

Verfahrensgang

OLG Stuttgart, Urt. vom 27.04.2015 - 5 U 120/14, [IPRspr 2015-203](#)

Rechtsgebiete

Zuständigkeit → Besonderer Vertragsgerichtsstand

Rechtsnormen

BGB § 309

LugÜ Art. 75

LugÜ II Art. 5; LugÜ II Art. 15; LugÜ II Art. 15 f.; LugÜ II Art. 16; LugÜ II Art. 17; LugÜ II Art. 23;

LugÜ II Art. 63

LugÜ II - 2. Prot Art. 1

ZPO § 286

Fundstellen

LS und Gründe

Europ. Leg. Forum, 2015, 106

RIW, 2015, 762, mit Anm. *Mankowski*

WM, 2015, 2185

WuB, 2016, mit Anm. *Ulmer*, 2016, 126

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2015-203>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

wieder zurückgekommen. Die Gesamtheit dieser Umstände lassen nur den Schluss zu, dass dem Textelement ‚nicht abgeführte gesetzliche Abgaben‘ im Klageantrag zu 3) kein eigenständiges klägerisches Begehren entspricht.“

203. Die *Qualifizierung als „Verbrauchergeschäft“ im Sinne von Art. 15, 16 LugÜ II – mit der Folge, dass Gerichtsstandsvereinbarungen nicht wirksam sind – ist bei einem Kapitalanlagegeschäft nicht von der Höhe des Anlagebetrags abhängig. Eine Anlage mit einem Gesamtwert von 50 Millionen Euro kann als Verbrauchergeschäft qualifiziert werden, wenn es der privaten Vermögensverwaltung zuzuordnen ist.*

Eine auf der Fax-Rücksendung eines vom Kunden übersandten und unterschriebenen Kontoeröffnungsantrags enthaltene Parapher kann nicht ohne weiteres als Art. 23 LugÜ II genügende Vertragserklärung der Bank gesehen werden, die der Schriftform genügt. [LS der Redaktion]

OLG Stuttgart, Urt. vom 27.4.2015 – 5 U 120/14: RIW 2015, 762 mit Anm. Mankowski; WM 2015, 2185; Europ. Leg. Forum 2015, 106; WuB 2016 mit Anm. Ulmer.

[Eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH – XI ZR 223/15 – wurde unterdessen zurückgewiesen.]

Der Kl. nimmt die Bekl. auf Schadensersatz aus einem Anlageberatungsvertrag in Anspruch. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium geht es um die Zulässigkeit der Klage unter dem Gesichtspunkt der internationalen Zuständigkeit. Die Parteien stehen bzw. standen in Geschäftsbeziehung. Die Vertragsunterlagen wurden dabei zwischen den Parteien per Telefax versandt. Daneben stehen bzw. standen auch Gesellschaften der vom Kl. beherrschten X-Gruppe (Drogerie X), u.a. die X Ltd. & Co. KG, in Geschäftsbeziehung mit der Bekl. Die AGB der Bekl., deren Zugang der Kl. bestreitet, sehen u.a. als anwendbares Recht das Schweizer Recht und als Erfüllungsort und Gerichtsstand (Basel, Schweiz) vor. Der Kl. zeichnete 2011 50 000 Anteile (zu 50 Mio. €) an dem ... Fonds. Inhaltlich geht es bei dieser Anlage um sog. Cum-Ex-Geschäfte, bei denen es über Leerverkäufe von Aktien mit bzw. ohne Dividendenbezugsrecht zu einer mehrfachen Erstattung einer nur einmal gezahlten Kapitalertragssteuer kommen kann und deren steuerliche Behandlung noch nicht abschließend geklärt ist.

Das LG hat durch Zwischenurteil die Zulässigkeit der Klage festgestellt; mit der Berufung verfolgt die Bekl. ihren erstinstanzlichen Klagabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

„II. ... 1. Zutreffend und von keiner Partei beanstandet hat das LG für die Prüfung der internationalen Zuständigkeit die Vorschriften des LugÜ II herangezogen. Dieses ist inhaltlich, zeitlich (Art. 63 Nr. 1 LugÜ II) und geografisch anwendbar.

Zur Auslegung des LugÜ II kann wegen Regelungsparallelität weitgehend auf die zur EuGVO (Art. 1 I des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens [BGBl. 1994 II 2697] zu Art. 75 LugÜ) – in geringerem Umfang auch zu den Vorgängerinstrumenten, insbes. dem EuGVÜ – ergangene Rspr. und die diesbezügliche Fachliteratur zurückgegriffen werden.

2. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist – bereits – gemäß Art. 16 I LugÜ II zu bejahen, denn der Kl. ist für diesen Rechtsstreit als Verbraucher anzusehen, so dass sich für seinen Aktivprozess eine Zuständigkeit des für seinen Wohnort zuständigen Gerichts ergibt.

Wann ein die Anwendbarkeit des 4. Abschnitts des LugÜ II eröffnendes Verbrauchergeschäft vorliegt, ist in Art. 15 LugÜ II geregelt:

Ein Verbrauchergeschäft liegt nach Art. 15 LugÜ II dann vor, wenn es zu einem Zweck geschlossen wird, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann.

