



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 349/08

Verkündet am:  
8. Juni 2010  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 1031 Abs. 5;

EGBGB Art. 29 aF;

BGB § 826 A

- a) Schiedsklauseln in Verträgen ausländischer Broker mit inländischen Verbrauchern sind nach deutschem Recht zu beurteilen und müssen die Form des § 1031 Abs. 5 ZPO einhalten.
- b) Ein ausländischer Broker beteiligt sich bedingt vorsätzlich an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung von Kapitalanlegern durch einen inländischen Terminoptionsvermittler, wenn er diesem ohne Überprüfung seines Geschäftsmodells bewusst und offenkundig den unkontrollierten Zugang zu ausländischen Börsen eröffnet.

BGH, Urteil vom 8. Juni 2010 - XI ZR 349/08 - OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Müller, Dr. Ellenberger, Maihold und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. November 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgesicht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger, Deutsche mit Wohnsitz in Deutschland, verlangen von der Beklagten, einem Brokerhaus mit Sitz im US-Bundesstaat New Jersey, 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 Verkauforders 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 V.            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, nach dessen Ziffern 2.0 und 12.1 die Beklagte unter anderem verpflichtet war, 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. ... P.            ist nicht verpflichtet, Erkundigungen bezüglich der Tatsachen anzustellen, die mit einer von P.            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 nach vorausgegangener telefonischer Werbung am 7. Juni 2005 (Kläger zu 1) bzw. am 21. April 2005 (Kläger zu 2 und 3) mit S. formularmäßige Geschäftsbesorgungsverträge über die Durchführung von Bör-

sentermin- und Optionsgeschäften, in denen sich S. unter anderem zur Vermittlung eines Brokereinzekontos und zur 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 wurden.

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 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine Schiedsklausel enthält und das die Kläger am 8. und am 14. April 2005 (Kläger zu 2 bzw. zu 3) bzw. am 25. Mai 2005 (Kläger zu 1) unterzeichneten.

7 Im Anschluss daran eröffnete die Beklagte für die Kläger jeweils ein Transaktionskonto, auf das die Kläger insgesamt 63.500 € (Kläger zu 1), 102.800 € (Kläger zu 2) bzw. 137.000 € (Kläger zu 3) einzahlten. Die Beklagte übersandte in der Folgezeit turnusmäßig an die Kläger Kontoauszüge, denen sie jeweils ein Merkblatt ("Terms and Conditions") beifügte, das eine vom Vertragsformular abweichende Schiedsklausel mit dem Hinweis der Maßgeblichkeit New Yorker Rechts enthielt. Die im Zeitraum von April bis September 2005 durchgeführten Termingeschäfte der Kläger endeten verlustreich. Sie erhielten bei Beendigung der jeweiligen Geschäftsbeziehung Ende 2005 bzw. Anfang 2006 entweder nichts (Kläger zu 1) oder insgesamt 39.676,43 € (Kläger zu 2) bzw. 28.925,61 € (Kläger zu 3) zurück. Den jeweiligen Differenzbetrag von

63.500 € (Kläger zu 1), 63.123,57 € (Kläger zu 2) bzw. 108.074,39 € (Kläger zu 3) zum eingezahlten Kapital zuzüglich Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten machen sie mit den Klagen geltend, wobei sie ihr Zahlungsbegehren auf 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 in Ziffer 15 ihrer Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsklausel die Unzulässigkeit der Klagen geltend gemacht.

