BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 104/09

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

in dem Rechtsstreit

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 19. Februar 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt 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 Klägerin, eine deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland, verlangt von der Beklagten, einem Brokerhaus mit Sitz im US-Bundesstaat N. , Schadensersatz wegen Verlusten im Zusammenhang mit Terminoptionsgeschäften an US-amerikanischen Börsen.

2 Die der New Yorker Börsenaufsicht unterliegende Beklagte arbeitet weltweit mit Vermittlern zusammen, denen sie über eine Online-Plattform den

Zugang zur Ausführung von Wertpapiergeschäften an Börsen in den USA ermöglicht, den diese mangels einer dortigen Zulassung sonst nicht hätten. Die Vermittler können die Kauf- und 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. lag ein am 21. August 2003 geschlossenes 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 Ziffern 2.0 und 12.1 des Verrechnungsabkommens war die Beklagte unter anderem verpflichtet, für die von S. geworbenen Kunden Einzelkonten einzurichten und hierüber die in Auftrag gegebenen Transaktionen abzuwickeln. In Ziffer 6 des Abkommens wurden S. 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 [S.] 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 18 des Verrechnungsabkommens sollte die Beklagte den Kunden die von S. angewiesenen Provisionen auf deren Konten belasten und von diesen Beträgen ihre eigene Vergütung abziehen.

5 Die Klägerin schloss am 1. Oktober 2004 mit S. einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Durchführung von Börsentermin- und Optionsgeschäften, in dem sich S. unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzelkontos und zur Information über Märkte, Marktsituationen und Handelsempfehlungen des Brokers verpflichtete. Nach einem "Preisaushang", der diesem Vertrag beigefügt war, hatte die Klägerin an S. für jeden Einschuss eine Dienstleistungsgebühr in Höhe von 6% sowie bei Options- und Futuregeschäften eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 10% der realisierten Quartalsgewinne zu zahlen. Ferner schuldete sie für jeden Kauf und Verkauf einer Option bzw. eines Futures als "Brokergebühren" eine "Halfturn-Commission" von 50 USD; hiervon sollte S. jeweils ca. 40 USD als "Innenprovision" rückvergütet bekommen. Schließlich hatte die Klägerin eine "Share Dealing"-Gebühr in Höhe von 2,5% des Kurswertes, mindestens 20 USD je Transaktion, pro Kauf bzw. Verkauf zu entrichten, von der S. 5 USD erhalten sollte.

6 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages legte S. der Klägerin zwecks Eröffnung eines Kontos bei der Beklagten ein englischsprachiges Vertragsformular der Beklagten ("Option Agreement and Approval Form") vor, das in Ziffer 15 der rückseitig abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Schiedsklausel enthält und das die Klägerin am 15. September 2004 unterzeichnete.

7 Im Anschluss daran eröffnete die Beklagte für die Klägerin ein Transaktionskonto, auf das die Klägerin bis zum 11. Oktober 2004 insgesamt 38.500 € einzahlte. Anfang November 2005 erhielt die Klägerin einen Betrag von

909,71 € zurück. Den Differenzbetrag von 37.590,29 € zum eingezahlten Kapital zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 816,93 € macht sie mit der Klage geltend, wobei sie ihr Zahlungsbegehren ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche unter anderem wegen Beteiligung der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch S. stützt. Die Beklagte ist dem in der Sache entgegen getreten und hat zudem die fehlende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gerügt sowie unter Berufung auf die Schiedsklausel in Nr. 15 ihrer Geschäftsbedingungen die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht.

8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat ihr mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung und der Nebenforderung 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 Klage sei zulässig und bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung und der Nebenforderung 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 Klägerin durch den im Inland tätig gewordenen S. ergebe. Die Beklagte habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass S. die Klägerin 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 unwirksam, da die Voraussetzungen des § 37h WpHG in der Person der Klägerin nicht erfüllt seien.

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

15 S. habe die Klägerin 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.

16 Die Beklagte habe sich an dieser vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Klägerin durch S. 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 S. zusammengearbeitet und ihm überhaupt erst den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet habe.

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 S. vermittelten Aufträge der Klägerin zu deren Nachteil ausgeführt. Die Gefahr, dass S. seine geschäftliche Überlegenheit gegenüber der Klägerin 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, die die Klägerin S. geschuldet hat, diesem einen hohen Anreiz geboten hätten, seine geschäftliche Überlegenheit zu missbrauchen. Dass die Beklagte eigene Schutzmaßnahmen ergriffen, insbesondere das Vorgehen des S. in geeigneter Weise überprüft habe, sei nicht ersichtlich. Dass keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen S. anhängig gewesen seien, rechtfertige keine Rückschlüsse auf dessen Geschäftsmethoden. 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 S. erhobenen "Dienstleistungsgebühr", der Gewinnbeteiligung und der "Share Dealing"-Gebühr - bereits die für die Ankaufvorgänge in Rechnung gestellten Gebühren zu einer durchschnittlichen Belastung der Klägerin mit Gebührenaufschlägen von 69,46% 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. Auch habe die Beklagte als nachgeschaltetes Brokerunternehmen nicht auf eine ordnungsgemäße Aufklärung durch S. 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 Klägerin durch S. 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 Klage 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 Klägerin 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. Die in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich

hierbei stützt, ist nach § 37h WpHG unverbindlich, weil der Klägerin nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die Kaufmannseigenschaft fehlt (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 20 f. und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 21 f., jeweils mwN).