Zudem muss es einem der in Art 15 I LugÜ II enumerativ aufgezählten Tatbestände unterfallen.

a) privater oder beruflicher bzw. gewerblicher Zweck

Maßgeblich für die Zuordnung des Geschäfts zur privaten Sphäre einerseits oder zur beruflichen bzw. gewerblichen Sphäre andererseits sind Inhalt, Art und Zweck des Geschäfts sowie die objektiven Umstände bei Vertragsschluss (EuGH, Urt. vom 20.1.2005 – Johann Gruber ./ BayWa AG, Rs C-464/01, Slg. 2005 I-439; *Kropholler-v. Hein*, EuZVR, 9. Aufl., Rz. 10 zu Art. 15 EuGVO). Die Darlegungs- und Beweislast liegt grundsätzlich bei dem Beteiligten, der sich auf die Anwendbarkeit des 4. Abschnitts des LugÜ II beruft (BGH, Urt. vom 28.2.2012 – XI ZR 9/11¹, Rz. 32; *Nagel-Gottwald*, IZPR, 7. Aufl. § 3 Rz. 143). In Grenzfällen ist – insoweit anders im deutschen materiellen Recht – nicht maßgeblich, welcher Zweck überwiegt, sondern die prozessualen Verbraucherschutzvorschriften des LugÜ II kommen nur dann zur Anwendung, wenn der Zuordnung zur beruflich-gewerblichen Sphäre nur ganz untergeordnete Bedeutung zukommt (EuGH, Urt. vom 20.1.2005 aaO; *Kropholler-v. Hein* aaO). Dabei sind mit Grenzfällen aber nicht Zweifelsfälle gemeint, sondern die Konstellationen („doppeltem Zweck dienender Vertrag“, *Zöller-Geimer*, ZPO, 30. Aufl., Rz. 3 zu Art. 15 EuGVO), in denen ein Vertrag beiden Sphären zuzuordnen ist und sich dann – da eine gespaltene Rechtsanwendung auf ein und denselben Vertrag nicht in Betracht kommt – die Frage stellt, wo die Grenze gezogen wird. Diese zieht das Abkommensrecht anders als das nationale Recht; im [vorliegenden] Fall bleibt dies bedeutungslos, weil ein solcher Mischfall nicht ersichtlich ist.

Die erforderliche Prüfungsintensität bzw. das erforderliche Beweismaß (z.B. Vollbeweis oder schlüssiger Vortrag) bzgl. der relevanten Tatsachen ist dabei der *lex fori* zu entnehmen (EuGH, Urt. vom 7.3.1995 – Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint S.A.R.L. u. Chequepoint International Ltd. ./ Presse Alliance S.A., Rs C-68/93, Slg. 1995 I-415 betr. Art. 5 EuGVÜ; *Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 94 zu Art. 5 bzw. Rz. 69 zu Art 23 EuGVO). Konkret folgt hieraus, dass das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts zur Überzeugung des Gerichts (§ 286 I ZPO) nachzuweisen ist. Es handelt sich insoweit nicht um eine sog. doppelrelevante Tatsache (zu diesen BGH, Urt. vom 25.11.1993 – IX ZR 32/93² = NJW 1994, 1413; *Zöller-Vollkommer* aaO Rz. 14 zu § 12), weil die Klage auch begründet sein kann, wenn der Kläger nicht Verbraucher ist. Hingegen ist der Abschluss des streitgegenständlichen Geschäfts (also eines Kapitalanlageberatungsvertrags) schlüssig vorzutragen, denn diese Tatsache ist sowohl für die Zulässigkeit (Art. 15 LugÜ II) als auch für die Begründetheit der Klage relevant.

Mit diesem rechtlichen Maßstab ordnet der Senat das streitgegenständliche Geschäft als Verbrauchergeschäft ein.

aa) Den Abschluss eines Kapitalanlageberatungsvertrags hat der Kl. schlüssig vorgetragen, sowohl nach schweizerischem als auch nach deutschem bürgerlichem Recht.

¹ IPRspr. 2012 Nr. 203.

² IPRspr. 1993 Nr. 180.

Die Darlegungen des Kl. werden den von der Bekl. selbst eingeführten Kriterien für den Abschluss eines Anlageberatungsvertrags nach schweizerischem Recht (,aktive und individuelle Mitwirkung einer Fachperson bei der Planung einer Investition‘) gerecht, wohingegen die beklagte seitens zit. Entscheidung des BGer vom 4.1.2007 nicht einschlägig ist, denn die dort geschilderte Konstellation, bei der der Kunde ,durch unbedingte Erteilung entsprechender Aufträge oder Weisungen zu erkennen gibt, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht‘, lag – nach der wegen Doppelrelevanz maßgeblichen Darstellung des Kl. – gerade nicht vor. Der beklagten Bank wird nicht angesonnen, den Kunden anlässlich einer gleichsam ad hoc erteilten Investmentweisung unverlangt zu warnen, sondern der Kl. trägt vor, er sei eigens aufgesucht worden, um über die streitgegenständliche Kapitalanlage informiert zu werden und dies sei sodann nicht oder mangelhaft geschehen.

