BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 351/08

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:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. November 2008 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

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 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."

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 Kläger schlossen mit S. formularmäßige Geschäftsbesorgungsverträge über die Durchführung von Börsentermin- und Optionsgeschäften, in denen sich S. unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzelkontos und zur

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

Information über Märkte, Marktsituationen und Handelsempfehlungen des Brokers verpflichtete. Nach einem "Preisaushang", der diesen Verträgen beigefügt war, hatten die Kläger 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 hatten sie an "Brokergebühren" eine "Halfturn-Commission" von 50 USD bei Kauf und eine "Halfturn-Commission" von 50 USD bei Verkauf einer Option bzw. eines Futures zu zahlen, wovon jeweils ca. 40 USD als "Innenprovision" dem S. rückvergütet werden sollten.

6 In diesem Zusammenhang legte S. den Klägern zwecks Eröffnung eines Kontos bei der Beklagten jeweils 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 Kläger am 7. Juni 2005 (Kläger zu 1), am 9. Juli 2004 (Kläger zu 2) bzw. am 17. Juli 2004 (Kläger zu 3) unterzeichneten.

7 Im Anschluss daran eröffnete die Beklagte für die Kläger jeweils ein Transaktionskonto, auf das die Kläger insgesamt 48.000 € (Kläger zu 1), 61.000 € (Kläger zu 2) bzw. 26.000 € (Kläger 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. Bei Beendigung der jeweiligen Geschäftsbeziehung erhielten die Kläger zu 1) und zu 2) nichts und der Kläger zu 3) gegen Ende des Jahres 2005 insgesamt 7.372,70 € zurück. Den jeweiligen Differenzbetrag von 48.000 € (Kläger zu 1), 61.000 € (Kläger zu 2) bzw. 18.627,30 € (Kläger zu 3) zum eingezahlten Kapital zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten von 790,28 € (Kläger zu 1), 880,54 € (Klä-

ger zu 2) und 538,82 € (Kläger 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 S. 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 Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht.

8 Das Landgericht hat die Klagen und die auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren gerichteten Hilfswiderklagen abgewiesen. Auf die hiergegen gerichteten Berufungen der Kläger hat das Berufungsgericht den Klagen weitgehend stattgegeben; über die mit den Anschlussberufungen der Beklagten weiter verfolgten Hilfswiderklagen hat es keine Entscheidung getroffen.

9 Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte hinsichtlich der Klagen die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils sowie die Verurteilung der Kläger zur Zahlung der mit den Hilfswiderklagen verfolgten außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren.

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 den im Inland tätig gewordenen S. ergebe. Die Beklagte habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass S. 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 dem Kläger zu 1) unwirksam, da die Voraussetzungen des § 37h WpHG in dessen Person nicht erfüllt seien und er daher subjektiv nicht schiedsfähig sei. Im Verhältnis zu den Klägern zu 2) und zu 3) greife die Schiedseinrede nicht durch, wobei ungeachtet § 37h WpHG offen bleiben könne, ob diese Kläger jeweils Kaufmann im Sinne von § 1 HGB seien. Die Schiedsklausel sei jedenfalls in entsprechender Anwendung des Art. 42 EGBGB unwirksam, weil sie in Verbindung mit dem Merkblatt im Ergebnis auf eine vorweggenommene Wahl New Yorker Rechts hinauslaufe, was die Anwendung deutschen Rechts durch ein ausländisches Schiedsgericht nicht erwarten lasse. Die Berufung der Kläger auf die hieraus folgende Unwirksamkeit der Schiedsklausel sei nicht treuwidrig.

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

14 Nach Maßgabe des im Streitfall anwendbaren deutschen Rechts habe die Beklagte sich an einer durch S. begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 BGB beteiligt (§ 830 BGB). S. habe als gewerblicher Vermittler von Terminoptionen die Kläger 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. Hierzu habe die Beklagte objektiv einen Tatbeitrag geleistet, indem sie dem über keine Börsenzulassung für die USA verfügenden S. über ihr Online-System 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 des Vermittlers 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 des Vermittlers gebe. Gleiches gelte für eine bei dem Vermittler 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 S. in Kauf genommen und zu dessen sittenwidrigem Handeln zumindest bedingt vorsätzlich Hilfe geleistet. Insofern könne die Beklagte sich auch nicht un-

ter Hinweis auf die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Online-Systems entlasten; ein Blick auf die Kontenbewegungen hätte das extreme Verlustrisiko offenbart.

