Verfahrensgang
OLG Düsseldorf, Urt. vom 16.01.2009 – I-16 U 68/08, IPRspr 2010-210a
BGH, Urt. vom 08.06.2010 – XI ZR 41/09, IPRspr 2010-210b

Rechtsgebiete
Schiedsgerichtsbarkeit
Zuständigkeit → Besonderer Deliktsgerichtsstand

Rechtsnormen
BGB **§ 826**; BGB **§ 830**
EGBGB **Art. 27 ff.**; EGBGB **Art. 29**; EGBGB **Art. 35**
UNÜ **Art. I**; UNÜ **Art. II**; UNÜ **Art. VII**
ZPO **§ 32**; ZPO **§ 545**; ZPO **§ 560**; ZPO **§ 562**; ZPO **§ 563**; ZPO **§ 1031**; ZPO **§ 1032**
ZPO (Österr.) **§ 577**

Fundstellen

nur Leitsatz
BB, 2010, 2642
GWR, 2010, 582, mit Anm. *P. Wagner*
ZBB, 2010, 516

LS und Gründe
DB, 2010, 2441
MDR, 2010, 1417
NZG, 2010, 1351
RIW, 2010, 885
WM, 2010, 2032
ZIP, 2010, 2512

Permalink
https://iprspr.mpipriv.de/2010-210b

Lizenz
Copyright (c) 2024 Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
Dieses Werk steht unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Mit Urteil vom 14.6.2010 hat das ArbG die Klage als unbegründet abgewiesen. Mit ihrer Berufung wendet sich die Kl. gegen dieses Urteil.

Aus den Gründen:

„I. Die den Anforderungen der §§ 66 I, 64 I, II, VI ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 ZPO genügende und deshalb zulässige Berufung konnte in der Sache keinen Erfolg haben.

1. Das ArbG hat das mit dem Hauptantrag verfolgte Klagebegehren zu Recht als unbegründet abgewiesen.

a) Der Hauptantrag ist zulässig.

aa) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Arbeitssachen folgt aus Art. 19 Nr. 1 EuGVO. Die Bekl. hat ihren Sitz in Deutschland ...

b) Der danach zulässige Hauptantrag ist unbegründet.

Die Kl. hat keinen Anspruch darauf, von der Bekl. ausnahmslos auf der Insel Teneriffa als Chefreiseleiterin beschäftigt zu werden. Ihre Auffassung, die Bekl. habe weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Recht, ihr eine Tätigkeit an einem anderen Arbeitsort als Teneriffa zuzuweisen, ist falsch. Die Befugnis der Bekl., der Kl. einseitig ggf. auch einen anderen Arbeitsort zuzuweisen, ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 611 BGB, 106 Satz 1 GewO.

Unter den Parteien gilt das deutsche Arbeitsrecht. Die Kl. verrichtet zwar dauerhaft ihre Arbeit auf der Insel Teneriffa (Spanien). Die Parteien haben jedoch unter § 14 des Arbeitsvertrags in zulässiger Weise die Geltung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland vereinbart (Art. 27 I, 30 I EGBGB in der bis zum 16.12.2009 geltenden Fassung).

Damit findet auch § 106 GewO auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Nach dieser Norm kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“

4. Ansprüche in vermögensrechtlichen Angelegenheiten – Außervertragliche Streitigkeiten

Siehe auch Nrn. 24, 47, 48, 49, 159, 164

Das Teilurteil des OLG München vom 28.5.2010 – 5 U 4254/09 (WM 2010, 1463; WuB VII C. Art. 5 LugÜ – Nr. 1.10 mit Anm. *Ultsch*) – wird zusammen mit dem Urteil des BGH vom 31.5.2011 – VI ZR 154/10 (NJW 2011, 2809; RIW 2011, 636; WM 2011, 1324; ZIP 2011, 1382) in IPRspr. 2011 abgedruckt.

Das Urteil des OLG Köln vom 30.3.2010 – 15 U 148/09 – wird zusammen mit der Revisionsentscheidung des BGH vom 29.3.2011 – VI ZR 111/10 (CR 2011, 459; GRUR 2011, 558; K&K 2011, 405; MDR 2011, 812; NJW 2011, 2059; VersR 2011, 900; ZUM 2011, 553) – im Band 2011 abgedruckt.