Nach deutschem bürgerlichem Recht kommt ein Anlageberatungsvertrag regelmäßig dann konkludent zustande, wenn im Zusammenhang mit der Anlage eines Geldbetrags eine Beratung tatsächlich stattfindet. Schon in der Empfehlung einer Anlage kann das Angebot zum Abschluss eines Anlageberatungsvertrags liegen (BGH, Urt. vom 18.4.2013 – III ZR 83/12). Auch dies hat der Kl. schlüssig vorgebracht.

bb) Das Geschäft ist als private Vermögensverwaltung und damit als Verbrauchergeschäft anzusehen. Maßgeblich hierfür sind folgende Umstände:

(1)

- Sämtliche relevanten Vertragsunterlagen (sowohl für die Konto- und Depotöffnung als auch für die Zeichnung der Anlage) nennen den Kl. selbst unter seiner Privatanschrift als Vertragspartei.
- Die Bank kommuniziert mit ihm als Empfänger (nicht nur als Ansprechpartner), auch wenn die KG in den Unterlagen auch als (Kopie-) Postanschrift vermerkt war.
- Abgewickelt wurde die Anlage über ein Konto, das für ihn als Privatperson geführt wird.
- Das Finanzierungsdarlehen (in Höhe von 25 Mio €) wurde dem Kl. persönlich gewährt, nicht einer Gesellschaft, an der er beteiligt ist.

(2) Der Senat verkennt nicht, dass der Kl. von Beruf Unternehmer ist und sich somit auch von Berufs wegen mit Kapitalanlagen befasst.

Dass er ... ,als Unternehmer referenziert‘ sei – wie die Bekl. formulieren lässt –, ist freilich bedeutungslos, denn im Rahmen der Selbstauskunft bei der Kontoöffnung hat der Kl. damit schlicht die Frage nach seinem Beruf – zutreffend – beantwortet, ohne dass dies Aufschluss über den objektiven Zweck des konkreten Geschäfts zu geben geeignet wäre.

Im Übrigen bedeutet die berufliche Befassung mit Kapitalanlagen eben nicht, dass auch jedweder Geschäftsabschluss im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung der beruflichen Sphäre zuzuordnen sein muss. Vielmehr kann derselbe Beteiligte einmal als Unternehmer, einmal als Verbraucher anzusehen sein (so der EuGH, Urt. vom 3.7.1997 – Francesco Benincasa ./. Dentalkit S.r.l., Rs C-269/95, s. Slg. 1997

I-3767 Rz. 16, betreffend Art. 13 EuGVÜ). Dem entnimmt der Senat, dass eine erstrebte oder erfolgte unternehmerische Kapitalanlage zu einem früheren Zeitpunkt es nicht ausschließt, dieselbe Person bei einer späteren anderen Kapitalanlage als Verbraucher anzusehen.

Deswegen kommt es auch nicht darauf an, ob bei früheren Anlagengeschäften der Kl. um Beratung nachgefragt, bzw. diese erhalten hatte.

(3) Eine ‚Verflechtung‘ beider Sphären sieht der Senat nicht.

Es gab wie dargelegt objektive und formale Kriterien, die die Zuordnung zur einen oder zur anderen Sphäre überprüfbar und für die Bekl. erkennbar machten. Im Übrigen ist die Darstellung des Kl., dass es bei der ‚Verflechtung‘ nur um die von den Wirtschaftsprüfern monierte Haftung der KG für private Schulden, die bei der Streitgegenständlichen Anlage ohnehin nicht in Rede steht, gegangen sei, durch die Bezugnahme auf ausschließlich eigene Unterlagen der Bekl. nicht widerlegt.

Der Ausnahmefall, dass für den Vertragspartner die Zuordnung zur privaten Sphäre nicht erkennbar wird, weil der Verbraucher sie – fahrlässig oder vorsätzlich – verschleiert, etwa durch Verwendung des geschäftlichen Briefkopfs für eine private Bestellung (s. hierzu bspw. *Zöller-Geimer* aaO Rz. 6 m.w.N. aus der EuGH-Rspr.), liegt aus den genannten Gründen nicht vor.

(4) Weder die Vermögensverhältnisse des Kunden noch der Umfang der konkreten Kapitalanlage noch die Komplexität der Anlage, die gezeichnet bzw. hinsichtlich der die Beratung erfolgt oder erfolgen soll, sprechen für sich gesehen oder zusammen gegen eine Einordnung als Verbrauchergeschäft.

Diese Aspekte sind nicht geeignet, Aufschluss über den objektiven Zweck des konkreten Geschäfts zu geben. Im Übrigen würde es auch dem Zweck des Art. 15 LugÜ II widersprechen, solche Geschäfte grundsätzlich aus seinem Anwendungsbereich herauszunehmen, weil auch vermögende Anleger schutzbedürftig sein können, erst recht, wenn eine komplexe Kapitalanlage in Rede steht.

