BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 195/08

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

Ein ausländischer Broker beteiligt sich auch dann bedingt vorsätzlich an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung von Kapitalanlegern, wenn die Vermittlung chancenloser Terminoptionsgeschäfte und die Anweisung der einzelnen Kauf- und Verkaufsorders für den Anleger nicht unmittelbar durch den inländischen Vermittler erfolgen, dem er ohne Überprüfung seines Geschäftsmodells bewusst und offenkundig den unkontrollierten Zugang zu ausländischen Börsen eröffnet, sondern mittelbar über einen dem Vermittler - nicht aber dem Broker - vertraglich verbundenen Untervermittler vorgenommen werden.

BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - XI ZR 195/08 - 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:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Juni 2008 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die am Revisionsverfahren allein noch beteiligten Kläger zu 1) und 3), 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 eige-

nen 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 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."

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

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

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 zu 1) und zu 3) schlossen mit der in D. ansässigen B. & K. GmbH, die zunächst unter B. GmbH firmiert hatte (im Folgenden: B.) und die sowohl mit BLS als auch mit P. in vertraglicher Verbindung stand, jeweils einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Besorgung und Vermittlung von Termingeschäften. Darin verpflichtete sich B. 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 legte B. den Klägern ein englischsprachiges Vertragsformular der Beklagten ("Option Agreement and Approval Form") vor, das in Ziffer 15 seiner rückseitig abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine Schiedsklausel enthält und das die Kläger am 25. Juli 2002 (Kläger zu 1) bzw. am 16. Juni 2003 (Klägerin zu 3) unterzeichneten.

7 Damit einhergehend eröffnete die Beklagte auf Weisung von BLS für den Kläger zu 1) bzw. auf Weisung von P. für die Klägerin zu 3) jeweils ein Transaktionskonto, auf das die Kläger insgesamt 208.803 € (Kläger zu 1) bzw. 15.000 € (Klägerin zu 3) einzahlten. Die Beklagte übersandte in der Folgezeit turnusmäßig an die Kläger Kontoauszüge, denen sie alle drei Monate ein Merkblatt ("Terms and Conditions") beifügte, das eine vom Vertragsformular abweichende Schiedsklausel mit dem auf diese bezogenen Hinweis der Maßgeblichkeit New Yorker Rechts enthielt. Die zahlreich durchgeführten Terminoptionsgeschäfte der Kläger führten überwiegend und auch in der Summe zu Verlusten. Bei Beendigung der jeweiligen Geschäftsbeziehung erhielten die Kläger einen Betrag von 57.491,75 € (Kläger zu 1) bzw. 5.000 € (Klägerin zu 3) zurück. Den jeweiligen Differenzbetrag von 151.311,25 € (Kläger zu 1) bzw. 10.000 € (Klägerin zu 3) zum eingezahlten Kapital zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 2.393,38 € (Kläger zu 1) bzw. 871,31 € (Klägerin zu 3) machen sie mit den Klagen geltend, wobei sie ihr Zahlungsbegehren ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche unter anderem wegen Beteiligung der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch B. zusammen mit BLS bzw. P. 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; das Berufungsgericht hat ihnen mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung stattgegeben.

9 Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte hinsichtlich der Klagen der Kläger zu 1) und zu 3) die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Soweit die Beklagte auch verurteilt worden ist, an die Klägerin zu 2) 185.766 € nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 3.144,56 € zu zahlen, hat sie das Berufungsurteil nicht angegriffen.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist unbegründet.

I.

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

12 Die Klagen seien zulässig. 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 3) unwirksam, da die Voraussetzun-

gen des § 37h WpHG in deren Person nicht erfüllt und daher diese Kläger subjektiv nicht schiedsfähig seien.

13 Die Klage sei auch begründet. Die Kläger hätten gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wegen einer gemeinsam mit B. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 830 BGB).