210. *Gestaltet ein ausländischer Broker seine Vertragsformulare so, dass seine Unterzeichnung der dort aufgeführten Schiedsabrede nicht vorgesehen ist, kann seinem Vertragspartner, der das Formular zwar selbst unterschrieben hat, sich aber*

auf die Formnichtigkeit der Schiedsabrede beruft, kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden.

a) OLG Düsseldorf, Urt. vom 16.1.2009 – I-16 U 68/08: Unveröffentlicht.

b) BGH, Urt. vom 8.6.2010 – XI ZR 41/09: RIW 2010, 885; WM 2010, 2032; MDR 2010, 1417; ZIP 2010, 2512; DB 2010, 2441; NZG 2010, 1351. Leitsatz in: BB 2010, 2642; GWR 2010, 582 mit Anm. *P. Wagner*; ZBB 2010, 516.

[Vgl. auch das Senatsurteil gleichen Datums (XI ZR 349/08) in diesem Band.][1]

Der Kl., ein österreichischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Österreich, verlangt von der Bekl., einem Brokerhaus mit Sitz im US-Bundesstaat New Jersey, Schadensersatz für Verluste aus Terminoptionsgeschäften an US-amerikanischen Börsen. Die der New Yorker Börsenaufsicht unterliegende Bekl. arbeitet weltweit mit Vermittlern zusammen, denen sie über eine Onlineplattform 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 Onlinesystem der Bekl. eingeben, wo sie vollautomatisch bearbeitet und verbucht werden. Einer dieser Vermittler war im streitgegenständlichen Zeitraum die BLS mit Sitz in Deutschland. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Bekl. und BLS lag ein am 14.1.1997 geschlossenes Verrechnungsabkommen (Fully Disclosed Clearing Agreement) zugrunde. Der Kl. schloss im Jahr 2001 mit der – später unter B.& K.GmbH firmierenden – B. GmbH (im Folgenden: B.), die mit der BLS in vertraglicher Verbindung stand, einen formularmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag über die Besorgung und Vermittlung von Termingeschäften. Darin verpflichtete sich B. u.a. zur Vermittlung eines Brokereinzelkontos bei der Bekl. Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrags legte B. dem Kl. ein englischsprachiges Vertragsformular der Bekl. (Option Agreement and Approval Form) vor, das in seinen AGB auch eine Schiedsklausel enthält und das der Kl. am 27.9.2001 unterzeichnete. Im Anschluss daran eröffnete die Bekl. für den Kl. ein Transaktionskonto, auf das der Kl. bis zum 25.2.2002 einen Betrag einzahlte. Die Bekl. übersandte in der Folgezeit turnusmäßig an den Kl. 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. Bei Beendigung der Geschäftsbeziehung erhielt der Kl. einen erheblich geringeren Betrag zurück. Den Differenzbetrag zum eingezahlten Kapital zzgl. Zinsen sowie außergerichtliche Kosten macht er mit der Klage geltend, wobei er sein Zahlungsbegehren auf Schadensersatzansprüche u.a. wegen Beteiligung der Bekl. an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch B. zusammen mit BLS stützt.

Das LG hat die Klage abgewiesen und der Bekl. in Anwendung deutschen Rechts wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht die im Wege der Hilfswiderklage geltend gemachten vorprozessualen Rechtsanwaltsgebühren nebst Zinsen zugesprochen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben. Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision verfolgt der Kl. sein Zahlungsbegehren und die Abweisung der Hilfswiderklage weiter.

Aus den Gründen:

a) OLG Düsseldorf 16.1.2009 – I-16 U 68/08:

„B. Die zulässige Berufung ist ... unbegründet.

I. Die Klage ist zulässig.

1. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 32 ZPO.