Entscheidend ist aber, dass eine solche Handhabung dem Anliegen des Normsetzers zuwiderliefe, klare und vorhersehbare Kriterien für die Abgrenzung zu schaffen, damit die Vorschriften des Abkommens gleichmäßig angewandt werden können. Die gebotene Abstraktion spricht dagegen, bestimmten Personen gleichsam aus Statusgründen die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften zu versagen.

Soweit sich die Bekl. für ihre gegenteilige Auffassung auf das OLG Hamm (Urt. vom 14.1.2004 – 25 U 23/03³ [zu Art. 13 EuGVÜ]) beruft, das dies anders zu beurteilen scheint, so erlaubt das von dem OLG Hamm in Bezug genommene EuGH-Zitat (Urt. vom 27.4.1999 – Hans-Hermann Mietz ./ Intership Yachting Sneek BV, Rs C-99/96, Slg. 1999 I-2277, IPRax 2000, 411, 413)

‚Zu beachten ist, dass der Gerichtshof nicht danach gefragt wird, ob eine Person in der Situation des Schuldners des Ausgangsverfahrens die weiteren in Art. 13 des Übereinkommens aufgezählten Voraussetzungen dafür erfüllt, als Verbraucher im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden zu können.‘

nicht einmal die Schlussfolgerung, dass der EuGH die Frage offengelassen habe. Er hat sich vielmehr mit dieser Frage überhaupt nicht befasst, sondern sich auf die Beantwortung der Vorlagefrage beschränkt.

³ IPRspr. 2004 Nr. 98a.

Dass der Kl. die Absicht hatte, mit der streitgegenständlichen Anlage (auch beträchtlichen) Gewinn zu erzielen, ist solchen Geschäften immanent und ebenfalls nicht zuständigkeitsschädlich.

(5) Aus den gleichen Gründen kommt es nicht in Betracht, ein Verbrauchergeschäft deswegen abzulehnen, weil der Kl. ein erfahrener und risikofreudiger Anleger sei. Wie dargelegt, gebieten es Gründe der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und gleichmäßigen Anwendbarkeit der Vorschriften des Abkommens, abstrakt auf die objektive Stellung des Beteiligten im konkreten Geschäft abzustellen und nicht auf seine subjektive Befähigung, die im Einzelfall schwer feststellbar sein kann und für die ein Maßstab fehlt (*Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 8 zu Art. 15 EuGVO m.w.N. der Rspr. des BGer in N. 27).

Gehört die Person zu dem abstrakt als schutzbedürftig definierten Personenkreis, so kommt der Verbrauchergerichtsstand zur Anwendung, auch wenn sich konkret begründen ließe, dass wegen Sachkunde das typische Schutzbedürfnis nicht bestand (so das BGer an der im vorigen Absatz zit. Stelle). Auch die Angabe im Zeichnungsschein, der Kl. sei ein professioneller Anleger, bleibt daher irrelevant, zumal es sich dabei ohnehin nicht um eine an die Bekl. gerichtete Erklärung handelte.

(6) Die Inanspruchnahme (externer) Beratung spricht nicht gegen die Verbrauchereigenschaft. Auch ein Verbraucher kann bei dem Rechtsanwalt seines Vertrauens oder seinem Steuerberater Rat einholen, ohne dass das Geschäft deswegen der beruflichen bzw. gewerblichen Sphäre zuzuordnen sein müsste. Gerade bei Kapitalanlagen beträchtlichen Umfangs, hoher Komplexität und nicht vollständig fehlenden Risikos ist die Hinzuziehung etwa des Steuerberaters, ggf. auch eines Rechtsanwalts, nahe liegend und ohne Relevanz für die Frage der Einordnung als Verbrauchergeschäft.

Überdies – hierauf lässt der Kl. zutreffend hinweisen – kann ohnehin nicht darauf abgestellt werden, wen der Kl. hinzugezogen hat, nachdem die Anlage bereits erfolgt bzw. es sogar schon zum Streit gekommen war. Maßgeblich ist vielmehr der Zeitraum vor Zeichnung der Anlage bzw. vor Zustandekommen des Kapitalanlageberatungsvertrags, und für diesen wird eine externe Beratung, die auf das streitgegenständliche Geschäft bezogen wäre, auch von der Bekl. nicht konkret behauptet.

Gleiches gilt für die beklagtenseits behauptete Hinzuziehung des unternehmensinternen Beraterstabs. Ein solches Vorgehen – bezogen auf das streitgegenständliche Geschäft und zeitlich schon vor Abschluss des Kapitalanlageberatungsvertrags – ist dem Vorbringen der Bekl. nicht zu entnehmen. Die Hinzuziehung von Mitarbeitern des Unternehmens für nur administrative Tätigkeiten wie Erteilung einer Empfangsvollmacht für Post u.ä. ändert nichts am Privatcharakter.