14 Nach Maßgabe des im Streitfall anwendbaren deutschen Rechts habe die Beklagte sich an einer durch B. begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 BGB beteiligt (§ 830 BGB). 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 Verlustrisikos und die Verringerung ihrer Gewinnchance durch den Aufschlag auf die Optionsprämie richtig einzuschätzen. Hierzu habe die Beklagte objektiv einen Tatbeitrag geleistet, indem sie der über keine Börsenzulassung für die USA verfügenden B. über BLS bzw. P. den Zugang zur New Yorker Börse ermöglicht habe. Dabei habe die Beklagte zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt, denn sie habe billigend in Kauf genommen, dass Anleger ohne hinreichende Aufklärung zu hochspekulativen Börsentermingeschäften veranlasst wurden. Die Beklagte, die als international operierendes großes Online-Brokerhaus durch Rahmenverträge mit deutschen Vermittlerfirmen eine Verbindung zu Deutschland geknüpft habe, habe nämlich das aufsichtsrechtliche Erfordernis einer Genehmigung und die langjährig bestehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Sittenwidrigkeit der Tätigkeit so genannter Terminoptionsvermittler ebenso in Grundzügen gekannt wie zurückliegende zahlreiche Fälle unzureichender Risikoaufklärung. Deshalb habe sie Veranlassung gehabt, Erkundigungen über die Seriosität der BLS bzw. P. und die von

diesen eingesetzten Untervermittler einzuholen. Die von der Beklagten vorgenommene Prüfung, ob eine Genehmigung nach dem Kreditwesengesetz (KWG) vorlag, sei ungenügend gewesen, weil sie keinen Aufschluss über die Erfüllung von Aufklärungspflichten der Vermittler gebe. Gleiches gelte für eine bei den Vermittlern eingeholte Selbstauskunft und die öffentlich-rechtliche Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BAFin). Indem die Beklagte sich insbesondere nicht über die Höhe der anfallenden Gebühren informiert habe, habe sie bewusst die Augen vor dem drohenden Verlust der Kunden verschlossen. Damit habe sie die Verwirklichung der nahe liegenden Gefahr des Missbrauchs geschäftlicher Überlegenheit durch B. in Kauf genommen und zu deren sittenwidrigem Handeln zumindest bedingt vorsätzlich Hilfe geleistet. Insofern sei die Einlassung der Beklagten, sie habe von der Einschaltung von Untervermittlern durch BLS bzw. P. keine Kenntnis gehabt, unerheblich; die Beklagte sei sich der Missbrauchsgefahr bewusst gewesen, weshalb es irrelevant sei, welches Unternehmen letztendlich die Kunden vermitteln würde. Auch könne die Beklagte sich nicht unter Hinweis auf die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Online-Systems entlasten; ein Blick auf die Kontenbewegungen hätte das extreme Verlustrisiko offenbart. Ferner stehe die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in BGHZ 147, 343 ff. der Annahme eines bedingten Vorsatzes der Beklagten nicht entgegen, weil es nicht um die Verletzung eigener Aufklärungspflichten der Beklagten gehe, sondern um deren Mitwirkung an einer sittenwidrigen Schädigung durch B.

II.

15 Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

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

17 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).

18 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 Kläger zu 1) und zu 3) sind nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts keine Kaufleute, so dass die in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel, auf welche die Beklagte sich stützt, nach § 37h WpHG unverbindlich ist (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).

19 2. Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Beteiligung an einer durch B. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) der Kläger bejaht.

20 a) Das Berufungsgericht hat 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.

21 aa) 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).

22 bb) 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 Gewinn-

chance 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.

23 b) Entgegen der Ansicht der Revision hat die Beklagte zumindest bedingt vorsätzlich Beihilfe zu der unerlaubten Handlung der B. geleistet (§ 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB).

24 aa) 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).

25 bb) Das Berufungsgericht hat auch die Teilnahme der Beklagten an der unerlaubten Handlung des B. im Ergebnis zu Recht bejaht.

26 (1) Die Voraussetzungen für die Teilnahme an einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 830 BGB richten sich nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Demgemäß verlangt die Teilnahme neben der Kenntnis

der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern. In objektiver Hinsicht muss eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden können, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 34, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 47, vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 43, 47 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 44, 48, jeweils mwN).

27 Da sich in Fällen der vorliegenden Art nur ausnahmsweise eine ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten zur Vornahme sittenwidriger Handlungen oder eine ausdrückliche Zusage eines Beteiligten zur Hilfeleistung wird feststellen lassen, ergibt sich die Notwendigkeit, die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles, die möglicherweise auch Grundzüge bestimmter zu missbilligender branchentypischer Handlungsweisen aufzeigen, daraufhin zu untersuchen, ob sich ausreichende Anhaltspunkte für die Beteiligung an einem sittenwidrigen Verhalten ergeben. Ist - wie hier - ein sittenwidriges Verhalten festgestellt, unterliegt die tatrichterliche Würdigung, ein Dritter habe daran mitgewirkt, nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Sie kann lediglich darauf überprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine Teilnahme verkannt und ob bei der Würdigung der Tatumstände 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, vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 48, vom

13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 44, 49 und vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 45, 50 mwN).