8 Das Landgericht hat die Klagen ebenso abgewiesen wie die Hilfswiderklagen, mit denen die Beklagte ihre vorprozessualen Rechtsanwaltsgebühren geltend macht. Auf die hiergegen gerichteten Berufungen der Kläger hat das Berufungsgericht den Klagen mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung 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 begründet. Sie führt 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. 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 danach davon Kenntnis gehabt, 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, wobei ungeachtet § 37h WpHG offen bleiben könne, ob die Kläger jeweils Kaufmann im Sinne von § 1 HGB seien. Die Schiedsklausel sei jedenfalls in entsprechender Anwendung des Art. 42 EGBGB unwirksam. Denn im Ergebnis laufe sie in Verbindung mit der Rechtswahlklausel in dem Merkblatt "Terms and Conditions", das den nach Vertragsschluss turnusmäßig übersandten Kontoauszügen beigelegt gewesen sei, auf eine vorweggenommene Wahl New Yorker Rechts hinaus, 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 Klage sei 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 beteiligt. 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 worden seien. Die Beklagte, die als international operierendes großes Online-Brokerhaus durch Rahmenverträge mit deutschen Vermittlerfirmen eine Verbindung zu Deutschland geknüpft habe, habe nämlich Erkundigungen über die in Deutschland geltende Rechtslage eingezogen und deswegen das Erfordernis einer aufsichtsrechtlichen Erlaubnis der Vermittlungstätigkeit und die langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Aufklärungspflichten eines deutschen Vermittlers ebenso in Grundzügen gekannt wie zahlreiche zurückliegende 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) vorliege, 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). Trotz der offenkundigen Erkenntnis, dass die hohen Vergütungen des Anlagevermittlers diesem einen erheblichen Anreiz böten, seine geschäftliche Überlegenheit missbräuchlich gegenüber den geworbenen Kunden auszunutzen, habe die

Beklagte auf nahe liegende, sich geradezu aufdrängende Kontrollmöglichkeiten verzichtet. Indem sie sich insbesondere nicht über die Höhe der anfallenden Gebühren informiert habe, habe die Beklagte bewusst die Augen vor dem drohenden Verlust der Kunden verschlossen. Damit habe sie die Verwirklichung der aus dem extremen Verlustrisiko und der transaktionsabhängigen Vergütung des Anlagevermittlers folgende nahe liegende 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 unter Hinweis auf die Gesichtspunkte des Massengeschäfts und des Online-Systems entlasten; ein Blick auf die Kontenbewegungen hätte das extreme Verlustrisiko offenbart.

## II.

### A.

15 Entgegen der Rüge der Revision ist der erkennende Senat zuständig, den vorliegenden Rechtsstreit zu entscheiden. Zwar liegt die primäre Zuständigkeit für die hier streitigen Ansprüche aus unerlaubter Handlung beim VI. Zivilsenat (Geschäftsverteilungsplan 2008 A. I. VI. Zivilsenat 1). Diese Zuständigkeit ist jedoch nicht maßgeblich, wenn für den in der Revisionsinstanz noch streitigen Teil eines Rechtsstreits überwiegend Fragen aus einem Rechtsgebiet in Betracht kommen, für das ein anderer Senat zuständig ist (Geschäftsverteilungsplan 2008 A. VI. 2. a)). Da ist hier das Börsenrecht, für das der XI. Zivilsenat zuständig ist (Geschäftsverteilungsplan 2008 A. I. XI. Zivilsenat 1. c)). Aus diesem Grund hat der VI. Zivilsenat zahlreiche Parallelverfahren, die bei ihm eingegangen waren, an den XI. Zivilsenat abgegeben, nachdem die

Beklagte, die offensichtlich ebenfalls von der Zuständigkeit des XI. Zivilsenats überzeugt war, ausdrücklich darum gebeten hatte.

B.

16 Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich die Zulässigkeit der Klagen nicht bejahen. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um abschließend entscheiden zu können, ob dem Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten die von der Beklagten erhobene Schiedseinrede entgegensteht.

17 1. Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend die - auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende (vgl. BGHZ 182, 24, Tz. 9; Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 17, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; BGH, Urteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, WM 2010, 928, Tz. 8, jeweils mwN) - internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Klagen bejaht. Nach dem im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung maßgeblichen Vorbringen der Kläger ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß der hier anwendbaren Regelung des § 32 ZPO gegeben, weil der Haupttäter, dem die Beklagte Beihilfe geleistet haben soll, in Deutschland gehandelt hat (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 18 f., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

18 2. Dagegen kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung die Wirksamkeit der Schiedsklausel in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen, auf die sich die Beklagte berufen hat, nicht verneint werden.