II.

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

16 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).

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

18 aa) Dem Kläger zu 1) fehlt bereits die subjektive Schiedsfähigkeit, weil er nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts kein Kaufmann ist, 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). Ob die Kläger zu 2) und zu 3) Kaufleute sind, hat das Berufungsgericht offen gelas-

sen, so dass nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Beklagten § 37h WpHG in Bezug auf ihn der Verbindlichkeit der Schiedsklausel nicht entgegensteht.

19 bb) Im Verhältnis zu den Klägern zu 2) und zu 3) ist die Schiedsklausel deswegen unwirksam, weil sie formungültig ist.

20 (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).

21 (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.

22 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 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).

23 Danach ist deutsches Recht anzuwenden, da die Kläger zu 2) und zu 3) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben und es sich bei den Kontoführungsverträgen, in denen die Schiedsklausel enthalten ist, um Verbraucherverträge handelt. Die Kläger haben ausdrücklich vorgetragen, dass sie die streitgegenständlichen Geschäfte zu privaten Zwecken und damit als Verbraucher getätigt haben. 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 die Verbrauchereigenschaft der Kläger zu 2) und zu 3) entgegenstehenden Umstände dargelegt. Der allgemeine Hinweis auf eine "selbstständige" Tätigkeit dieser Kläger bzw. der Tätigkeit der Kläger als "Installateur" bzw. "Handwerker" stehen eine 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).

24 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., wie im Fall der Kläger zu 2) und zu 3) geschehen, 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 handelt (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08, WM 2010, 2025 Rn. 36 mwN).

25 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.

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

27 a) Das Berufungsgericht hat auf Grundlage seiner rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen im Ergebnis zutreffend ausgeführt, dass S. die Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem er ihnen von vornherein chancenlose Börsentermin- und Optionsgeschäfte vermittelte.

28 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).

29 bb) 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. Sowohl die an die einzelnen Optionskontrakte anknüpfende "Halfturn-Commission" von jeweils 50 USD für den Kauf und für den Verkauf als auch die pauschale Dienstleistungsgebühr von 6% für jeden Einschuss und die darüber hinaus gehende 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.

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

31 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).

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

33 (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).

34 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).

35 (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.

36 (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 S. 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, 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, jeweils mwN).

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

38 (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).

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. - 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).

40 (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.

41 (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 S. 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

S. aufgrund der hohen Gebühren ein großer Anreiz bestand, seine geschäftliche Überlegenheit zum Schaden der Anleger auszunutzen.

42 Vor diesem Hintergrund hat die Beklagte, indem sie S. den Zugang zu ihrem vollautomatischen Online-System von vornherein ohne geeignete Kontrollmaßnahmen eröffnete, eine als möglich vorgestellte vorsätzlich sittenwidrige Schädigung der Anleger durch S. billigend in Kauf genommen. Dass sie das Geschäftsmodell, das S. - 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 S. 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 S. nicht vorab anhand der von ihm nebst "Preisaushang" vorgehaltenen Vertragsformulare geprüft. Sie hat gegenüber S. im Verrechnungsabkommen deutlich zu erkennen gegeben, keine Kontrolle ihres Geschäftsgebarens gegenüber ihren Kunden auszuüben (vgl. Ziffer 6.1 der Verrechnungsabkommen), ihn also nach Belieben "schalten und walten" zu lassen. Indem sie damit die Augen bewusst vor der sich aufdrängenden Erkenntnis einer Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells von S. verschloss und diesem 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 S. geleistet. Dies wird auch dadurch belegt, dass sie vertraglich jede Verantwortung für den Missbrauch ihres Online-Systems auf S. abgewälzt hat (vgl. Ziffer 6.3 der Verrechnungsabkommen).

43 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 des Verrechnungsabkommens - 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).

44 (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 S. über das automatisierte Online-System der Beklagten die Möglichkeit hatte, die Transaktions- und Gebührenanweisungen mit Wirkung für die Anleger und deren Transaktionskonto faktisch selbst durchzuführen. Damit war S., anders als einem Anbieter auf einer Internet-Auktions-

plattform, 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).

45 (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).

46 (3) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die von der Beklagten zur Überprüfung der Seriosität von S. 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 S. - die Erlaubnis nach § 32 KWG tatsächlich besitzen und keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen sie geführt werden. Da-

mit 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 28.03.2008 - 15 O 291/07 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.11.2008 - I-9 U 91/08 -