Nach dem maßgeblichen Klägervortrag hat B. als Vermittlerin hochriskanter Optionsgeschäfte ihre geschäftliche Überlegenheit in sittenwidriger Weise zum Nachteil des Kl. missbraucht (§ 826 BGB), und die Bekl. hat sich hieran als Mittäter oder Gehilfe beteiligt (§ 830 BGB). Dieser Vortrag ist schlüssig, da deutsche Gerichte in ähnlich gelagerten Fällen auf der Grundlage vergleichbaren Klägervorbringens bereits zu einer Schadensersatzpflicht der Bekl. gekommen sind. Als Mittäter oder Gehilfe muss sich die Bekl. die von einem anderen Beteiligten erbrachten Tatbeiträge

[1] Siehe unten Nr. 304.

auch im Rahmen des § 32 ZPO zurechnen lassen, wie das LG zutreffend ausgeführt hat.

2. Die in Nr. 15 der AGB der Bekl. enthaltene, auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung umfassende Schiedsabrede ist unwirksam.

Das LG hat umfangreich ausgeführt, dass die Schiedsabrede nicht formgültig ist. Nach den Feststellungen des LG sah die – maßgebliche – österr. ZPO (in der hier geltenden Fassung) keine schwächeren Formerfordernisse als das UNÜ vor. Diese Feststellungen greift die Bekl. nicht an. Sie verweist lediglich auf ihre erstinstanzlichen Ausführungen, die sich indes noch nicht mit der vom LG insoweit herangezogenen Norm, § 577 III österr. ZPO, befasst haben ... Entgegenstehendes ergibt sich auch nicht aus der von der Bekl. in Bezug genommenen Entscheidung des BGH vom 21.9.1993 (NJW-RR 1993, 1519)[1]. Hiernach ist eine Art. II Abs. 2 UNÜ nicht genügende Schiedsklausel nicht schlechthin ungültig; ihre Wirksamkeit bestimmt sich in diesem Fall insges. nach dem anwendbaren Recht. Sowohl nach österreichischen Recht (s.o.) wie auch nach deutschem Recht (§ 1031 I und V 1 ZPO) ist die notwendige Form nicht erfüllt; an der Verbrauchereigenschaft des Kl. ändert es nichts, dass dieser in dem Kontoführungsvertrag angegeben hat, selbständig tätig zu sein.

Eine wirksame Vereinbarung des Rechts des US-Bundesstaats New York ist nicht ersichtlich. Anders als von der Bekl. angegeben, findet sich in ihren dem Kontoeröffnungsvertrag beiliegenden AGB nach den unangegriffenen gebliebenen Feststellungen des LG kein Verweis auf die Anwendbarkeit New Yorker Rechts. Selbst wenn indes das Recht des US-Bundesstaats New York wirksam vereinbart worden wäre, ergäbe sich kein anderes Ergebnis. Denn dann folgt die Unwirksamkeit der Schiedsabrede aus einer entspr. Anwendung des Art. 42 EGBGB (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. vom 6.3.2008 – I-6 U 109/07 – sowie vom 16.6.2008 – I-9 U 17/08). Nach dieser Bestimmung ist eine vorweggenommene Rechtswahl einer unerlaubten Handlung unzulässig. Bei einer Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung wäre nicht mehr gewährleistet, dass der Streit über die unerlaubte Handlung nach dem hier maßgeblichen deutschen Recht (s.u.) entschieden wird. Denn nicht nur nach dem Vorbringen der Bekl. war die Schiedsabrede mit der Anwendbarkeit des Recht des Staats New York verbunden. Dies sehen auch die ‚Terms and Conditions' vor, welche die Bekl. alle drei Monate ihren Kontoauszügen beifügte und in denen der Inhalt der Schiedsvereinbarung nochmals zusammengefasst wurde; auch dort ist die Maßgeblichkeit des Recht des Staats New York hervorgehoben. Dass das Schiedsgericht trotz dieser Rechtswahl deutsches Recht anwenden würde, ist kaum zu erwarten, keinesfalls aber sicher. Um dem Gedanken des Art. 42 EGBGB Rechnung zu tragen, muss daher die Unwirksamkeit der Rechtswahl auf die Schiedsvereinbarung durchschlagen (vgl. die o.g. beiden Entscheidungen).

II. Die zulässige Klage ist indes unbegründet.

1. Soweit – wie hier – § 32 ZPO zur Begründung der internationalen Zuständigkeit herangezogen wird, ist die Entscheidungsbefugnis der deutschen Gerichte auf deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen beschränkt (BGH, NJW 1996, 1411, 1413)[2].