19 Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Schiedsklausel sei analog Art. 42 EGBGB unwirksam, weil die Wahl New Yorker Rechts in dem nach Vertragsschluss mit den Kontoauszügen übersandten Merkblatt im Ergebnis auf eine vorweggenommene Wahl des auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbaren Rechts hinauslaufe und eine Anwendung deutschen Rechts durch das Schiedsgericht nicht erwarten lasse, ist rechtsfehlerhaft. Sie verkennt, dass die Beklagte die Einrede des Schiedsvertrages ausschließlich auf die Schiedsklausel in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen stützt, die eine Rechtswahl nicht vorsieht und auch im Übrigen mit der in dem Merkblatt enthaltenen Schiedsklausel inhaltlich nicht übereinstimmt, weil diese - indem sie sich nur auf Meinungsverschiedenheiten zwischen der Beklagten und Anlegern beschränkt - ihren persönlichen Anwendungsbereich enger fasst und auch das den Anlegern in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen eingeräumte Wahlrecht nicht vorsieht.

### III.

20 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

21 1. Die Schiedsvereinbarung wäre allerdings unverbindlich, wenn die Kläger keine Kaufleute wären. Nach § 37h WpHG sind Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften nur verbindlich, wenn beide Vertragsteile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 20 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

- 22 a) Das gilt auch im Anwendungsbereich des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (BGBl. 1961 II S. 121; im Folgenden: UNÜ). Entgegen der Auffassung der Revision verstößt § 37h WpHG nicht gegen Art. II Abs. 1 UNÜ (vgl. Assmann/Schneider/Sethe, WpHG, 5. Aufl., § 37h Rn. 36 mit Fn. 6; Reithmann/Martiny/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 2541; Schwark/Zimmer, KMRK, 3. Aufl., § 37h WpHG Rn. 5, 7; aA Lehmann, SchiedsVZ 2003, 219, 224 f.; ihm folgend Jordans, Schiedsgerichte bei Termingeschäften und Anlegerschutz, S. 263 ff., 267; Iffland, Börsenschiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und Russland, S. 183 f.). Die Revision verkennt, dass die Regelung des § 37h WpHG eine Beschränkung nur der subjektiven Schiedsfähigkeit enthält (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 21, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN) und daher nicht mit § 91 GWB aF (BGBl. 1957 I S. 1081, 1098) verglichen werden kann (vgl. Assmann/Schneider/Sethe, aaO, § 37h Rn. 36 mit Fn. 6 aE). In Bezug auf die subjektive Schiedsfähigkeit sieht das UNÜ indes keine autonome Regelung vor, sondern eröffnet vielmehr über Art. V Abs. 1 Buchst. a) UNÜ ausdrücklich den Rückgriff auf das für die Parteien maßgebliche persönliche Recht (so auch Lehmann, SchiedsVZ 2003, 219, 224); dies ist hier deutsches Recht.
- 23 b) Das Berufungsgericht hat jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob die Kläger Kaufleute im Sinne von § 1 HGB sind. Mangels diesbezüglicher Feststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob die Schiedsvereinbarung hier nach § 37h WpHG verbindlich oder unverbindlich ist.
- 24 2. Aufgrund der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann der Senat auch nicht abschließend entscheiden, ob die Schiedsklausel formgültig ist.