28 (2) Danach hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler sowohl die objektiven als auch die subjektiven Merkmale einer nach § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB haftungsrelevanten Teilnahmehandlung bejaht.

29 (a) Die objektiven Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen und von der Revision als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung hingenommenen Feststellungen hat die Beklagte über BLS bzw. P. der B. den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet, für die Kläger jeweils ein Transaktionskonto eröffnet und die Einzahlungen der Kläger 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, 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).

30 (b) Auch die tatrichterliche Bejahung der subjektiven Voraussetzungen für eine haftungsbegründende Teilnahme der Beklagten ist nicht zu beanstanden.

31 (aa) 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).

32 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 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).

33 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.

34 (bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht eine tragfähige Grundlage für eine haftungsrechtlich relevante Mitwirkungshandlung der Beklagten auch in subjektiver Hinsicht im Ergebnis rechtsfehlerfrei angenommen.

35 (aaa) Nach den unangegriffenen Feststellungen, die das Berufungsgericht als Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung getroffen hat, kannte die Beklagte bei Begründung ihrer Geschäftsbeziehung mit BLS und P. und der damit verbundenen Eröffnung des Zugangs

zu ihrem vollautomatisch arbeitenden Online-System nicht nur das deutsche Recht und die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland, sondern hatte sie auch Kenntnis von den zurückliegenden zahlreichen Missbrauchsfällen. Damit wusste sie, dass für einen gewerblichen Terminoptionsvermittler wie B. aufgrund der hohen Gebühren ein großer Anreiz bestand, seine geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Anleger auszunutzen.

36 Nach diesem Maßstab steht im Streitfall der Umstand, dass mit B. ein nur der BLS bzw. P. - nicht jedoch der Beklagten - vertraglich verbundener (Unter-)Vermittler die Kläger geworben, ihnen das Vertragsformular der Beklagten zur Unterzeichnung ausgehändigt, mit ihnen einen Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen und die 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 weder von B. noch deren Tätigkeit Kenntnis gehabt. Die Beklagte hatte es nach den mit BLS bzw. P. geschlossenen Verrechnungsabkommen und durch Überlassung ihrer Vertragsformulare an BLS bzw. P. diesen überantwortet, ihr Anleger zuzuführen und deren Kauf- und Verkaufsorders sowie ihre eigenen anfallenden Provisionen und Gebühren in das Online-System einzugeben. Dabei war der Beklagten bewusst, dass BLS bzw. P. im Rahmen des von ihnen jeweils praktizierten Geschäftsmodells nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzten, sondern auch - wie geschehen - Untervermittler einschalteten und diesen die Vertragsformulare sowie die Kontaktaufnahme und Verhandlungen mit den Anlegern überließen. 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 hat (vgl. Ziffer 17.1.4 der Verrechnungsabkommen) und überdies etwa BLS sogar die Entscheidung darüber überließ, ob und gegebenenfalls welchen ihrer Kunden, Mitarbeiter oder Beauftragten der Zugang zum Online-System der Beklagten eröffnet wurde (vgl. Zif-

fer 6.1 der zwischen der Beklagten und BLS getroffenen Ergänzungsvereinbarung zum Online-System der Beklagten vom 15. Oktober 2001).