(7) Dass es sich bei der streitgegenständlichen Anlage um eines von vielen Investments der X-Gruppe gehandelt habe, erscheint dem Senat zirkelschlüssig, denn wenn es sich tatsächlich um ein Investment der Gruppe – also einer der X-Gesellschaften, denn ein Unternehmen des Kl. als Einzelunternehmer gibt es unstrittig nicht – handeln würde, würde sich die Frage nach dem Verbrauchergeschäft von vornherein nicht stellen. Nach obigen Ausführungen ist aber von einem Privatgeschäft des Kl. auszugehen.

Das Geschäft wurde auch nicht dadurch zu einem solchen der KG, dass der Kl. den von ihm selbst bar zu erbringenden (also nicht darlehensfinanzierten) Teil der

Anlage zuvor einem Gesellschafterkonto bei der KG entnommen hatte, denn unstreitig wurde der Anlagebetrag von dem für ihn privat geführten Konto bei der Bekl. abgebucht. Wie gesagt, ist für die Abgrenzung der privaten von der beruflich-gewerblichen Sphäre der objektive Zweck des Geschäfts maßgeblich, nicht hingegen die Herkunft des eingesetzten Kapitals.

Das Vermögen der Gruppe wird durch die streitgegenständliche Anlage in keiner Weise tangiert.

b) Numerus clausus der Verbrauchergeschäfte

Die Voraussetzungen des Art. 15 I lit. c LugÜ II (Tätigkeit im Wohnsitzstaat) liegen vor. Die Mitarbeiter der Bekl. haben zum einen den Kl. in U. aufgesucht und beraten. Überdies war die Bekl. ohnehin strukturell in Deutschland gewerblich tätig, denn sie verfügte über eine eigene für Privatkunden in Deutschland zuständige Abteilung (deren Leiter, Herr Dr. H., an der Beratung des Kl. beteiligt war).

c) Gerichtsstandsvereinbarung

Ist ein Verbrauchergerichtsstand begründet, so darf von diesem nur unter den Voraussetzungen des Art. 17 LugÜ II abgewichen werden, die vorliegend nicht erfüllt sind. Die Vereinbarung wurde – selbst nach dem Vorbringen der Bekl. – nicht nach Entstehung der Streitigkeit getroffen (Art. 17 Nr. 1 LugÜ II), sie soll die Wahlmöglichkeit des Verbrauchers nicht erweitern (Art. 17 Nr. 2 LugÜ II), sondern ausschließen, und schließlich sieht sie auch nicht die Zuständigkeit der Gerichte des Staats des gemeinsamen Sitzes oder Aufenthaltsorts (Art. 17 Nr. 3 LugÜ II) vor.

Bezogen auf den Verbrauchergerichtsstand greift die Gerichtsstandsvereinbarung also nicht, ohne dass es darauf ankäme, ob sie materiell-rechtlich und formell wirksam zustande gekommen ist.

3. Nach Vorstehendem nur ergänzend ist auszuführen, dass der Senat dem LG darin folgt, dass (auch) Art. 5 LugÜ II (Erfüllungsort) die Annahme der internationalen Zuständigkeit des angerufenen LG Ulm trägt.

a) Kapitalanlageberatungsvertrag

Der Abschluss eines Kapitalanlageberatungsvertrags ist auch für die Prüfung des Art. 5 LugÜ II eine doppelrelevante Tatsache, so dass insoweit auf obige Ausführungen Bezug genommen werden kann. Der Kl. hat hierzu schlüssig vorgetragen.

Die Auffassung des LG ..., der Anlageberatungsvertrag unterfalle Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ II, vermag der Senat nicht zu teilen, weil das hierfür vorgesehene Merkmal der Entgeltlichkeit (EuGH, Urt. vom 23.4.2009 – Falco Privatstiftung u. Thomas Rabitsch ./ Gisela Weller-Lindhorst, Rs C-533/07, Slg. 2009 I-3327 betr. Art. 5 EuGVÜ; *Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 43 zu Art. 5 EuGVO) dem streitgegenständlichen Anlageberatungsvertrag fehlt. Gleichwohl unterfällt der Vertrag Art. 5 Nr. 1 lit. a LugÜ II.

b) Erfüllungsort

Abkommensrechtlicher Erfüllungsort ist U., weil die Verpflichtung dort ‚erfüllt worden ist‘. Der konkret streitgegenständliche Schadensersatzanspruch (der ein Anspruch auf Geldzahlung ist) wird dabei als Sekundäranspruch nicht selbstständig angeknüpft (*Zöller-Geimer* aaO Rz. 7 m.w.N.), sondern teilt den Erfüllungsort der Hauptpflicht.

Auf die in den beklagtenseits vorgelegten Unterlagen über die Führung von Konten und Depots enthaltene Erfüllungsortvereinbarung kommt es nicht an. Der Kl.

kann die Bekl. insoweit am tatsächlichen Erfüllungsort der Hauptpflicht in Anspruch nehmen, weil er die dort erbrachte Leistung als vertragsgemäß angenommen hat (*Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 34 m.w.N.).

Die Erfüllungsortvereinbarung aus dem Kontokorrentvertrag erstreckt sich zudem inhaltlich nicht auf Verpflichtungen aus dem – später konkludent abgeschlossenen – Anlageberatungsvertrag.