- 25 a) Die Schiedsklausel erfüllt allerdings nicht die in Art. II UNÜ vorgeschriebene Form, die auch in der - hier gegebenen - Einredesituation des § 1032 Abs. 1 ZPO gewahrt sein muss, wenn die Schiedsabrede - wie hier - zu einem ausländischen Schiedsspruch im Sinne von Art. I Abs. 1 UNÜ führen kann (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1987 - II ZR 124/86, WM 1987, 1153, 1155; Senatsbeschluss vom 21. September 1993 - XI ZR 52/92, WM 1993, 2121, 2122, jeweils mwN).
- 26 aa) Art. II Abs. 1 UNÜ fordert eine schriftliche Vereinbarung. Darunter ist nach Art. II Abs. 2 UNÜ eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben. Beides ist hier nicht der Fall.
- 27 bb) Die erste Schriftformalternative ist nicht erfüllt, weil der Kontoführungsvertrag, auf dessen Rückseite unter anderem die Schiedsklausel der Beklagten abgedruckt ist, nur von den Klägern unterzeichnet worden ist und damit nicht das beiderseitige (sog. volle) Schriftformerfordernis wahrt (vgl. dazu Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 6678; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 1031 Rn. 22 f., jeweils mwN). Auch ein Schriftwechsel im Sinne des Art. II Abs. 2 Alt. 2 UNÜ liegt nicht vor. Ein solcher lässt sich nicht aus der nach Vertragsschluss erfolgten Übersendung des den Kontoauszügen jeweils beigefügten Merkblatts mit der darin befindlichen Schiedsklausel herleiten. Abgesehen davon, dass die Beklagte sich auf diese inhaltlich von Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen abweichende Schiedsklausel nicht berufen hat, befand sie sich nur in dem Merkblatt, das die Beklagte den Klägern übersandte, mithin nicht in gewechselten Schriftstücken (vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. September 2005 - III ZB 18/05, WM 2005, 2201, 2202).

- 28            b) Die Kläger verhalten sich nicht widersprüchlich, indem sie sich auf die Formungültigkeit der Schiedsklausel berufen. Dabei kann dahinstehen, ob das Verbot widersprüchlichen Verhaltens dem UNÜ inhärent ist und es danach einer Partei, die eine Schiedsvereinbarung unterschrieben hat, verwehrt sein kann, unter Hinweis darauf, dass der die Schiedseinrede erhebende Vertragspartner sie selbst nicht unterschrieben hat, die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung geltend zu machen (vgl. Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 6698, mwN). Denn den Klägern kann schon deswegen kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, weil die Beklagte sich ihrerseits widersprüchlich verhalten hat. Sie hat nicht nur von vornherein im Vertragsformular ein Unterschriftenfeld und damit eine Unterschrift für sich selbst nicht vorgesehen, sondern zusammen mit den Kontoauszügen das Merkblatt "Terms and Conditions" mit einer Schiedsklausel übersandt, die mit der in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen inhaltlich nicht übereinstimmt.
- 29            c) Trotz der Nichteinhaltung der Form des Art. II UNÜ kann die Schiedsvereinbarung aber über den Meistbegünstigungsgrundsatz des Art. VII UNÜ formwirksam sein, wenn das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht geringere Formanforderungen stellt und diese erfüllt sind (vgl. BGH, Beschluss vom 21. September 2005 - III ZB 18/05, WM 2005, 2201, 2203). Allerdings reichen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus, um entscheiden zu können, welche nationalen Formvorschriften auf die streitgegenständliche Schiedsvereinbarung anwendbar sind.
- 30            aa) Zustandekommen und Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung bemessen sich im Kollisionsfall nach den Regeln des deutschen internationalen Privatrechts (BGHZ 40, 320, 322 f.; 49, 384, 386). Die danach im Streitfall zeitlich noch anwendbaren Art. 27 ff. EGBGB aF (BGH, Beschluss vom 21. September 2005 - III ZB 18/05, WM 2005, 2201, 2203) führen zur Geltung

des Statuts des Hauptvertrages, mit dem die Schiedsvereinbarung regelmäßig die engste Verbindung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 EGBGB aF aufweist (vgl. BGH, Beschluss vom 21. September 2005 - III ZB 18/05, WM 2005, 2201, 2203), wenn eine ausdrückliche auf sie bezogene Rechtswahl fehlt.