22 2. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat.

23 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 S. wegen unzureichender Aufklärung über die Chancenlosigkeit der vermittelten Geschäfte bejaht.

24 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 S. hatte, noch hat es Tatsachen festgestellt, aufgrund derer es sich der Beklagten hätte aufdrängen müssen, dass S. nur eine unzureichende Risikoaufklärung vornahm.

III.

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

26 1. Das Berufungsgericht hat allerdings auf der Grundlage seiner rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen im Ergebnis zutreffend ausgeführt, dass S. die Klägerin vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem er ihr von vornherein chancenlose Börsentermin- und Optionsgeschäfte vermittelte.

27 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).

28 b) Diese Haftungsvoraussetzungen sind nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt. Die von S. verlangten Gebühren brachten

das Chancen-Risiko-Verhältnis aus dem Gleichgewicht. Die dadurch verminderte Gewinnchance musste mit zunehmender Anzahl der Optionsgeschäfte weiter abnehmen. Die an die einzelnen Optionskontrakte anknüpfende "Halfturn-Commission" von jeweils 50 USD für den Kauf und für den Verkauf, die "Share Dealing"-Gebühr von mindestens 20 USD je Transaktion, die pauschale Dienstleistungsgebühr von 6% für jeden Einschuss und die zusätzliche 10%ige Gewinnbeteiligung an einem anfallenden etwaigen Quartalsgewinn machten selbst für den Fall, dass einzelne Geschäfte Gewinn abwarfen, für die Gesamtinvestition jede Chance auf positive Ergebnisse äußerst unwahrscheinlich und ließen den weitgehenden Verlust der eingesetzten Mittel - wie geschehen - so gut wie sicher erscheinen.

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

30 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).

31 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 "Introducing Broker Agreement" eine

auf Dauer angelegte Zusammenarbeit mit S. begründet und ihm über ihr Online-System den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet, das Transaktionskonto der Klägerin geführt, deren Einzahlungen darauf gebucht sowie die von S. berechneten überhöhten Provisionen und Gebühren von diesem Konto an S. abgeführt 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).

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

33 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 (vgl. 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.

34 aa) Das Berufungsgericht hat allerdings rechtsfehlerfrei dem unterstellten Umstand, dass gegen S. keine aufsichtsrechtlichen Verfahren anhängig waren, keine dem Gehilfenvorsatz der Beklagten entgegenstehende Bedeutung beigemessen. 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).

35 bb) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu Aufklärungspflichten bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Senatsurteil 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).

36 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).

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

38 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).

39 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 - wie die Beklagte gegenüber S. - 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 Sittenwid-

rigkeit 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 (vgl. 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).

40 Diese Voraussetzungen eines Teilnehmervorsatzes der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seinen Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte positive Kenntnis von sämtlichen Gebühren und Aufschlägen hatte, die die Klägerin an S. zu entrichten hatte. 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 des S. (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 54).

IV.

41 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).

42 1. Dabei kann vom Vorliegen einer Haupttat, d.h. einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Klägerin durch S. gemäß § 826 BGB, und einer objektiven Teilnahmehandlung der Beklagten ausgegangen werden.

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

44 In diesem Zusammenhang kommt es zunächst darauf an, ob die Beklagte die von S. erhobenen Gebühren und Aufschläge, die die Geschäfte für die Klägerin aussichtslos machten, positiv kannte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der von der Klägerin auf Seite 17 der Replik vom 9. Oktober 2007 in Bezug genommenen Ziffer 18.1 Satz 2 des Verrechnungsabkommens S. 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 S. entsprechende Anweisungen nicht innerhalb einer von der Beklagten ausbedungenen Frist erteilt.

45 Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, sind Feststellungen dazu erforderlich, ob die Beklagte die zurückliegenden Missbrauchsfälle kannte und damit wusste, dass für S. aufgrund der hohen Gebührenaufschläge ein großer Anreiz

bestand, seine geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Klägerin auszunutzen. Dabei ist von Bedeutung, ob die geschäftserfahrene Beklagte vor der Begründung ihrer Geschäftsbeziehung zu S. den Inhalt des deutschen Rechts und der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland ermittelt und dabei auch Kenntnis von den bisherigen Missbrauchsfällen erlangt hat. Außerdem sind Feststellungen dazu erforderlich, ob die Beklagte das Geschäftsmodell des S. der erforderlichen Kontrolle unterzogen oder ob sie S. zu erkennen gegeben hat, ihn ohne Überprüfung nach Belieben schalten und walten zu lassen.

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.01.2008 - 14c O 111/07 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.02.2009 - I-6 U 18/08 -