37 Vor diesem Hintergrund hat die Beklagte, indem sie BLS bzw. P. den Zugang zu ihrem vollautomatischen Online-System von vornherein ohne geeignete Kontrollmaßnahmen eröffnete, eine als möglich vorgestellte vorsätzlich sittenwidrige Schädigung der Anleger durch B. billigend in Kauf genommen. Dass sie das Geschäftsmodell, das B. - hier mit den Klägern - praktizierte, nicht positiv kannte, steht der Annahme eines bedingten Vorsatzes der Beklagten nicht entgegen. Die Beklagte hat zumindest so leichtfertig gehandelt, dass sie die als möglich erkannte Schädigung der Kläger in Kauf genommen haben muss. Die Beklagte, die B. über BLS bzw. P. mit der Eröffnung des Zugangs zu ihrem automatischen Online-System die faktische Ausführung der Transaktionen mit Wirkung für die Anleger und deren Anlagegelder ermöglicht hat, hat trotz der ihr bekannten hohen Missbrauchsgefahr nach ihrem eigenen Vorbringen das Geschäftsmodell von BLS bzw. P. und B. nicht vorab anhand der von deren Untervermittlerin B. vorgehaltenen Vertragsformulare geprüft. Sie hat gegenüber BLS bzw. P. im Verrechnungsabkommen deutlich zu erkennen gegeben, keine Kontrolle ihres Geschäftsgebarens gegenüber ihren Kunden auszuüben (vgl. Ziffer 6.1 der Verrechnungsabkommen), sie also nach Belieben "schalten und walten" zu lassen. Indem sie damit die Augen bewusst vor der sich aufdrängenden Erkenntnis einer Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells von BLS bzw. P. und B. verschloss und diesen gleichwohl ermöglichte, dieses Geschäftsmodell unkontrolliert zu betreiben, hat sie die Verwirklichung der erkannten Gefahr dem Zufall überlassen und zumindest bedingt vorsätzlich Beihilfe zu der unerlaubten Handlung des B. geleistet. Dies wird auch dadurch belegt, dass sie vertraglich jede Verantwortung für den Missbrauch ihres Online-Systems auf BLS bzw. P. abgewälzt hat (vgl. Ziffer 6.3 der Verrechnungsabkommen).

38 Entgegen der Auffassung der Revision musste das Berufungsgericht keine konkreten Ausführungen zum Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Beklagten machen, da sich dieses ohne Weiteres aus den vom Berufungsgericht gewürdigten Indizien - insbesondere auch aus den Regelungen in Ziffer 6 der Verrechnungsabkommen - ergibt (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 44 und vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 58).

39 (bbb) Entgegen der Ansicht der Revision 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, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, wegen der nicht vergleichbaren Risiken und der unterschiedlich gelagerten Sachverhalte hier nicht einschlägig. Terminoptionsgeschäfte sind bereits ihrem Wesen nach in erheblichem Maße risikobehaftet, weshalb gewerbliche Vermittler von Terminoptionsgeschäften, wie dargelegt, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht nur besonders strengen Aufklärungspflichten unterliegen, sondern bei Missbrauch ihrer geschäftlichen Möglichkeiten zum Nachteil der Kunden auch nach § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung haften. Zu diesem allgemeinen geschäftsimmanenten hohen Risiko, das nicht ohne Auswirkungen auf die Prüfpflichten eines Brokerhauses bleiben kann, das - wie die Beklagte - Vermittlern den Zugang zu seinem Online-System eröffnet, kommt hinzu, dass vorliegend B. bzw. BLS und P. über das automatisierte Online-System der Beklagten die Möglichkeit hatten, die Transaktions- und Gebührenanweisungen mit Wirkung für die Anleger und deren Transaktionskonto faktisch selbst durchzuführen. Damit war B. bzw. BLS und P., anders als einem

Anbieter auf einer Internet-Auktionsplattform, der unmittelbare Zugriff auf die bereits auf das Transaktionskonto eingezahlten Anlagegelder der Anleger eröffnet (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).

40 (ccc) 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 und - 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).

41 (3) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die von der Beklagten zur Überprüfung der Seriosität von BLS bzw. P. ergriffenen Maßnahmen als ungeeignet angesehen. Selbstverständlich muss ein ausländischer Broker - wie die Beklagte - vor Begründung einer Geschäftsbeziehung nach Deutschland zunächst den Inhalt des deutschen Rechts ermitteln und sich vergewissern, dass potenzielle Geschäftspartner - wie BLS bzw. P. - die Erlaubnis nach § 32 KWG tatsächlich besitzen und keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen sie geführt werden. Damit darf sich der Broker jedoch nicht begnügen; vielmehr

muss er jedenfalls dann, wenn er - wie oben dargelegt die Beklagte - eine besondere Gefährdungslage schafft, auch prüfen, ob das Geschäftsmodell seines potenziellen Geschäftspartners zivilrechtlich sittenwidrig ist. Das ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil der Vermittler eine Erlaubnis gemäß § 32 KWG hat und der Aufsicht der BAFin unterliegt. Die zivilrechtliche Unbedenklichkeit des tatsächlichen Verhaltens des Erlaubnisinhabers gegenüber Kunden im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit kann weder der Erlaubnis noch dem Bestehen der Finanzmarktaufsicht entnommen werden (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, 2025 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, jeweils mwN).

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.11.2007 - 10 O 97/07 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.06.2008 - I-9 U 17/08 -