



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 54/09

Verkündet am:
15. November 2011
Herrwerth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. Januar 2009 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger, ein Deutscher mit Wohnsitz in Deutschland, verlangt von der Beklagten, einem britischen Brokerunternehmen mit Sitz in L. , Schadensersatz wegen Verlusten im Zusammenhang mit Börsenoptionsgeschäften.
- 2 Die der englischen Finanzaufsicht unterliegende Beklagte bietet neben institutionellen Kunden auch Privatkunden ihre Execution- und Clearingdienste für den Handel mit Derivaten an. Privatkunden können über Vermittler Handelsaufträge einreichen, die von der Beklagten abgewickelt werden.

- 3 Einer dieser Vermittler war W. , D. (im Folgenden: W.), der bis zur Einstellung seiner Geschäftstätigkeit über eine deutsche aufsichtsrechtliche Erlaubnis als selbständiger Finanzdienstleister verfügte. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und W. lag ein als "Introducing Broker Agreement" bezeichnetes Abkommen vom 12. Juli 2001 zugrunde, das nach seiner Präambel den Zweck verfolgte, ein einträgliches Brokergeschäft aufzubauen. Die Beklagte hatte W. jede erdenkliche Unterstützung bei der Entwicklung des Geschäfts zu geben, für die von W. geworbenen Kunden Einzelkonten einzurichten und die in Auftrag gegebenen Transaktionen abzuwickeln. W. war verpflichtet, größtmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um der Beklagten Kunden zuzuführen. Dabei hatte er aufsichts- und privatrechtliche Pflichten einzuhalten. In einem Schreiben vom 12. Juli 2001 bestätigte die Beklagte W., dass sie angeworbenen Kunden für jeden gehandelten Kontrakt eine Roundturn-Provision von 120 US-Dollar berechne, von der sie 25 US-Dollar und W. 95 US-Dollar erhalte.
- 4 Der Kläger schloss im August 2002 mit W. einen formularmäßigen Vertrag über die Vermittlung von Börsengeschäften. Nach einer Vergütungstabelle, die dem Vertrag beigelegt war, schuldete der Kläger für jeden gehandelten Kontrakt W. eine Roundturn-Provision von 100 US-Dollar und der Beklagten weitere 20 US-Dollar.
- 5 Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vermittlungsvertrages erhielt der Kläger von der Beklagten das Formular "Private Customer Dealing Agreement/Handelsvereinbarung für Privatkunden" und das Merkblatt "Wichtige Informationen über Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften".
- 6 W. eröffnete zur Durchführung der Geschäfte bei der Beklagten ein Konto für den Kläger. Dieser überwies von seinem in Deutschland geführten Konto

auf das ebenfalls in Deutschland geführte Konto der Beklagten in der Zeit vom 27. August bis 18. Dezember 2002 insgesamt 218.000 €. Die Beklagte führte die von W. vermittelten Optionsgeschäfte aus und überwies dem Kläger in der Zeit vom 23. September 2002 bis 15. April 2003 insgesamt 30.591,92 € zurück. Den Differenzbetrag von 187.408,08 € zuzüglich Zinsen vom Zeitpunkt der einzelnen Überweisungen an sowie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.622,68 € macht dieser mit der Klage geltend.

7 Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 187.408,08 € nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit sowie weiterer 1.409,49 € stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers, mit der die Zinsforderung in voller Höhe weiter verfolgt worden ist, zurück- und auf die Berufung der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

8 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren in Höhe von 187.408,08 € nebst Zinsen vom Zeitpunkt der einzelnen Überweisungen an sowie in Höhe weiterer 1.409,49 € weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision ist begründet.

I.

10 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Die ausschließlich auf deliktische Schadensersatzansprüche gestützte
Klage sei zulässig, aber unbegründet.

12 Die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf ergebe sich
aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Der Handlungsort des der Beklagten zur Last geleg-
ten Delikts befinde sich in Deutschland. Die Beklagte müsse sich die Anwer-
bung des Klägers durch W. in Deutschland zurechnen lassen. Nr. 30 der Allge-
meinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (gemeint: Private Customer Deal-
ing Agreement), der die ausschließliche Zuständigkeit englischer Gerichte vor-
sehe, erfülle nicht die Voraussetzungen einer wirksamen Prorogation gemäß
Art. 23 EuGVVO.

13 Auf die geltend gemachten deliktischen Ansprüche sei gemäß Art. 40 f.
EGBGB aF deutsches Recht anwendbar, da D. als maßgeblicher
Handlungsort anzusehen sei. Die Parteien hätten das deutsche Deliktsrecht in
Nr. 30 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (gemeint: Private
Customer Dealing Agreement) nicht wirksam abbedungen. Eine Rechtswahl vor
Eintritt des schädigenden Ereignisses sei gemäß Art. 42 EGBGB aF unwirk-
sam.

14 Der Kläger habe gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß §§ 826,
830 Abs. 2 BGB wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schäd-
igung des W. durch unterlassene Risikoaufklärung. Der Kläger habe bereits eine
entsprechende Haupttat des W. gemäß § 826 BGB nicht dargelegt. Allerdings
habe W. den Kläger nicht in der erforderlichen Weise aufgeklärt. Der Vermitt-
lungsvertrag enthalte zwar Risikohinweise, nicht aber den Hinweis auf die von
Anfang an bestehende praktische Chancenlosigkeit der Optionsgeschäfte auf-
grund der dem Vermittler und dem Broker zu zahlenden Prämienaufschläge.
Dieser Hinweis fehle auch in den "Wichtigen Informationen über Verlustrisiken

bei Börsentermingeschäften". Die Aufklärungspflicht entfalle auch nicht wegen angeblicher Marktüblichkeit der Aufschläge von 120 US-Dollar. Dies könne allenfalls bei geringfügigen Aufschlägen in Betracht kommen. Die von der Beklagten und W. erhobenen Aufschläge seien jedoch nicht geringfügig gewesen, sondern hätten durchschnittlich 31% betragen.