31 Das ist hier der Fall. Die Parteien haben in Bezug auf die Schiedsklausel, die keinen bestimmten Schiedsort festlegt, eine Rechtswahl nicht getroffen. Die zwischen den Parteien zustande gekommenen Kontoführungsverträge sehen eine derartige Vereinbarung nicht vor. Auch eine nachträgliche Rechtswahlvereinbarung ist zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Zwar befindet sich in dem letzten Satz des mit "Arbitration Agreement" überschriebenen Abschnitts im Merkblatt "Terms and Conditions" jeweils eine Wahl New Yorker Rechts. Jedoch bezieht sich diese Rechtswahl nur auf die in diesem Abschnitt abgedruckte Schiedsklausel, auf die sich die Beklagte bei der von ihr erhobenen Einrede der Schiedsvereinbarung gerade nicht beruft und die mit der von der Beklagten insoweit geltend gemachten Schiedsklausel in Ziffer 15 der Geschäftsbedingungen auch inhaltlich nicht übereinstimmt.

32 bb) Nichts anderes würde sich ergeben, wenn mit der Revision den von der Rechtsprechung abweichenden Stimmen im Schrifttum zu folgen wäre, nach denen das Recht des vereinbarten Schiedsortes auf die Schiedsvereinbarung anzuwenden sein soll (vgl. Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 6612, 6620, mwN). Nach der streitgegenständlichen Schiedsvereinbarung kann zwischen mehreren Schiedsorten unterschiedlicher Rechtsordnungen frei gewählt werden, so dass ein bestimmter Schiedsort noch nicht feststeht. Für einen solchen Fall ist auch nach dieser Auffassung das für den Hauptvertrag geltende Recht maßgeblich (vgl. Hausmann, aaO, Rn. 6615, 6627, mwN).

33 cc) Der Senat kann indessen die Frage, welches Recht auf die zwischen den Parteien zustande gekommenen Kontoführungsverträge anzuwenden ist, nicht abschließend beantworten, weil es dafür entscheidend darauf ankommt, ob es sich dabei um Verbraucherverträge handelt.

34 (1) Das Berufungsgericht hat keine näheren Feststellungen dazu getroffen, ob - was auch bei gegebener Kaufmannseigenschaft der Kläger möglich wäre - die zwischen den Parteien zustande gekommenen Verträge jeweils einem Zweck dienen, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit der Kläger zugerechnet werden kann (vgl. dazu Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 13 Rn. 3). Dabei gelten Bank- und Börsengeschäfte, die der Pflege des eigenen Vermögens dienen, grundsätzlich nicht als berufliche oder gewerbliche Tätigkeit (vgl. Senat BGHZ 149, 80, 86; OLG Frankfurt, WM 2009, 718, 719; Reithmann/Martiny/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 2351; Staudinger/Magnus, BGB [2002], Art. 29 EGBGB Rn. 33).

35 (2) Liegen Verbraucherverträge vor, führt das zur Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates der Kläger (Art. 29 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Art. 35 EGBGB aF), mithin zur Anwendung deutschen Sachrechts. Dessen über Art. 29 Abs. 3 Satz 2 EGBGB aF berufene Formvorschrift des § 1031 Abs. 5 ZPO ist vorliegend nicht gewahrt, so dass die Schiedsvereinbarung unwirksam wäre.