2. Sowohl die Frage, ob B. eine unerlaubter Handlung begangen hat, wie die Frage einer Beteiligung der Bekl. hieran ist nach deutschem Deliktsrecht zu beurteilen.

---

[1] IPRspr. 1993 Nr. 194.

[2] IPRspr. 1996 Nr. 142.

Nach Art. 40 I 1 EGBGB unterliegen Ansprüche aus unerlaubte Handlung dem Recht des Staats, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Handlungsort im vorgenannten Sinne ist Deutschland. Zwar ist bei der Haftung von Mittätern grundsätzlich auf den Ort abzustellen, an dem der in Anspruch genommene Mittäter gehandelt hat (vgl. *Palandt-Heldrich*, BGB, 67. Aufl., Art. 40 EGBGB Rz. 3), was hinsichtlich der Bekl. zu Anwendung des Rechts des Staats New York führen würde. Etwas anderes gilt aber dann, wenn eine gemeinsame wesentlich engere Beziehung zum Recht eines anderen Staats besteht (Art. 41 I EGBGB). So liegt der hiesige Fall. Der – an dieser Stelle maßgebliche – Vorwurf des Kl. geht dahin, dass er durch B. ohne hinreichende Aufklärung zu Investitionen in hochspekulative Termingeschäfte veranlasst und hierdurch sittenwidrig geschädigt wurde und die Bekl. hieran Beihilfe geleistet hat. Die Aufklärung hätte durch die in Deutschland ansässige B., der ‚Haupttäterin', in Deutschland erfolgen müssen, von wo aus der Kl. telefonisch angeworben und betreut wurde. Dies entsprach auch den Vorstellungen der Bekl., die nach dem Kontoführungsvertrag keinerlei Verpflichtungen zur Beratung des Kunden übernahm und die auf die Aufklärung durch die ebenfalls in Deutschland ansässige BSL meinte vertrauen zu dürfen. Hiernach lag der Schwerpunkt der unerlaubten Handlung in Deutschland, wo die BSL als Zwischenvermittler bei Anknüpfung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Kl. und der Bekl. nach außen hin handelte, bzw. wo B. als Hauptvermittler nach den mit der Bekl. getroffenen Vereinbarungen hätte aufklären müssen.

Dem steht Art. 41 II Nr. 1 EGBGB nicht entgegen, wonach sich eine wesentlich engere Beziehung mit dem Recht eines Staats aus einer besonderen rechtlichen Beziehung zwischen den Beteiligten im Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis ergeben kann, nicht muss. Wie ausgeführt, ist B. als ‚Haupttäterin' anzusehen. Zwischen dieser und dem Kl. wurde ausweislich des Geschäftsbesorgungsvertrags unter der dortigen Nr. 10 für das Vertragsverhältnis zwischen den beiden ausdrücklich das Recht der Bundesrepublik Deutschland vereinbart. Selbst wenn man von einer wirksamen Vereinbarung des Rechts des US-Bundesstaats New York ausgehen wollte, wofür, wie bereits ausgeführt, indes nichts ersichtlich ist, wird die durch dieses Vertragsstatut begründete Bindung an das New Yorker Recht dadurch überlagert, dass im Verhältnis des Kl. zur ‚Haupttäterin' B. deutsches Recht Anwendung findet (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. vom 6.3.2008 aaO und 16.6.2008 aaO).

3. Ein deliktischer Anspruch besteht indes nicht."

b) BGH 8.6.2010 – XI ZR 41/09:

„Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht ...

II. B. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung die vorsätzliche Teilnahme der Bekl. an einer durch B. gegenüber dem Kl. begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht verneint werden.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen.

a) Das Berufungsgericht hat zutreffend die – auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende (vgl. BGHZ 182, 24, Tz. 9[1]; Senatsurt. vom 9.3.010 – XI ZR 93/09, WM 2010, 749, Tz. 17[2]; BGH, Urt. vom 23.3.010 – VI ZR 57/09, WM 2010, 928, Tz. 8[3], jeweils m.w.N.) – internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Klage bejaht. Nach dem im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung maßgeblichen Vorbringen des Kl. ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß der hier anwendbaren Regelung des § 32 ZPO gegeben, weil der Haupttäter, dem die Bekl. Beihilfe geleistet haben soll, in Deutschland gehandelt hat (vgl. Senatsurt. vom 9.3.010 aaO Tz. 18 f.).