15 Der Kläger sei jedoch nicht aufklärungsbedürftig gewesen. Die hierfür darlegungs- und beweisbelastete Beklagte habe vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass der Kläger bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung zu W. bereits termingeschäftserfahren gewesen sei. Zu einer weiteren Substantiierung sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, weil der Kläger ihren Vortrag nicht bestritten habe. In erster Instanz sei er dem Vortrag der Beklagten gar nicht entgegengetreten. In zweiter Instanz habe er ihn zunächst in sich widersprüchlich und damit unwirksam bestritten. Der nach einem gerichtlichen Hinweis erfolgte Vortrag des Klägers, er habe keine Anlageerfahrung mit Optionsgeschäften besessen, sei mangels Zulassungsgrundes gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

16 Die Klage sei auch nicht gemäß §§ 826, 830 Abs. 2 BGB wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch churning begründet. Die von W. und der Beklagten erzielten Provisionen hätten zwar einen Umfang erreicht, der einem erfolgreichen churning entspreche. Gleichwohl habe der Kläger den objektiven Tatbestand der Provisionsschinderei durch W. nicht dargelegt. In erster Instanz sei unstreitig gewesen, dass der Kläger alle Anlageentscheidungen selbst getroffen habe. Auch in zweiter Instanz habe der Kläger nicht vorgetragen, dass W. durch Ausnutzen der ihm erteilten Vollmacht oder durch Missbrauch seiner Vertrauensstellung durch Rat oder Empfehlung Einfluss auf das Kapitalvermögen des Klägers genommen habe.

17 Ein Anspruch gemäß §§ 826, 830 Abs. 2 BGB sei auch nicht wegen einer sittenwidrigen kick-back-Vereinbarung begründet. Eine solche Vereinbarung könne einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nur rechtfertigen, wenn sie dem Anleger verheimlicht werde. W. habe dem Kläger aber bereits bei Abschluss des Vermittlungsvertrages offen gelegt, dass er von den Provisionen, die die Beklagte einbehalte, den größten Teil zurückerstattet bekomme.

18 Mangels Hauptforderung sei auch der Zinsanspruch des Klägers unbegründet.

II.

19 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

20 1. Das Berufungsgericht ist allerdings im Ergebnis zu Recht von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. Es hat die - auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende (vgl. BGH, Urteile vom 28. November 2002 - III ZR 102/02, BGHZ 153, 82, 84 ff., vom 9. Juli 2009 - Xa ZR 19/08, BGHZ 182, 24 Rn. 9; Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 17 und BGH, Urteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, WM 2010, 928 Rn. 8, jeweils mwN) - internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gemäß Art. 5 Nr. 3 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. EG Nr. L 12 vom 16. Januar 2001, S. 1 bis 23, berichtet in ABl. EG Nr. L 307 vom 24. November 2001, S. 28; im Folgenden: EuGVVO) zu Recht bejaht.

- 21 a) Nach dieser Vorschrift kann eine Person, die, wie die Beklagte, ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat, in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. Ist der Ort, an dem das für die Begründung einer Schadensersatzpflicht in Betracht kommende Ereignis stattgefunden hat, nicht mit dem Ort identisch, an dem durch dieses Ereignis ein Schaden entstanden ist, kann der Beklagte nach Wahl des Klägers sowohl an dem Ort, an dem der Schaden eingetreten ist (Erfolgsort), als auch an dem Ort des ursächlichen Geschehens (Handlungsort) verklagt werden (vgl. EuGH, Slg. 1976, 1735 Rn. 24 f. - Mines de potasse d'Alsace; Slg. 1995, I-415 Rn. 20 - Shevill; Slg. 1995, I-2719 Rn. 11 - Marinari; Slg. 2004, I-6009 Rn. 16 - Kronhofer; RIW 2009, 719 Rn. 23 - Zuid-Chemie BV). Die Zuständigkeit hängt nicht davon ab, dass tatsächlich eine unerlaubte Handlung begangen wurde; die schlüssige Behauptung der erforderlichen Tatsachen durch den Kläger reicht aus. Die Feststellung dieser Tatsachen ist erst zur Begründetheit der Klage erforderlich (vgl. BGH, Urteile vom 30. März 2006, BGHZ 167, 91 Rn. 21, vom 6. November 2007 - VI ZR 34/07, WM 2008, 479 Rn. 14 und vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, WM 2010, 928 Rn. 8, jeweils mwN).
- 22 aa) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Kläger eine Schadenshaftung aus unerlaubter Handlung im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO geltend macht.
- 23 Der verordnungsautonom auszulegende Begriff der unerlaubten Handlung umfasst alle Klagen, mit denen eine Schadenshaftung geltend gemacht wird, die nicht an einen Vertrag im Sinne von Art. 5 Nr. 1 EuGVVO anknüpft. Der Begriff des "Vertrags" wiederum bezieht sich auf freiwillig gegenüber einer

anderen Person eingegangene Verpflichtungen (EuGH, Slg. 2002, I-7357 Rn. 23 - Tacconi; Slg. 2005, I-481 Rn. 50 f. - Engler, jeweils mwN).