36 Art. 29 (Abs. 1 bis 3) EGBGB aF ist hier gegebenenfalls nicht durch Art. 29 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EGBGB aF ausgeschlossen. Die Beklagte hatte nach dem maßgeblichen Vertragsinhalt (vgl. Senatsurteil vom 25. Januar 2005 - XI ZR 78/04, WM 2005, 423, 425) 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 Aufent-

haltsstaat 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. Huber, IPRax 2009, 134, 139 in Fn. 58; E. Lorenz in FS Kegel [1987] S. 303, 320 f.; Soergel/von Hoffmann, EGBGB, 12. Aufl., Art. 29 Rn. 27; Spindler, IPRax 2001, 400, 408 mit Hinweis auf parallele Behandlung von Art. 29 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EGBGB und §§ 31 f. WpHG; ferner jeweils zu § 31 Abs. 3 WpHG aF: Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf eines Gesetzes über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften [Zweites Finanzmarktförderungsgesetz] in BT-Drucks. 12/7918, S. 104 zu § 30a Abs. 3 WpHG mit Hinweis auf die "entsprechende Regelung" des Art. 29 Abs. 4 EGBGB; Assmann/Schneider/Koller, WpHG, 5. Aufl., § 31 Rn. 67; Fuchs/Fuchs, WpHG, 1. Aufl., § 31 Rn. 325; von Hein, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, S. 361; KK-WpHG/Möllers, WpHG, 1. Aufl., § 31 Rn. 310 f.; Reithmann/Martiny/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 2505 aE; aA Giesberts, Anleger-schutz und anwendbares Recht bei ausländischen Börsentermingeschäften, S. 271 f.; Schlosser in FS Steindorff, S. 1379, 1384).

#### IV.

37 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).

- 38           1. Das Berufungsgericht wird zunächst Feststellungen zur Kaufmannseigenschaft der Kläger bzw. zum Vorliegen von Verbraucherverträgen nachzuholen haben, wobei in der hier gegebenen Einredesituation die Beklagte für das wirksame Zustandekommen der Schiedsvereinbarung darlegungs- und beweisbelastet ist (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 22, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).
- 39           2. Für den Fall, dass das Berufungsgericht aufgrund der noch zu treffenden Feststellungen die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung verneinen und damit die Zulässigkeit der Klagen feststehen sollte, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Beteiligung an einer durch S. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) der Kläger bejaht hat, auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Revision in ihrem Schriftsatz vom 31. Mai 2010 im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden sind.
- 40           a) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend und von der Revision nicht angegriffen ausgeführt, dass S. die Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, indem er ihnen von vornherein chancenlose Börsentermin- und Optionsgeschäfte vermittelte.
- 41           aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet ein außerhalb des banküblichen Effektenhandels tätiger gewerblicher Vermittler von Terminoptionen nicht nur aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, wenn er über das Verlustrisiko und die Verringerung der Gewinnchancen durch den Aufschlag auf die Optionsprämien unzureichend aufklärt, sondern auch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB, wenn sein Geschäftsmodell darauf angelegt ist, für den Anleger von vornherein chancenlose Geschäfte

zum ausschließlich eigenen Vorteil zu vermitteln (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 25 f., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN). 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. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 26, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).

42           bb) So liegt der Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die mit denen in dem vom Senat entschiedenen Parallelfall (Urteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 26, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) übereinstimmen, auch hier. Die von S. verlangten Gebühren brachten das Chancen-Risiko-Verhältnis aus dem Gleichgewicht. Die dadurch verminderte Gewinnchance musste mit zunehmender Anzahl der Optionsgeschäfte, die S. nach seinem Belieben steigern konnte, 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. Damit haftet S. aus § 826 BGB, weil sein Geschäftsmodell von vornherein darauf angelegt war, uninformierte, leichtgläubige Menschen - wie hier die Kläger - unter sittenwidriger Ausnutzung ihres

Gewinnstrebens und ihres Leichtsinns als Geschäftspartner zu gewinnen und sich auf deren Kosten zu bereichern.

43            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).

44            aa) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht insoweit deutsches Deliktsrecht auf den Streitfall angewendet.