b) Der Geltendmachung eines Anspruchs wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung steht die durch die Bekl. erhobene und auf die Schiedsklausel in Nr. 15 der AGB gestützte Einrede des Schiedsvertrags nicht entgegen. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist diese Schiedsklausel formungültig.

aa) Die Schiedsklausel erfüllt nicht die in Art. II UNÜ vorgeschriebene Form, die auch in der – hier gegebenen – Einredesituation des § 1032 I 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, Urt. vom 15.6.1987 – II ZR 124/86, WM 1987, 1153, 1155[4]; Senatsbeschl. vom 21.9.993 – XI ZR 52/92, WM 1993, 2121, 2122[5], jeweils m.w.N.).

(1) 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.

(2) Die erste Schriftformalternative ist nicht erfüllt, weil der Kontoführungsvertrag, auf dessen Rückseite u.a. die Schiedsklausel der Bekl. abgedruckt ist, nur von dem Kl. unterzeichnet worden ist und damit nicht das beiderseitige (sog. volle) Schriftformerfordernis wahrt (vgl. dazu *Reithmann-Martiny-Hausmann*, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rz. 6678; *Zöller-Geimer*, ZPO, 28. Aufl., § 1031 Rz. 22 f., jeweils m.w.N.). 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 Bekl. sich auf diese inhaltlich von Nr. 15 der AGB abweichende Schiedsklausel nicht berufen hat, befand sie sich nur in dem Merkblatt, das die Bekl. dem Kl. übersandte, mithin nicht in gewechselten Schriftstücken (vgl. auch BGH, Beschl. vom 21.9.2005 – III ZB 18/05, WM 2005, 2201, 2202[6]).

bb) Der Kl. verhält sich nicht widersprüchlich, indem er sich auf die Formungültigkeit der Schiedsklausel beruft. 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. *Reith-*

[1] IPRspr. 2009 Nr. 28.
[2] Siehe oben Nr. 49.
[3] Siehe oben Nr. 48.
[4] IPRspr. 1987 Nr. 183.
[5] IPRspr. 1993 Nr. 194.
[6] IPRspr. 2005 Nr. 187.

mann-Martiny-Hausmann aaO Rz. 6698). Denn dem Kl. kann schon deswegen kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, weil die Bekl. 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 Nr. 15 der AGB inhaltlich nicht übereinstimmt.

cc) Schließlich genügt die Schiedsklausel auch nicht den Formvorschriften des nationalen Rechts, dessen Anwendung über den Meistbegünstigungsgrundsatz (Art. VII UNÜ) eröffnet ist.

(1) Dabei kann dahinstehen, ob der Meistbegünstigungsgrundsatz so verstanden werden könnte, dass er – unter Durchbrechung einer Rückverweisung nationalen Rechts auf das UNÜ – unmittelbar auf im Vergleich zu Art. II UNÜ zurückhaltendere nationale Formvorschriften der lex fori verweist (vgl. dazu BGH, Beschl. vom 21.9.2005 aaO). Denn die Formalien des danach ggf. berufenen § 1031 V ZPO, der im Hinblick auf die im Anschluss an das LG durch das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellte Verbrauchereigenschaft des Kl. Anwendung findet, sind vorliegend nicht erfüllt, da insoweit keine geringeren Anforderungen gelten als nach Art. II UNÜ (vgl. *Zöller-Geimer* aaO Rz. 5).

(2) Auch Formvorschriften des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts, das – ebenso wie die zu seiner Ermittlung berufenen nationalen Kollisionsregeln – von der über den Meistbegünstigungsgrundsatz gebotenen Anwendung schiedsfreundlicheren nationalen Rechts umfasst wird (BGH, Beschl. vom 21.9.2005 aaO), sind vorliegend nicht eingehalten.