24 Gemessen hieran bildet eine unerlaubte Handlung den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Der Kläger verlangt Ersatz eines Vermögensschadens, den ihm W. durch die Vermittlung von vornherein chancenloser Börsentermingeschäfte vorsätzlich und unter vorsätzlicher Beteiligung der Beklagten zugefügt haben soll (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 19, 24 ff.). Damit knüpft die Klage nicht entscheidend an die zwischen den Parteien geschlossene Handelsvereinbarung an. Die geltend gemachte Teilnehmerhaftung der Beklagten ist nicht Ausdruck von Schwierigkeiten, die bei der Erfüllung einer aus der Handelsvereinbarung folgenden Verpflichtung auftreten können (vgl. hierzu Generalanwalt Darmon, Schlussanträge vom 15. Juni 1988 in der Rs. 189/87, Slg. 1988, 5565 Rn. 30 - Kalfelis). Die maßgeblichen Umstände für die Beurteilung der Frage, ob die Beklagte sich an einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des W. in haftungsrelevanter Weise vorsätzlich beteiligt hat, stehen vielmehr im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Verhalten der Beklagten und des W., ihrer Geschäftsbeziehung und dem zwischen ihnen geschlossenen Abkommen, an dem der Kläger nicht beteiligt war.

25 bb) Bei der Auslegung des somit anwendbaren Art. 5 Nr. 3 EuGVVO ist dessen Regelungszweck zu berücksichtigen. Die Vorschrift trägt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: EuGH) zu der nahezu gleichlautenden Vorgängerregelung des Art. 5 Nr. 3 des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (BGBl. II 1972, S. 773, 774 ff.; im Folgenden: EuGVÜ) dem Umstand Rechnung, dass zwischen Streitigkeiten über unerlaubte Handlungen

und den nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO zuständigen Gerichten eine besonders enge Beziehung besteht, die aus Gründen einer geordneten Rechtspflege und sachgerechten Prozessgestaltung eine Zuständigkeit dieser Gerichte rechtfertigt (vgl. EuGH, Slg. 1976, 1735 Rn. 8 ff. - Mines de Potasse d'Alsace; Slg. 1990, I-49 Rn. 17 - Dumez France und Tracoba; Slg. 1995, I-415 Rn. 19 - Shevill; Slg. 1995, I-2719 Rn. 10 - Marinari; Slg. 2004, I-6009 Rn. 15 - Kronhofer). Dieser Erwägung, die auch für die Auslegung der EuGVVO maßgeblich ist (vgl. 19. Erwägungsgrund zur EuGVVO; EuGH, RIW 2009, 719 Rn. 18 f. - Zuid-Chemie BV), liegt die Annahme zugrunde, dass das Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, insbesondere wegen der Nähe zum Streitgegenstand und der leichteren Beweisaufnahme in der Regel am besten in der Lage ist, den Rechtsstreit zu entscheiden (vgl. EuGH, RIW 2009, 719 Rn. 24 - Zuid-Chemie BV).

26

Art. 5 Nr. 3 EuGVVO hat im Rahmen des Zuständigkeitssystems der EuGVVO Ausnahmecharakter und ist grundsätzlich eng auszulegen. Die EuGVVO baut auf einer durch Art. 2 Abs. 1 begründeten allgemeinen Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaates auf, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, und schließt in Art. 3 Abs. 2 die Anwendung nationaler Bestimmungen aus, die Gerichtsstände am Wohnsitz des Klägers gegenüber Beklagten begründen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates haben (vgl. EuGH, Slg. 1990, I-49 Rn. 16 - Dumez France und Tracoba; Slg. 1995, I-2719 Rn. 13 - Marinari). Besonderen Zuständigkeitsregelungen wie Art. 5 Nr. 3 EuGVVO ist daher eine enge Auslegung zu geben, die nicht über die ausdrücklich in der Verordnung vorgesehenen Fälle hinausgeht (EuGH, Slg. 1988, 5565 Rn. 19 - Kalfelis; Slg. 1990, I-49 Rn. 19 - Dumez France und Tracoba; Slg. 2004, I-6009 Rn. 14 - Kronhofer) und insbesondere nicht zur Erstreckung der dem Kläger eröffneten Wahlmöglichkeiten über die sie rechtfertigenden besonderen Umstände hinaus führen darf. Andernfalls würde der in Art. 2 Abs. 1 EuGVVO

aufgestellte allgemeine Grundsatz der Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet der Beklagte seinen Wohnsitz hat, unterlaufen und im Ergebnis über die ausdrücklich vorgesehenen Fälle hinaus die Zuständigkeit der Gerichte am Klägerwohnsitz anerkannt, der die Verordnung außer in den von ihr ausdrücklich vorgesehenen Fällen ablehnend gegenüber steht (vgl. EuGH, Slg. 1995, I-2719 Rn. 13 - Marinari; Slg. 2004, I-6009 Rn. 14 ff. - Kronhofer). Insbesondere darf die Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO nicht zu einer Zuständigkeit führen, die von ungewissen Umständen abhängt und damit einem der Ziele der Verordnung zuwiderliefe, nämlich den Rechtsschutz der in der Gemeinschaft ansässigen Personen dadurch zu stärken, dass ein Kläger ohne Schwierigkeiten festzustellen vermag, welches Gericht er anrufen kann, und dass für einen verständigen Beklagten erkennbar ist, vor welchem Gericht er verklagt werden kann (vgl. EuGH, Slg. 2004, I-6009 Rn. 20 - Kronhofer mwN).

- 27 b) Ob nach diesen Maßstäben der Auffassung des Berufungsgerichts gefolgt werden kann, die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte könne auf den Handlungsort im Sinne von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO gestützt werden, bedarf keiner Entscheidung.
- 28 Das Berufungsgericht hat die schädigende Tätigkeit des W. in Deutschland, zu der die Beklagte vorsätzlich Beihilfe geleistet haben soll, der Beklagten zuständigkeitsrechtlich zugerechnet und so die ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats zu § 32 ZPO (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 19, vom 6. Februar 1990 - XI ZR 184/88, WM 1990, 462, 463 und vom 22. November 1994 - XI ZR 45/91, WM 1995, 100, 102) auf Art. 5 Nr. 3 EuGVVO übertragen.