Schließlich hätte sie – als nur prozessual gedachte Erfüllungsortvereinbarung ohne tatsächlichen Bezug zur Vertragswirklichkeit (des Anlageberatungsvertrags) – nur unter den Voraussetzungen Wirksamkeit, die nach Art. 23 LugÜ II auch für die Gerichtsstandsvereinbarung gelten, denn ‚abstrakte‘ Erfüllungsortvereinbarungen sind – um eine Umgehung zu vermeiden – an Art. 23 LugÜ II zu messen (*Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 36 m.w.N.). Dass sie konkret nur prozessual wirken sollte, ergibt sich neben der davon abweichenden tatsächlichen Handhabung daraus, dass sie in den AGB in derselben Klausel wie Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung verortet ist, diese gleichsam flankieren sollte.

c) Gerichtsstandsvereinbarung

Der Senat tritt dem LG schließlich auch insofern bei, als dieses davon ausgegangen ist, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung dem angenommenen Gerichtsstand konkret nicht entgegenstehe.

aa) Zustandekommen

(1) materiell-rechtliche Einigung

Art. 23 LugÜ II regelt ausdrücklich nur die Form, der eine Gerichtsstandsvereinbarung abkommensrechtlich genügen muss. Streitig ist hingegen die hiervon zu trennende Frage, ob für das materiell-rechtliche Wirksamwerden einer Gerichtsstandsvereinbarung autonome Auslegungsregeln gelten oder ob insoweit ganz oder teilweise das Vertragsstatut (*lex causae*) oder das Recht des vereinbarten Gerichtsstands (*lex fori prorogati*) gilt (s. zum Meinungsstand etwa die Nachweise bei MünchKommZPO-*Gottwald*, 4. Aufl., Rz. 22 zu Art. 23 EuGVO).

Das LG war der Auffassung, der Begriff sei autonom auszulegen. Es hat darauf abgestellt, dass die tatsächliche Willenseinigung feststellbar sein müsse. Bei Abschluss durch Einbeziehung von AGB müssten diese dem Annehmenden tatsächlich vorgelegen haben. Für seine Würdigung, dies sei nicht bewiesen, hat es sich auf den Rechtsgedanken des § 309 Nr. 12 BGB gestützt und die Auffassung vertreten, angesichts des Zwecks von Art. 23 LugÜ II, die tatsächliche Willenseinigung sicher feststellbar zu machen, sei nicht davon auszugehen, dass zum Nachweis des Vorliegens der AGB eine nicht gesondert unterschriebene Empfangsbestätigung genügen könne.

Der Senat teilt im Ausgangspunkt die Auffassung des LG, der Begriff der Gerichtsstandsvereinbarung sei autonom auszulegen (so auch u.a. *Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 18, 23 ff. zu Art. 23 EuGVO, *Geimer-Schütze*, EuZVR, Rz. 75 zu Art. 23 EuGVO), denn die autonome Auslegung der im Abkommen verwendeten Begriffe ist der in der Präambel sowie in Art. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens (BGBl. 1994 II 2697) nach Art. 75 LugÜ vereinbarte Grundsatz, so dass Rückgriffe auf die *lex causae* oder die *lex fori* in der Regel zu vermeiden sind (BGH, Urt. vom 24.6.2014 – VI ZR 347/12⁴, Rz. 16). Soweit

⁴ IPRspr. 2014 Nr. 212.

dagegen vorgebracht wird, das LugÜ II enthalte keine Regelungen zum Vertragsschluss, trifft das zwar zu, ist aber andererseits kein rechtliches, sondern eher ein praktisches Argument, das aus anderen Zusammenhängen auch bekannt und lösbar ist. Zudem sind Art. 23 LugÜ II durchaus Anhaltspunkte für eine sachgerechte Maßstabsbildung zu entnehmen.

Mit *Kropholler-v. Hein* (aaO Rz. 25 mit N. 74) und dem LG meint der Senat, dass es (auch materiell-rechtlich) darauf ankommen muss, ob die Willenseinigung unzweifelhaft festgestellt werden kann. Bei Verwendung von AGB reicht eine Hinweisklausel in dem Vertrag, wenn die AGB beigefügt waren.

Der Nachweis, dass die AGB dem Kl. vorlagen, ist zur Überzeugung des Senats geführt, denn der Kl. hat ausdrücklich (mit seinen Unterschriften unter die diversen Kontoeröffnungsanträge) erklärt, die AGB der Bekl. erhalten zu haben. Hiergegen mit dem (nicht in allen an das Abkommen gebundenen Rechtsordnungen verankerten) Rechtsgedanken des § 309 Nr. 12 BGB zu argumentieren, geht nach Auffassung des Senats über eine autonome Auslegung hinaus. Ob eine solche ‚AGB-Quittung‘ separat unterschrieben wird oder die entspr. Bestätigung sich im Hauptdokument in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Unterschrift befindet, dafür lassen sich Art. 23 LugÜ II keine Vorgaben entnehmen, sondern man würde so gewissermaßen den deutschen Standard zum Maßstab für die Auslegung des Abkommens machen.