(a) Zustandekommen und Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung bemessen sich im Kollisionsfall nach den Regeln des deutschen IPR (BGHZ 40, 320, 322 f.[7]; 49, 384, 386[8]). Die danach im Streitfall zeitlich noch anwendbaren Art. 27 ff. EGBGB a.F. (BGH, Beschl. vom 21.9.2005 aaO) führen zur Geltung des Statuts des Hauptvertrags, mit dem die Schiedsvereinbarung regelmäßig die engste Verbindung im Sinne von Art. 28 I EGBGB a.F. aufweist (vgl. BGH, Beschl. vom 21.9.2005 aaO), wenn eine ausdrückliche auf sie bezogene Rechtswahl fehlt.

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 Bekl. bei der von ihr erhobenen Einrede der Schiedsvereinbarung gerade nicht beruft und die mit der von der Bekl. insoweit geltend gemachten Schiedsklausel in Nr. 15 der AGB auch inhaltlich nicht übereinstimmt.

(b) Nichts anderes würde sich ergeben, wenn mit der Revisionserwiderung den von der Rspr. abweichenden Stimmen im Schrifttum zu folgen wäre, nach denen das Recht des vereinbarten Schiedsorts auf die Schiedsvereinbarung anzuwenden

---

[7] IPRspr. 19620–1963 Nr. 213.

[8] IPRspr. 1968–1969 Nr. 199.

sein soll (vgl. *Reithmann-Martiny-Hausmann* aaO Rz. 6612, 6620 m.w.N.). Nach der streitgegenständlichen Schiedsvereinbarung kann zwischen mehreren Schiedsorten unterschiedlicher Rechtsordnungen frei gewählt werden, sodass ein bestimmter Schiedsort noch nicht feststeht. Für einen solchen Fall ist auch nach dieser Auffassung das für den Hauptvertrag geltende Recht maßgeblich (vgl. *Reithmann-Martiny-Hausmann* aaO Rz. 6615, 6627 m.w.N.).

(c) Das danach maßgebliche und in Ermangelung einer Rechtswahl ebenfalls objektiv anzuknüpfende Statut des Hauptvertrags ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats des Kl. (Art. 29 I Nr. 1, II, 35 EGBGB a.F.), mithin österreichisches Sachrecht. Dessen über Art. 29 III 2 EGBGB a.F. berufenen Formvorschriften (§ 577 III österr. ZPO a.F.) hat das Berufungsgericht nicht als erfüllt angesehen. Diese Auslegung ausländischen Rechts durch das Berufungsgericht ist für den Senat gemäß § 560 ZPO i.V.m. § 545 ZPO a.F. sachlich nicht nachprüfbar. Die von der Revisionserwiderung mit Schriftsatz vom 31.5.2010 erhobenen Einwände sind nicht durchgreifend. U.a. lassen sie bereits die fehlende Deckungsgleichheit von abstrakt statusbezogener Kaufmannseigenschaft und konkret geschäftsbezogener Unternehmereigenschaft (vgl. dazu *Palandt-Ellenberger*, BGB, 69. Aufl., § 13 Rz. 3) außer Acht; überdies verkennen sie die in der Einredesituation für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung bestehende Darlegungs- und Beweislast der Bekl. (vgl. Senatsurt. vom 9.3.010 aaO Tz. 22). Insbesondere hat das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 577 III österr. ZPO a.F. keinen Sachvortrag der Bekl. übergangen. Das für ihre gegenteilige Behauptung angeführte Gutachten der Kanzlei S. enthält zwar unter seiner Nr. 2 Rechtsausführungen auch zur Form nach § 577 III österr. ZPO a.F. Jedoch hat die Bekl. dieses Gutachten im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor dem LG mit Schriftsatz vom 15.2.2008 ausdrücklich zu dem dort erörterten – und von der Formwirksamkeit zu unterscheidenden – Gesichtspunkt der subjektiven Schiedsfähigkeit des Kl. nach österr. Recht in das Verfahren eingeführt. Auch im Rahmen ihrer weiteren Ausführungen zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 29 (III) EGBGB a.F. auf Schiedsvereinbarungen hat die Bekl. nur auf die Darstellung der Eingriffsnormen des österr. Verbraucherschutzrechts unter Nr. 3 des Gutachtens Bezug genommen.

