BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 103/09

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 der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Januar 2009 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 24. Februar 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 (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 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 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 S. jeweils einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Besorgung und Vermittlung von Termingeschäften. Darin verpflichtete sich S. unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzelkontos bei der Beklagten. Er ließ sich für sei-

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

ne Tätigkeit in erheblichem Umfang sowohl fixe Gebühren als auch tätigkeitsabhängige Gebühren versprechen.

5 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages unterzeichnete die Klägerseite im Jahr 2004 bzw. 2005 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) 89.400 €, der Kläger zu 2) 110.120 € und der Kläger zu 3) 115.000 € einzahlte. Nach Ende der Geschäftsbeziehung erhielt der Kläger zu 1) 46.198,90 € zurück; weitergehende Rückzahlungen an alle Kläger sind streitig. Der Differenzbetrag in Höhe von 43.201,10 € (Kläger zu 1) bzw. der Einzahlungsbetrag in Höhe von 110.120 € (Kläger zu 2) und 115.000 € (Kläger zu 3) jeweils zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 881,19 € (Kläger zu 1) bzw. 1.289,06 € (Kläger zu 2 und zu 3) werden 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 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht die Beklagte mit Ausnahme eines Teils der Haupt-, Neben- und Zinsforderung antragsgemäß verurteilt. Mit der - vom Berufungsge-

richt zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren 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 Schiedsklausel hinsichtlich des Klägers zu 1) nach § 37h WpHG unwirksam sei. Hinsichtlich der Kläger zu 2) und zu 3) sei sie unwirksam, weil die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für zukünftige unerlaubte Handlungen nicht durch die in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, die mit einer Rechtswahl verbunden sei, habe abbedungen werden können (Art. 42 EGBGB analog).

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. S. habe als gewerblicher Vermittler von Terminoptionen die Klägerseite vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Denn er 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 S. 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 S. vermittelten Aufträge der Klägerseite zu deren Nachteil über ihr Online-System ausführen lassen. Die Gefahr, dass S. seine 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 dem Vermittler einen hohen Anreiz geboten hätten, seine geschäftliche Überlegenheit zu missbrauchen.

II.

13 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 der Klägerseite nicht bejaht werden.

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

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

17 aa) Hinsichtlich des Klägers zu 1) ist die in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich hierbei stützt, nach § 37h WpHG unverbindlich, weil er nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts kein Kaufmann ist.

18 bb) Im Verhältnis zu den Klägern zu 2) und zu 3) ist die Schiedsklausel wegen Formmängeln nicht wirksam.

19 (1) 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).

20 (2) 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.

21 (a) 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).

22 (b) 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.

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

24 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.).

25 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.).

26 (bb) 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).

27 (cc) 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. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 22) hat keine der Verbrauchereigenschaft entgegenstehenden Umstände dargelegt.

28 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 Aufenthaltstaates 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).

29 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.

30 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht aber den Klagen aufgrund der von ihm getroffenen Feststellung wegen Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) stattgegeben.

31 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.).

32 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 S. 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.

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

34 1. Die rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen allerdings die Annahme, dass S. die Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem er 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.).

35 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).

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

37 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).

38 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 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 51, jeweils mwN).

39 b) Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte positive Kenntnis von den Gebühren und Aufschlägen hatte, die die Kläger an S. zu entrichten hatten. Es ist auch nicht festgestellt, dass die Beklagte die zurückliegenden zahlreichen Missbrauchsfälle kannte und damit wusste, dass für S. aufgrund hoher Gebührenaufschläge ein großer Anreiz bestand, seine 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 S. zustande gekommenen Geschäftsbesorgungsverträgen dokumentiert ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 54).

IV.

40 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).

41 Dabei kann vom Vorliegen einer Haupttat, d.h. einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Kläger durch S. gemäß § 826 BGB, und einer objektiven Teilnahmehandlung der Beklagten ausgegangen werden. Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 23 ff. so-

wie 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 S. gemäß §§ 826, 830 BGB zu treffen haben.

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.10.2007 - 10 O 139/07 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.01.2009 - I-6 U 249/07 -