29 Die Frage, ob im Rahmen des Deliktsgerichtsstandes des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO bei einer grenzüberschreitenden Beteiligung mehrerer an einer unerlaubten Handlung für die Bestimmung des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, eine wechselseitige Handlungsortzurechnung zulässig ist, ist umstritten (bejahend: Mankowski in Magnus/Mankowski, Brussels I Regulation, Art. 5 Rn. 221; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 22; Geimer in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., A. 1 Art. 5 Rn. 250; Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 25; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 32. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 20; verneinend: LG Mönchengladbach, Urteil vom 5. Februar 2009 - 10 O 422/07, juris Rn. 21 ff.; Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 20a; Rauscher/Leible, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Brüssel I-VO Art. 5 Rn. 88c; zweifelnd auch: MünchKommZPO/Gottwald, 3. Aufl., EuGVO Art. 5 Rn. 62; Wagner/Gess, NJW 2009, 3481, 3484 f.; zu Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ: Weller, IPRax 2000, 202, 205 ff.). Diese Frage, die der Senat bereits in seinen Urteilen vom 13. Juli 2010 (XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 27 und XI ZR 28/09, WM 2010, 1590, Rn. 29) sowie vom 12. Oktober 2010 (XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 29) offen gelassen hat, bedarf auch hier keiner Entscheidung.

30 c) Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gemäß Art. 5 Nr. 3 EuGVVO ist nämlich jedenfalls deshalb gegeben, weil der Erfolgsort in Deutschland liegt. Nach dem schlüssigen Vortrag des Klägers ist der Vermögensschaden, den er mit der Klage ersetzt verlangt, an dem Guthaben auf seinem bei einem Kreditinstitut in Deutschland geführten Girokonto eingetreten, von dem er infolge der mit Beihilfe der Beklagten verübten vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des W. das angelegte Kapital auf ein Konto der Beklagten bei einem Kreditinstitut in Deutschland überwiesen hat. Aus den "Vertraulichen Kundeninformationen" und dem "Antrag zur Weiterleitung an den Broker", die

der Kläger in den Tatsacheninstanzen zu den Akten gereicht hat und deren Inhalt zwischen den Parteien unstreitig ist, ergibt sich, dass der Kläger seine Einlagen von seinem Girokonto bei der Stadtparkasse M. auf das Konto der Beklagten bei der Bank in F. überwiesen hat.

31 aa) Der Begriff des Erfolgsortes im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO wird aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift in der Rechtsprechung des EuGH restriktiv ausgelegt (vgl. EuGH, Slg. 1990, I-49 Rn. 17 - Dumez France und Tracoba und Slg. 1995, I-2719 Rn. 21 - Marinari). Der Wohnsitz eines Klägers als sein Vermögensmittelpunkt kann nach einer Entscheidung des EuGH zu Gerichtsständen bei Kapitalanlagedelikten (EuGH, Slg. 2004, I-6009 Rn. 21 - Kronhofer) nicht bereits deshalb als Erfolgsort angesehen werden, weil dem Kläger durch den Verlust von Vermögensbestandteilen in einem anderen Mitgliedstaat ein finanzieller Schaden entstanden ist. Diesem Urteil lag allerdings ein wesentlich anderer Sachverhalt als im vorliegenden Fall zugrunde, weil dort die unerlaubte Handlung erst nach Überweisung des Anlagekapitals von einem Konto am Wohnsitz des Anlegers auf ein im Ausland geführtes Konto verübt wurde (vgl. OGH, Beschluss vom 9. April 2002 - 4 Ob 40/02i; Junker, ZZPInt 9 [2004], 200, 204 f.). Der Entscheidung des EuGH ist zu entnehmen, dass unter anderen Umständen der Erfolgsort durchaus im Wohnsitzstaat des Klägers gelegen sein kann (vgl. von Hein, IPRax 2005, 17, 21; Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 24; Rauscher/Leible, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Brüssel I-VO Art. 5 Rn. 86b; ferner Blobel, EuLF 2004, 187, 190 f.; Huber, IPRax 2009, 134, 136 f.).

32 Dies ist hier der Fall. Der Kläger hat seinem Vortrag zufolge das Anlagekapital erst als Folge einer unerlaubten Handlung von seinem in Deutschland geführten Girokonto auf ein Konto der Beklagten bei einem Kreditinstitut in Deutschland überwiesen, so dass die durch die unerlaubte Handlung verur-

sachte Minderung des Kontoguthabens den für die Bestimmung des Erfolgsortes maßgeblichen Schaden darstellt. Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, die Beklagte habe sich bedingt vorsätzlich zumindest als Gehilfin an einem Geschäftsmodell des W. beteiligt, das darauf angelegt gewesen sei, zur ausschließlich dem eigenen Vorteil dienenden hohen Gewinnerzielung möglichst viele Geschäfte zu vermitteln, die für den Anleger aufgrund der Gebührenhöhe und -struktur von vornherein chancenlos seien. Bei einem solchen Geschäftsmodell, das von vornherein bewusst darauf abzielt, 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. 26, vom 2. Februar 1999 - XI ZR 381/97, WM 1999, 540, 541 und vom 22. November 2005 - XI ZR 76/05, WM 2006, 84, 87), und das auf Seiten des Anlegers einen Kenntnisrückstand voraussetzt, ohne den ein vernünftig denkender Anleger sich auf die Geldanlage nicht eingelassen hätte, erweist sich bereits die durch den Anleger veranlasste Überweisung des Anlagekapitals als Deliktserfolg, so dass gerichtsstandsbe gründender Erfolgsort im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO der Ort der Minderung des Kontoguthabens ist (Senatsurteile vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 30 und vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 32; vgl. auch Junker, ZZPInt 9 [2004], 200, 205 f.; Mankowski in Magnus/Mankowski, Brussels I Regulation, Art. 5 Rn. 239 f.; ders., RIW 2005, 561, 562; Rauscher/Leible, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Brüssel I-VO Art. 5 Rn. 86b; Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 24). Diese Rechtsprechung des Senats steht, anders als die Revisionserwiderung meint, nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 6. November 2007 (VI ZR 34/07, WM 2008, 479 ff.). Diese befasst sich mit dem Begriff des Erfolgsortes im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ (der Vorgängerregelung der EuGVVO) bei Ansprüchen

gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 266 StGB und dem Begriff des Handlungsorts bei Ansprüchen gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB. Darum geht es im vorliegenden Fall nicht. Den hier relevanten Begriff des Erfolgsortes bei Ansprüchen gemäß § 826 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB behandelt die Entscheidung des VI. Zivilsenats nicht.

33 Der von der Revisionserwiderung erhobene Einwand, der in der Minderung des Kontoguthabens liegende Schaden werde dadurch kompensiert, dass der Kläger bis zur Durchführung der einzelnen Optionsgeschäfte einen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Anlagekapitals gehabt habe, greift nicht durch. Dem für die Beurteilung der internationalen Zuständigkeit maßgeblichen Sachvortrag des Klägers in den Tatsacheninstanzen ist nicht zu entnehmen, dass dem Kläger ein solcher Anspruch zustand und werthaltig war, d.h. dass die Beklagte insoweit zahlungswillig war.

34 bb) Diese Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO entspricht dem Zuständigkeitssystem der EuGVVO und dem Ausnahmecharakter des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Sie führt zwar bei Kapitalanlagedelikten der vorliegenden Art in Abweichung von der Grundregel des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO regelmäßig zu einem Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Anlegers. Dies ist aber aufgrund der - hier unterstellten - unerlaubten Handlung der Beklagten, die unmittelbar einen Schaden des im Wohnsitzstaat des Klägers belegenen Vermögens verursacht hat, gerechtfertigt. Das gemäß Art. 5 Nr. 3 EuGVVO zuständige Gericht hat in Fällen der vorliegenden Art die erforderliche Nähe zum Streitgegenstand, die für eine geordnete Rechtspflege und sachgerechte Prozessgestaltung erforderlich ist. Dies gilt insbesondere für den Gesichtspunkt der Beweisnähe. Soll etwa über den Inhalt von Gesprächen zwischen Vermittler und Anleger oder über Ausmaß und Höhe des Schadens Beweis erhoben werden, dürften nicht selten Zeugen benannt werden, die bei den Gesprächen zwischen Anlagevermittler

und Anleger in dessen Wohnsitzstaat zugegen waren (vgl. von Hein, IPRax 2005, 17, 21; Kiethe, NJW 1994, 222, 226; Mankowski, RIW 2005, 561, 562).

35 Auch der Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit des zuständigen Gerichts erfordert keine andere Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Für ein Brokerunternehmen, das, wie die Beklagte, mit Vermittlern in anderen Mitgliedstaaten zusammenarbeitet und sich durch die Ausrichtung seiner gewerblichen Tätigkeit auf diese Staaten ausländische Märkte erschließt, ist vorhersehbar, dass auf diese Weise geworbene Anleger durch Überweisung von Anlagegeldern gegebenenfalls selbstschädigende Vermögensverfügungen in ihren Heimatstaaten treffen (vgl. von Hein, IPRax 2005, 17, 21; Mankowski in Magnus/Mankowski, Brussels I Regulation, Art. 5 Rn. 239; Muir Watt, Rev. crit.dr.i.pr. 94 [2005], 330, Rn. 10).

36 cc) Eine wirksame Derogation der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte gemäß Art. 23 EuGVVO hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revisionserwiderung unangegriffen verneint.

37 dd) Die Beschlüsse des Landgerichts Düsseldorf vom 29. April 2011 - 15 O 601/09 - und des Landgerichts Mönchengladbach vom 11. Oktober 2011 - 10 O 120/09 -, durch die diese Gerichte dem EuGH Rechtsfragen zur Auslegung des Art. 5 EuGVVO, insbesondere zu den Begriffen des Handlungs- und des Erfolgsortes, zur Vorabentscheidung vorgelegt haben, geben keine Veranlassung, im vorliegenden Verfahren ebenfalls eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen oder das Verfahren auf den Antrag der Revisionserwiderung vom 13. Mai 2011 entsprechend § 148 ZPO auszusetzen.

38 (1) Eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht nicht, wenn eine gemeinschaftsrechtliche Frage nicht entscheidungserheblich ist oder wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass

für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (BVerfG, ZIP 2010, 642 Rn. 18 und 20; EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 21; st.Rspr.). Der Beschluss des Landgerichts Düsseldorf vom 29. April 2011 - 15 O 601/09 - gibt demnach bereits deshalb keine Veranlassung zu einer Vorlage an den EuGH, weil er allein den Begriff des Handlungsorts betrifft, der im vorliegenden Fall, wie dargelegt, nicht entscheidungserheblich ist.

39 Der Beschluss des Landgerichts Mönchengladbach vom 11. Oktober 2011 - 10 O 120/09 - erfasst zwar auch die Begriffe der unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 5 Nr. 1 EuGVVO und des Erfolgsortes im Sinne von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Die Auslegung dieser Begriffe ist aber, wie der Senat bereits in seinen Urteilen vom 13. Juli 2010 (XI ZR 28/09, WM 2010, 1590 Rn. 35), vom 13. Juli 2010 (XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 33) und vom 12. Oktober 2010 (XI ZR 394/08, WM 2010, 2214 Rn. 36) entschieden hat, derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat sich der Rechtsprechung des erkennenden Senats zu Art. 5 Nr. 1 und 3 EuGVVO, die auch in der Literatur allgemeine Zustimmung gefunden hat (Pfeiffer in Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 2; Kropholler/v. Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., EuGVVO Art. 5 Rn. 90; v. Hein, EuZW 2011, 369, 371; Ulmer, WuB IV A. § 826 BGB 1.11; Engert/Groh, IPRax 2011, 458, 463 f.; Thole, ZBB 2011, 399, 402), angeschlossen (Beschluss vom 15. Februar 2011 - VI ZR 189/10). Das Bundesverfassungsgericht hat die Verneinung einer Vorlagepflicht an den EuGH durch Beschluss vom 29. August 2011 - 1 BvR 3108/10 - bestätigt. Vor diesem Hintergrund gibt der Beschluss des Landgerichts Mönchengladbach vom 11. Oktober 2011 - 10 O 120/09 - keine Veranlassung zu einer anderen Beurteilung.

40 (2) Der Senat sieht auch davon ab, das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH über das Vorlageersuchen des Landgerichts Mönchengladbach in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO auszusetzen (vgl. zur Zulässigkeit einer solchen Aussetzung: BGH, Beschluss vom 30. März 2005 - X ZB 26/04, BGHZ 162, 373, 378). Ausschlaggebend für diese nach § 148 ZPO zu treffende Ermessensentscheidung ist, dass die richtige Auslegung des entscheidungserheblichen Gemeinschaftsrechts, wie dargelegt, derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall maßgeblich von den von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung angeführten Entscheidungen anderer Gerichte (BVerwG, NVwZ 2001, 319, 320; BAG, NJW 2011, 1836; BFH, BFH/NV 1999, 840; BPatG, GRUR 2002, 734, 735), die die Antwort auf die jeweils entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage als nicht offenkundig angesehen und das jeweilige Verfahren ausgesetzt haben.

41 Auch die Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der EU-Kommission bzw. den Gemeinschaftsgerichten rechtfertigt keine andere Entscheidung. Nach der Rechtsprechung des EuGH (GRUR Int. 2001, 333 Rn. 55 f.) folgt in Fällen, in denen die Entscheidung des bei einem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreits von der Gültigkeit einer Entscheidung der Kommission abhängt, aus der Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit, dass das nationale Gericht, um nicht eine der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufende Entscheidung zu erlassen, das Verfahren aussetzen sollte, bis die Gemeinschaftsgerichte eine endgültige Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Kommission erlassen haben, es sei denn, es hält es unter den gegebenen Umständen für gerechtfertigt, dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage nach der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission vorzulegen. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Fall ist entgegen der von der Revisionserwiderung in der mündlichen

Verhandlung vertretenen Auffassung mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. In dem vom EuGH entschiedenen Fall lag bereits eine Entscheidung eines maßgeblichen Gemeinschaftsorgans, nämlich der Kommission, vor, zu der sich das nationale Gericht mit seiner Entscheidung nicht in Widerspruch setzen sollte. Im vorliegenden Fall, in dem es eine solche Entscheidung der Kommission nicht gibt, steht auch die Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und den Gemeinschaftsgerichten einer Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den erkennenden Senat, die derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt, nicht entgegen.

42 2. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Klage als unbegründet abgewiesen hat.

43 a) Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht seiner Entscheidung deutsches Deliktsrecht zugrunde gelegt hat (vgl. Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 29 ff., vom 13. Juli 2010 - 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).

44 b) Hingegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Beihilfe zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch W. aufgrund unterlassener Risikoaufklärung verneint hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

45 Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger sei nicht aufklärungsbedürftig gewesen, ist rechtsfehlerhaft. Hierfür reicht der bloße Vortrag der Beklagten, der Kläger sei bereits termingeschäftserfahren gewesen, nicht aus. Nach der Rechtsprechung des Senats kommt bei Geschäften der vorliegenden Art eine Verneinung der Aufklärungsbedürftigkeit dann in Betracht, wenn der Anleger die negativen Auswirkungen der hohen Gebührenaufschläge des Ver-

mittlers auf sein Verlustrisiko positiv kennt (Senatsurteil vom 21. Oktober 2003 - XI ZR 453/02, ZIP 2003, 2242 Rn. 23 ff.), er also weiß, dass er praktisch chancenlos ist. Dafür enthalten die Feststellungen des Berufungsgerichts und der Sachvortrag der Parteien, namentlich der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten, keinen Anhaltspunkt.

46 Unabhängig davon ist das Berufungsurteil auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil es auf eine unzureichende Risikoaufklärung nicht entscheidend ankommt. Denn neben der - hier nicht maßgeblichen - Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen haftet der Vermittler 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 ihre Kosten zu bereichern. Auf eine solche Haupttat müssen sich die objektiven und subjektiven Merkmale einer nach § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB haftungsrelevanten Teilnahmehandlung beziehen (st.Rspr.; siehe nur Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 26 f. und vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 37 f., jeweils mwN).

47 c) Rechtsfehlerfrei ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Anspruch gemäß § 826 BGB wegen churning verneint hat. Churning bedeutet den durch das Interesse des Kunden nicht gerechtfertigten häufigen Umschlag eines Anlegerkontos, durch den der Broker oder der Vermittler oder beide sich - unter Ausnutzung einer erteilten Vollmacht oder durch Emp-

fehlung und Ratschläge - zu Lasten der Gewinnchancen des Kunden Provisions-einnahmen verschaffen (BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - VI ZR 136/03, WM 2004, 1768, 1769 mwN). Dass W. oder die Beklagte einen solchen Umschlag des Kontos des Klägers veranlasst haben, indem sie aufgrund einer entsprechenden Vollmacht entsprechende Geschäfte getätigt oder den Kläger durch Empfehlungen und Ratschläge zu solchen Geschäften veranlasst haben, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und der Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen. Der von der Revision in Bezug genommene Vortrag des Klägers, er sei von W. betreut worden, außerdem habe eine Bevollmächtigung W.'s vorgelegen, die einzelnen Anlagegeschäfte für den Kläger tätigen und steuern zu können, reicht hierfür nicht aus.