2. Rechtsfehlerhaft ist demgegenüber die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Klage, soweit sie auf die Teilnahme der Bekl. an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 830, 826 BGB) durch B. gestützt wird, als unbegründet abgewiesen hat.

a) Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht seiner Beurteilung deutsches Deliktsrecht zugrunde gelegt hat (vgl. Senatsurt. vom 9.3.010 aaO Tz. 29 ff.).

b) Hingegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Schadensersatzpflicht der Bekl. wegen Teilnahme an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch B. bzw. BLS gemäß §§ 826, 830 BGB verneint hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand. In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung wegen unzureichender Risikoaufklärung des Kl. durch B. und eine Beteiligung der Bekl. hieran allenfalls in objektiver Hinsicht für möglich gehalten. Dagegen hat es eine Beteiligung der Bekl. in subjektiver Hinsicht verneint, weil nichts dafür ersichtlich sei, dass die Bekl. Kenntnis von einer unter-

lassenen bzw. unzureichenden Risikoaufklärung des Kl. durch B. bzw. BLS gehabt habe, und zu einer solchen Annahme auch keinen Anlass gehabt habe. Dies ist bereits im Ansatz rechtsfehlerhaft, weil es, wie der Senat in seinem nach Erlass der Berufungsentscheidung ergangenen Urteil vom 9.3.2010 (aaO Tz. 26 f.) entschieden hat, auf die unzureichende Risikoaufklärung nicht entscheidend ankommt. Denn neben der – hier nicht maßgeblichen – Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen haftet der Vermittler 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 allein 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.

III. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der Rspr. des erkennenden Senats (Urteil vom 9.3.2010 aaO Tz. 23 ff.) und insoweit ggf. ergänzendem Vortrag der Parteien Feststellungen zu einer Teilnahme der Bekl. an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Kl. durch B. bzw. BLS gemäß §§ 826, 830 BGB zu treffen haben. Dabei entlastet die Regelung in Nr. 17.1.4 des Verrechnungsabkommens die Bekl. nicht. Durch diese Regelung hat die Bekl. vielmehr ggf. deutlich zu erkennen gegeben, auch die für BLS tätigen Vermittler – wie hier B. – kontrollfrei ‚schalten und walten' lassen [zu wollen] (vgl. dazu Senatsurt. vom 9.3.010 aaO Tz. 43)."

211. *Nimmt der Kläger den Beklagten wegen Verletzung des deutschen Teils eines Klagepatents auf Unterlassung, Rechnungslegung, Auskunftserteilung und Schadensersatz in Anspruch, sind die deutschen Gerichte gemäß Art. 5 Nr. 3 EuGVO international auch dann zuständig, wenn die patentverletzende Einfuhr der Waren nach Deutschland auf eine Testbestellung des Klägers zurückgeht. [LS der Redaktion]*

OLG Düsseldorf, Urt. vom 28.1.2010 – I-2 U 131/08: NJOZ 2010, 1781. Leitsatz in GRUR-RR 2010, 368.

[Die Revision schwebt beim BGH unter dem Az. X ZR 30/10.]

Die Kl. ist eingetragene Inhaberin des unter Inanspruchnahme japanischer Unionsprioritäten vom Oktober 1990 und März 1991 im Oktober 1991 angemeldeten EP 0 683 ... B 1 (nachstehend Klagepatent), dessen Erteilung im Mai 1999 veröffentlicht worden ist. Als Vertragsstaat ist u.a. die Bundesrepublik Deutschland benannt. Das in engl. Verfahrenssprache abgefasste Klagepatent trägt die Bezeichnung „Verfahren zur Kompression von bewegten Bildsignalen nach dem Zeilensprungverfahren". Die in Griechenland ansässige Bekl. vertreibt und stellt DVDs her. Die Bekl. lieferte am 30.3.2007 insges. 500 von ihr hergestellte DVDs mit dem Titel „Erdbebenmessung in Deutschland" an eine Lieferadresse in Köln. Anlass für diese Lieferung war eine von der Kl. initiierte Bestellung einer Frau B.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt, es zu unterlassen, optische Datenträger mit codierten Bilddaten eines Verfahrens zur Vorhersagecodierung eines Zeilensprung-Bildsignals, in dem jedes Vollbild zwei Teilbilder aufweist, in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu