einzugeben. Dabei war der Beklagten bewusst, dass BLS bzw. P. im Rahmen des von ihr jeweils praktizierten Geschäftsmodells nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzte, sondern auch - wie geschehen - Untervermittler einschaltete und diesen die Kontaktaufnahme und Verhandlungen mit den Anlegern überließ. 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 (vgl. Ziffer 17.1.4 der Verrechnungsabkommen) und überdies etwa BLS sogar die Entscheidung darüber überlassen hat, ob und gegebenenfalls welchen ihrer Kunden, Mitarbeiter oder Beauftragten der Zugang zum Online-System der Beklagten eröffnet wurde (vgl. Ziffer 6.1 der zwischen der Beklagten und BLS ge-

troffenen Ergänzungsvereinbarung zum Online-System der Beklagten vom 15. Oktober 2001).

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.10.2007 - 10 O 60/07 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.01.2009 - I-6 U 254/07 -