Eine abkommensrechtlich ausreichende materiell-rechtliche Willenseinigung ist anzunehmen, weil ausdrückliche Erklärungen dieses Inhalts von beiden Parteien abgegeben worden sind.

Dass der Kl. entgegen seiner Bestätigung tatsächlich die AGB nicht erhalten hat, müsste er beweisen.

(2) formelle Wirksamkeit

Gemäß Art. 23 LugÜ II ist eine Gerichtsstandsvereinbarung formbedürftig: Sie muss schriftlich oder halbschriftlich (Art. 23 I 3 lit. a LugÜ II), gemäß Parteigepflogenheiten (lit. b) oder gemäß internationalem Handelsbrauch (lit. c) geschlossen werden.

Vertiefter Erörterung bedarf nur die Frage, ob die Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich gemäß lit. a zustande gekommen ist. Der Auffassung der Bekl., auch Parteigepflogenheiten kämen als Form in Betracht, liegt kein ausreichender Vortrag zugrunde: Es gibt keine Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien, die unbeanstandet in einer anderen Form als schriftlich zustande gekommen wäre; die Ausführungen der Bekl. im Schriftsatz vom 14.3.2014 ... betreffen nicht eine ‚Formgepflogenheit‘, sondern die ‚Gepflogenheit‘, dass die Bekl. grundsätzlich nur unter Einbeziehung ihrer AGB abschließen. Welche konkrete Form die Parteien insoweit gepflegt haben sollen, bleibt damit offen.

Auch eine halbschriftliche Vereinbarung ist nicht dargetan, denn es fehlt jeder Anhaltspunkt für eine einer schriftlichen Bestätigung vorangegangene mündliche Vereinbarung.

a) Da auch das Schriftformerfordernis der autonomen Auslegung unterliegt, ist zunächst festzuhalten, dass weder eine einheitliche Vertragsurkunde erforderlich ist, noch die Unterzeichnung mit einer Namensunterschrift (Paraphe kann ausreichen). Vielmehr müssen lediglich beide Vertragserklärungen schriftlich abgegeben worden sein (*Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 33).

Bei Einbeziehung von AGB muss der von beiden Seiten unterschriebene Vertragstext auf die AGB ausdrücklich Bezug nehmen und müssen – s.o. – die AGB der Gegenpartei des Verwenders bei Vertragsschluss vorliegen (auch hierzu *Kropholler-v. Hein* aaO Rz. 35).

Soweit die Bekl. in der Berufungsbegründung die Auffassung vertritt, eine Unterschrift sei entbehrlich, weil Art. 23 II LugÜ II die elektronische Form der Schriftform gleichstellt, so würde diese Sichtweise den Regelungsgehalt von Art. 23 II LugÜ II umkehren, indem die Schriftform der elektronischen Form (bei der mangels vorgeschriebener Signatur eine der Unterschrift vergleichbare Bekräftigung fehlen kann) gleichgestellt wird. Dass das Hin- und Hersenden von nicht unterschriebenen Vertragsdokumenten der Form nicht genügt, eine in einer E-Mail verkörperte Annahmeerklärung (auch ohne Unterschrift) hingegen u.U. schon, ist kein Wertungswiderspruch, sondern zweckgemäß im Sinne der Klarheit und Feststellbarkeit der abgegebenen Erklärungen.

Im Übrigen ist der Telefaxversand Art. 23 I LugÜ II zu unterstellen (so auch *Kropholler-v. Hein* aaO [an der von der Bekl. für ihr gegenläufiges Zitat genannten Stelle, ebda. Rz. 41, ist vom Telefaxversand nicht die Rede]). Dass ein nicht unterschriebenes Telefax der Form des Art. 23 (Abs. 1 oder Abs. 2) LugÜ II genügen soll, findet sich im Übrigen an keiner der beklagtenseits zit. Literaturstellen.

Somit stellt sich in der Tat die vom LG aufgeworfene Frage, ob die Bekl. eine Erklärung in einer Art. 23 I 3 LugÜ II genügenden Form abgegeben hat.

– Der vom LG so genannte ‚Eröffnungsantrag Dezember 2005‘ bleibt außer Betracht, weil er nicht die Rechtsbeziehungen der Parteien betrifft, sondern die der Ltd. & Co. KG zur Bekl.

– Dem ‚Eröffnungsantrag November 2005‘ ... fehlt die auf ihn bezogene formgemäße Vertragserklärung der Bekl. Die auf der Rückseite in dem abgesetzten Feld rechts unten angebrachte Unterschrift oder Paraphe (die den Unterschreibenden zudem nicht erkennen lässt) kann nicht zweifelsfrei als Vertragserklärung der Bekl. angesehen werden. Es handelt sich um einen – im Geschäftsbetrieb der Banken üblichen – Eingangs-, bzw. Sichtvermerk, dem keine nach außen gerichtete Erklärungsbedeutung beigemessen werden kann.

Dass die Unterlagen dann – so – an den Kl. zurückgereicht wurden, dokumentiert das (materielle) Einverständnis der Bekl. mit dem Zustandekommen des Vertrags samt Gerichtsstandsvereinbarung, führt aber nicht dazu, dass der Formvorschrift des Art. 23 I lit. a LugÜ II genügt wäre. Ein ggf. eine andere Würdigung zulassendes Begleitschreiben o.ä. ist weder vorgelegt noch auch nur behauptet worden.

Zutreffend hat das LG weiter angenommen, dass die schriftliche Erklärung nur der Partei, die von der konkreten Gerichtsstandsvereinbarung benachteiligt würde, hier des Kl., nicht ausreicht. Art. 23 LugÜ II will klare Verhältnisse schaffen, deswegen ist einhellige Meinung, dass beide Vertragserklärungen der Schriftform genügen müssen (statt aller *Kropholler-v. Hein* aaO).

– Gleiches gilt für den ‚Eröffnungsantrag November 2007‘: Der hier verwendete Stempel (... LIMITED) kann schon nicht der Bekl. zugeordnet werden. Eine Erklärungsbedeutung derart, dass der Unterschreibende damit den Konto- und Depotführungsvertrag zustande bringen wollte, ist dem nicht zu entnehmen. Für den Eingangsvermerk samt Paraphe gelten obige Ausführungen.

– Auch für die Vollmacht ... kommt der Senat zu keinem anderen Befund, wobei es hier noch ferner liegt, dem Visumvermerk Erklärungsbedeutung gegenüber dem Kl. beizumessen, weil die Bevollmächtigung ein einseitiges Rechtsgeschäft (hier des Kl.) ist.

bb) Einschlägigkeit / Bestimmtheitsgrundsatz

Unabhängig davon verbieten schon der Wortlaut der von der Bekl. verwendeten Klausel und die Umstände des Zustandekommens der Vereinbarung eine Auslegung, die den streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch in die Derogation einschliesse, zumal seinerzeit der später konkludent erfolgte Abschluss eines Kapitalanlageberatungsvertrags nicht einmal absehbar war.

Im Übrigen muss nach dem sog. abkommensrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz die Gerichtsstandsvereinbarung zwar nicht alle Ansprüche aufzählen, für die sie gelten soll. Durch die Bindung an ein ‚bestimmtes Rechtsverhältnis‘ (s. hierzu EuGH, Urt. vom 10.3.1992 – Powell Duffryn PLC ./ Wolfgang Petereit, Rs C-214/89, Slg. 1992 I-1745 Rz. 31ff., betr. Art. 17 EuGVÜ) sollen aber ‚Globalvereinbarungen‘ (insofern wäre ‚Konkretisierungsgebot‘ möglicherweise der treffendere Begriff) verhindert werden, die ein Vertragspartner einem anderen sonst kraft überlegener Verhandlungsmacht aufzwingen könnte. In der genannten EuGH-Entscheidung wurde eine Vereinbarung betreffend Streitigkeiten zwischen einer Gesellschaft und ihren Aktionären ‚als solchen‘ für in diesem Sinne bestimmt gehalten. Die Frage, ob die seinerzeit konkret zur Debatte stehende Klausel dem gerecht wurde und ob der geltend gemachte Anspruch dem unterfiel, hat der EuGH der Beantwortung durch das vorliegende Gericht überlassen.

Bei der Anlageberatung kraft Anlageberatungsvertrags handelt es sich um ein grundlegend anderes Rechtsverhältnis als die Konto- und Depotführung kraft entsprechenden Auftrags. Zu einem Anlageberatungsvertrag kann es und konnte es auch ohne Kontokorrent- und Depotführungsvertrag kommen.

Zudem ist die Formulierung ‚Gerichtsstand für alle (bzw. sämtliche) Verfahren‘ so weit, dass von einer zweckwidrigen und damit unzulässigen Globalvereinbarung (auch für Streitigkeiten aus noch gar nicht existierenden Rechtsbeziehungen) ausgegangen werden muss.

Aus beiden Gründen geht der Senat davon aus, dass Streitigkeiten wegen Schadensersatzansprüchen aus Pflichtverletzung im Rahmen eines Kapitalanlageberatungsvertrags von der in den vorgelegten AGB enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfasst sind.

Im Ergebnis teilt der Senat die Einschätzung des LG, dass eine formwirksame Gerichtsstandsvereinbarung nicht dargetan ist. Im Übrigen wäre sie auf den streitgegenständlichen Anspruch nicht anwendbar.

4. Ob darüber hinaus die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte auch unter weiteren Gesichtspunkten gegeben ist (naheliegenderweise käme eine deliktische Tatortzuständigkeit gemäß Art. 5 Nr. 3 LugÜ II in Betracht), kann nach Obigem dahinstehen.“

204. *Gemäß Art. 4 I EuGVO kann die gerichtliche Zuständigkeit gegenüber einer nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (hier: den Vereinigten Staaten von Amerika) ansässigen Partei nicht auf die Verordnung gestützt werden.*