45            Die Beklagte hat entscheidende Teilnahmehandlungen in Deutschland vorgenommen (Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB), indem sie hier ihr Vertragsformular über S. den Klägern hat vorlegen und es sich hier von den Klägern hat unterschreiben lassen. Hierbei handelte es sich nicht lediglich um eine Vorbereitungshandlung, sondern um einen unverzichtbaren Tatbeitrag, ohne den die Kläger ihre Anlagebeträge nicht aus dem Inland auf das bei der Beklagten eröffnete Konto überwiesen hätten. Darüber hinaus ist in Fällen der vorliegenden Art auch nach Art. 41 Abs. 1 EGBGB deutsches Recht anzuwenden, weil die den Sachverhalt wesentlich prägende Handlung in Deutschland stattgefunden hat (vgl. auch Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 30 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).

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

47            (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. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 34, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).

48 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. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 35, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).

49 (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.

- 50 (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 ihr Online-System S. den Zugang zur New Yorker Börse eröffnet, für die Kläger jeweils ein Transaktionskonto eröffnet und die Einzahlungen der Kläger darauf gebucht sowie die von S. berechneten überhöhten Provisionen und Gebühren von diesen Konten an S. abgeführt und damit am Gesamtvorgang fördernd mitgewirkt (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 37, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).
- 51 (b) Auch die tatrichterliche Bejahung der subjektiven Voraussetzungen für eine haftungsbegründende Teilnahme der Beklagten ist nicht zu beanstanden.
- 52 (aa) Die subjektiven Voraussetzungen einer haftungsrechtlich relevanten Mitwirkungshandlung sind erfüllt, wenn ein ausländischer Broker, der mit einem inländischen gewerblichen Terminoptionsvermittler zusammenarbeitet, positive Kenntnis von dessen in der Gebührenstruktur zum Ausdruck kommenden Geschäftsmodell hat, d.h. wenn er die vom Vermittler erhobenen Gebühren und Aufschläge kennt, die die Geschäfte für den Anleger von vornherein chancenlos machen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet gemäß § 826 BGB aber nicht nur, wer die die Sittenwidrigkeit seines Handelns begründenden Umstände positiv kennt, sondern auch, wer sich dieser Kenntnis bewusst verschließt und etwa seine Berufspflichten in solchem Maße leichtfertig verletzt, dass sein Verhalten als bedenken- und gewissenlos zu bezeichnen ist. Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist. Von vorsätzlichem Handeln ist auszugehen, wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben

muss (vgl. dazu insgesamt Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 39, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).

53 Für den Gehilfenvorsatz ist ausreichend, wenn die Hilfeleistung nicht der eigentliche oder einzige Beweggrund für den Helfer ist. Beihilfe kann auch leisten, wer mit der Unterstützung des Täters andere Absichten und Ziele verfolgt, ja es innerlich ablehnt, dem Täter zu helfen. Nimmt er gleichwohl die Förderung der Tat bewusst in Kauf, dann deckt der so betätigte Ausführungswille diese. In Kauf nehmen liegt auch dann vor, wenn man sich mit dem Eintritt eines an sich unerwünschten Erfolges abfindet und es dem Zufall überlässt, ob er eintritt oder nicht (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 40, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).

54 (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.

55 (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.

56

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 des S. nicht vorab anhand der von ihm nebst "Preisaushang" vorgehaltenen Vertragsformulare geprüft. Sie hat gegenüber S. im Verrechnungsabkommen deutlich zu erkennen gegeben, keine Kontrolle seines Geschäftsgebarens gegenüber seinen Kunden auszuüben (vgl. Ziffer 6.1 des Verrechnungsabkommens), 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 des Verrechnungsabkommens).

57

Soweit die Revision mit nachgereichtem Schriftsatz vom 31. Mai 2010 vorbringt, diese Erwägungen verstießen gegen Denkgesetze und stünden im Widerspruch sowohl zur Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 147, 343, 353) als auch zur deutschen und europäischen Rechtsordnung (§ 31e

Nr. 1 WpHG bzw. Art. 20 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABI. EU Nr. L 145, S. 1 bis 44), trifft das nicht zu. Aus der Richtlinie 2004/39/EG und § 31e WpHG kann die Beklagte schon deshalb nichts herleiten, weil diese Regelungen erst nach Zustandekommen des Verrechnungsabkommens in Kraft getreten sind. Im Übrigen verkennt sie, dass der im Senatsurteil vom 8. Mai 2001 (BGHZ 147, 343, 353) zugunsten des kundenferneren Finanzdienstleistungsunternehmens aufgestellte Vertrauensgrundsatz im Streitfall keine Anwendung findet, weil es hier nicht um eine Haftung der Beklagten wegen der Verletzung ihr obliegender Aufklärungs- bzw. Informationspflichten geht, sondern um eine solche wegen der Beteiligung an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach §§ 826, 830 BGB. Zudem kann bei vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen und hierzu vorsätzlich geleisteter Beihilfe, d.h. bei kollusivem Zusammenwirken der beteiligten Wertpapierdienstleistungsunternehmen, ohnehin kein Unternehmen auf eine ausreichende Aufklärung des Anlegers durch das andere Unternehmen vertrauen.

58 In diesem Zusammenhang musste das Berufungsgericht auch 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.

59 (bbb) Entgegen der Ansicht der Revision sind die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur Internetversteigerung (BGHZ 158, 236; 172, 119 und Urteil vom 30. April 2008 - I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136), 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 mit dem Risiko des Missbrauchs durch gewerbliche Vermittler behaftet, weshalb diese, wie dargelegt, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht nur besonders strengen Aufklärungspflichten unterliegen (vgl. Senat, BGHZ 124, 151, 157), sondern bei Missbrauch ihrer geschäftlichen Möglichkeiten zum Nachteil der Kunden auch nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung haften. Zu diesem allgemeinen geschäftsimmanenten hohen Missbrauchsrisiko, 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-Auktionsplattform, der unmittelbare Zugriff auf die bereits auf das Transaktionskonto eingezahlten Anlagegelder der Anleger eröffnet (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 45, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

60 Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision, mit denen diese eine Vergleichbarkeit ihres Geschäftsmodells mit dem des Betreibers einer Internet-Auktionsplattform und die Übertragung der für diesen geltenden Haftungsgrundsätze auf sich postuliert, sind aus den vorstehend genannten Erwägungen unbegründet. Die Revision lässt unberücksichtigt, dass es sich bei dem Online-System der Beklagten nicht um einen virtuellen Marktplatz für den Verkauf beliebiger Waren handelt, zu dem jeder Interessent Zugang hat und durch dessen

Betrieb - wie etwa in Fällen von Markenrechtsverletzungen - unbeteiligte Dritte geschädigt werden können, sondern um eine Plattform für die Abwicklung von Börsentermingeschäften, deren erhebliche spezifische Risiken typischerweise die ihr durch die Vermittler zugeführten Anleger, mithin ein klar definierter Personenkreis, tragen, denen die Beklagte durch den Kontoführungsvertrag vertraglich verbunden ist und deren Vermögensinteressen sie als vertragliche Nebenpflicht zu wahren hat. Aus entsprechenden Gründen ist auch die von der Beklagten erwogene Vergleichbarkeit des Streitfalls mit der Haftung eines privaten WLAN-Anschlussbetreibers für Rechtsverletzungen durch außen stehende Dritte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12. Mai 2010 - I ZR 121/08, NJW 2010, 2061) nicht gegeben.

61           (3) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht schließlich 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. Damit darf sich der Broker jedoch nicht begnügen; vielmehr muss er jedenfalls dann, wenn er - wie hier die Beklagte durch Verschaffung des Zugangs zu ihrem vollautomatischen Online-System - eine besondere Gefährdungslage schafft, auch prüfen, ob das Geschäftsmodell seines potentiellen 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. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 46, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, mwN).

Wiechers

RiBGH Dr. Müller ist aus dem Dienst ausgeschieden und daher an der Unterschrift gehindert.

Ellenberger

Wiechers

Maihold

Matthias

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.03.2008 - 15 O 289/07 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.11.2008 - I-9 U 87/08 -