- 48 d) Einen Anspruch gemäß § 826 BGB wegen Verheimlichung einer kick-back-Abrede (vgl. Senatsurteil vom 28. Februar 1989 - XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1051; vgl. zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen auch: Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 22 f. und Senatsbeschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 5, jeweils mwN) hat das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei verneint. Dem Kläger ist in der von ihm unterschriebenen Vergütungstabelle, die dem Vermittlungsvertrag mit W. vom August 2002 beigefügt war, offen gelegt worden, dass W. für jeden gehandelten Kontrakt eine Roundturn-Provision erhielt. Diese Provision ist in der Vergütungstabelle mit 100 US-Dollar sogar um 5 US-Dollar höher als zwischen W. und der Beklagten vereinbart beziffert worden. In dem Vermittlungsvertrag wird außerdem darauf hingewiesen, dass die Provisionen des W. und der Beklagten aus buchungstechnischen Gründen zusammengefasst werden können und dass in diesem Fall der Anteil W.'s an der Gesamtprovision den Angaben in der Vergütungstabelle entspreche.

III.

49 Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich, soweit es einen Anspruch gemäß § 826 BGB wegen Beihilfe zur Vermittlung praktisch chancenloser Geschäfte verneint hat, nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

50 1. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers wegen vorsätzlicher Teilnahme der Beklagten an einem auf eine sittenwidrige Schädigung des Anlegers ausgerichteten Geschäftsmodell des W. (§§ 826, 830 BGB) nicht verjährt. Da ein etwaiger Anspruch erst nach dem 1. Januar 2002 entstanden ist, ist seine Verjährung nach den am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen §§ 195, 199 BGB nF zu beurteilen.

51 Die Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB nF war bei Klageerhebung im August 2007 noch nicht abgelaufen, so dass diese zur Hemmung der Verjährung geführt hat (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Nach §§ 195, 199 BGB nF beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsteller Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen sowie der Person des Schuldners hat oder diese Kenntnis infolge grober Fahrlässigkeit nicht hat.

52 a) Die erforderliche Kenntnis liegt im Allgemeinen vor, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist. Weder ist es notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können. Auch kommt es, abgesehen von Ausnahmefällen, nicht auf eine zutreffende rechtliche Würdigung an (vgl. BGH, Ur-

teil vom 9. November 2007 - V ZR 25/07, WM 2008, 89 Rn. 15; Senatsurteile vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, WM 2008, 1260 Rn. 32 und vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346 Rn. 27, jeweils mwN).

53 Grob fahrlässige Unkenntnis liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 17/03, WM 2005, 382, 384; Senatsurteil vom 23. September 2008 - XI ZR 253/07, WM 2008, 2158 Rn. 34, jeweils mwN).

54 b) Nach diesen Grundsätzen hatte der Kläger vor dem 1. Januar 2004 weder positive Kenntnis von einer Beteiligung der Beklagten am sittenwidrigen Geschäftsmodell von W., noch beruhte seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit.

55 Geht es, wie hier, um die Frage einer deliktischen Haftung eines Brokers wegen bedingt vorsätzlicher Teilnahme an einem sittenwidrigen Geschäftsmodell, kann von einer Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Anlegers nur ausgegangen werden, wenn ihm sowohl die Umstände, die in Bezug auf dieses Geschäftsmodell einen Ersatzanspruch begründen, als auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass auch der das Transaktionskonto führende und die einzelnen Aufträge des Anlegers ausführende Broker als möglicher Haftender in Betracht kommt, bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind (Senatsurteile vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 46 und vom 25. Januar 2011 - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 59).

56 Beides war hier vor der im März 2007 erfolgten Mandatierung seiner Prozessbevollmächtigten durch den Kläger nicht der Fall. Dem Kläger waren mit der bloßen Kenntnis davon, dass in den Jahren 2002 und 2003 Verluste

realisiert wurden, noch keine Umstände bekannt, die auf die Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells von W. schließen ließen oder zu weiteren Nachforschungen oder der Einholung von Rechtsrat Anlass gaben. Die Verluste konnten aus Sicht des Klägers auch auf den Marktgegebenheiten beruhen. Ferner waren dem Kläger keine Umstände bekannt, die die Beklagte als mögliche deliktisch Haftende in Frage kommen ließen. Da die Beklagte nicht Vertragspartnerin des Vermittlungsvertrages vom August 2002 war und gegenüber dem Kläger nur als kontoführendes Institut auftrat, konnten die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB allenfalls vorliegen, wenn dem Kläger zusätzlich zu der - hier nicht vorhandenen - Kenntnis von Umständen, die den Schluss auf die Chancenlosigkeit der von W. vermittelten Geschäfte zuließen, Umstände bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen wären, aus denen sich ergab, dass die Beklagte sich bedingt vorsätzlich an dem von W. praktizierten Geschäftsmodell beteiligte. Dafür ist nichts ersichtlich. Die maßgeblichen Umstände für die Beurteilung der Frage, ob die Beklagte sich an einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des W. gemäß § 826 BGB in haftungsrelevanter Weise vorsätzlich im Sinne von § 830 BGB beteiligt hat, stehen im Zusammenhang mit der Begründung der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und W. und ergeben sich unter anderem aus dem Abkommen vom 12. Juli 2001. Dass der Kläger hiervon vor dem 1. Januar 2004 Kenntnis erlangt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat, ist weder festgestellt noch dem Parteivortrag zu entnehmen.

57 2. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte wegen vorsätzlicher Teilnahme am Geschäftsmodell des W. gemäß §§ 826, 830 BGB ist auch nicht verwirkt.

58 Eine Verwirkung als Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung kommt in Betracht, wenn der Berech-

tigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat, obwohl er hierzu in der Lage war, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde (vgl. BGH, Urteile vom 16. Juni 1982 - IVb ZR 709/80, BGHZ 84, 280, 281 und vom 20. Oktober 1988 - VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290, 298, jeweils mwN).

59 Davon ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen. Dabei kann dahinstehen, ob der zwischen der letzten Rückzahlung und der Klageerhebung liegende Zeitraum von etwa vier Jahren und vier Monaten als solcher die Annahme des für die Verwirkung erforderlichen Zeitmoments bereits vor Ablauf der dreijährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB überhaupt rechtfertigt (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 242 Rn. 97 mwN). Jedenfalls ist weder ersichtlich noch dem Parteivortrag zu entnehmen, dass der Kläger bei der Beklagten in zurechenbarer Weise einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, aufgrund dessen die Beklagte sich berechtigterweise darauf einrichten durfte, der Kläger werde ihr gegenüber seine Rechte nicht mehr geltend machen. Der in diesem Zusammenhang stehende Hinweis der Beklagten auf die nach britischem Aufsichtsrecht für sie maßgebliche und zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits abgelaufene dreijährige Aufbewahrungsfrist für Kundenunterlagen greift nicht durch. Die Beklagte konnte bei dem Kläger, einem ausländischen Privatanleger, keine Kenntnis von den Bestimmungen des britischen Aufsichtsrechts voraussetzen.

IV.

60 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).

61 1. Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (siehe nur Urteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 24 ff., bestätigt durch BVerfG, WM 2011, 924, und vom 8. Februar 2011 - XI ZR 168/08, WM 2011, 650 Rn. 33 ff.) Feststellungen zu einer Teilnahme der Beklagten an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch W. gemäß §§ 826, 830 BGB zu treffen haben.

62 a) Von einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch W. gemäß § 826 BGB ist aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen. Danach war das Geschäftsmodell des W., namentlich aufgrund der Gebührenstruktur, darauf angelegt, den Anlegern chancenlose Geschäfte zum ausschließlich eigenen Vorteil zu vermitteln. In diesem Zusammenhang kommt dem Umstand, dass der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sämtliche Anlageentscheidungen selbst getroffen und W. nur auf seine Weisung hin gehandelt hat, keine Bedeutung zu, weil der Kläger von W. nicht in der erforderlichen Weise über die praktische Chancenlosigkeit der Geschäfte aufgeklärt war und die Folgen seines Tuns deswegen nicht richtig einschätzen konnte. Die Feststellungen des Berufungsgerichts und der Sachvortrag der Parteien, namentlich der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten, enthalten auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger nicht aufklärungsbedürftig war, weil er die negativen Auswirkungen der hohen Gebührenaufschläge des W. auf sein Verlustrisiko positiv kannte.

63 b) Zu einer Teilnahme der Beklagten an der danach begebenen Haupttat des W. sind weitere Feststellungen des Berufungsgerichts erforderlich. Dabei

kommen als objektive Beihilfehandlungen der Beklagten die Eröffnung des Transaktionskontos für den Kläger, die Ausführung der erteilten Einzelaufträge und die Abführung von Provisionen und Gebühren an W. in Betracht. Für die Beurteilung, ob die Beklagte mit Gehilfenvorsatz handelte, sind Feststellungen dazu erforderlich, ob die Beklagte das Geschäftsmodell des W., namentlich die Gebührenstruktur, gekannt hat. Die Kenntnis der Gebührenstruktur, für die das Schreiben der Beklagten vom 12. Juli 2001 an W. spricht, in der die Gebühren mitgeteilt werden, reicht für die Bejahung des Gehilfenvorsatzes aus (st.Rspr., siehe nur Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - XI ZR 57/08, ZIP 2010, 2004 Rn. 53). Aber auch das Fehlen dieser Kenntnis stünde einem bedingten Vorsatz nicht entgegen. In diesem Fall sind Feststellungen dazu erforderlich, ob die Beklagte mit der Sittenwidrigkeit des Geschäftsmodells rechnete, weil sie Kenntnis vom maßgeblichen deutschen Recht, insbesondere von der einschlägigen höchst-richterlichen Rechtsprechung, sowie von den zahlreichen zurückliegenden Missbrauchsfällen hatte (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 42). Die W. erteilte aufsichtsrechtliche Erlaubnis entlastet die Beklagte gegebenenfalls nicht (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 46).

64 Auch 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) steht der Annahme eines Teilnehmersvorsatzes nicht entgegen, weil es vorliegend um die mögliche Haftung der Beklagten wegen einer bedingt vorsätzlichen Beteiligung an einem sittenwidrigen Geschäftsmodell eines Optionsvermittlers und nicht wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten geht (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 26 f.). Zudem kann bei vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen und hierzu vorsätzlich geleisteter Beihilfe, d.h. bei kollusivem Zusammenwirken der beteiligten Wertpapierdienst-

leistungsunternehmen, ohnehin kein Unternehmen auf eine ausreichende Aufklärung des Anlegers durch das andere Unternehmen vertrauen.

- 65 2. Falls sich die Hauptforderung als begründet erweisen sollte, wäre auch die mit der Berufung des Klägers verfolgte Zinsforderung vom Zeitpunkt der Überweisung der einzelnen Anlagebeträge an gemäß § 849 BGB begründet (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 2007 - II ZR 167/06, WM 2008, 291).

Wiechers

Joeres

Mayen

Ellenberger

Matthias

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.02.2008 - 13 O 215/07 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.01.2009 - I-16 U 32/08 -