

## Verfahrensgang

**LG Ulm, Urt. vom 22.05.2017 - 4 O 66/13**, [IPRspr 2018-268a](#)  
OLG Stuttgart, Urt. vom 14.09.2018 - 5 U 98/17, [IPRspr 2018-268b](#)

## Rechtsgebiete

Zuständigkeit → Versicherungs-, Verbraucher-, Arbeitsgerichtsstand  
Handels- und Transportrecht → Wertpapierrecht

## Rechtsnormen

BGB §§ 305 ff.; BGB § 307; BGB §§ 491 ff.; BGB § 666

Klausel-RL 93/13/EWG Art. 3; Klausel-RL 93/13/EWG Art. 5; Klausel-RL 93/13/EWG Art. 8

LugÜ II Art. 16; LugÜ II Art. 27; LugÜ II Art. 34

Rom I-VO 593/2008 Art. 1; Rom I-VO 593/2008 Art. 2; Rom I-VO 593/2008 Art. 3; Rom I-VO 593/2008 Art. 4; Rom I-VO 593/2008 Art. 6; Rom I-VO 593/2008 Art. 10; Rom I-VO 593/2008 Art. 28

Rom II-VO 864/2007 Art. 1; Rom II-VO 864/2007 Art. 4; Rom II-VO 864/2007 Art. 10; Rom II-VO 864/2007 Art. 14

ZPO § 296a

## Fundstellen

### LS und Gründe

GWR, 2018, 10, m. Anm. *Bopp-Kräfte*

## Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2018-268a>

## Lizenz

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



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

ggf. noch in Deutschland stattfindenden Prozess unmittelbar verwertbar sein sollen (§ 493 I ZPO).

Durch die vom Bekl. erhobene Zuständigkeitsrüge wären aber nunmehr sowohl die vom Bekl. selbst veranlassten Beweisergebnisse des selbständigen Beweisverfahrens prozessual entwertet als auch die angefallenen Verfahrenskosten nicht dem Sinn und Zweck des vom Bekl. gewählten Instrumentariums der §§ 485 ff. ZPO entsprechend aufgebracht worden. Vielmehr würde sich der vom Bekl. ursprünglich ausgelöste Begutachtungs- und Kostenaufwand weder in einer Prozessvermeidung (§ 485 II 2 ZPO) noch in einer prozessualen Verwertbarkeit der Beweisergebnisse (§ 493 I ZPO) niederschlagen.

Solche mit der erhobenen Zuständigkeitsrüge verbundenen Konsequenzen widersprechen nicht nur diametral dem vom Bekl. durch Einleitung des in Deutschland geführten selbständigen Beweisverfahrens zuvor gezeigten Prozessverhalten, sondern auch allgemeingültigen Grundsätzen, die an eine redliche Prozessführung zu stellen sind.

cc) Wenn demnach – wie vorliegend – die Erhebung einer Zuständigkeitsrüge als treuwidrig einzustufen ist, ist die erhobene Rüge prozessual nicht zu beachten (vgl. zu § 39 ZPO: *Zöller-Schultzky* aaO; *Stein-Jonas-Roth* aaO Rz. 13 f.). Im Ergebnis ist so zu verfahren, als hätte der Bekl. sich rügelos nach Art. 24 I 1 LugÜ II eingelassen.

b) Der Anwendung von Art. 24 I 1 LugÜ II steht auch keine ausschließliche Zuständigkeit Schweizer Gerichte entgegen.

Wie im angefochtenen Urteil richtig festgestellt worden ist, betrifft die vorliegende Rechtsstreitigkeit keine Verbrauchersache i.S.v. Art. 15 I LugÜ II, für die Art. 16 II LugÜ II einen ausschließlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers vorsieht. Denn tatsächlich fehlen Anhaltspunkte, dass der Kl. bereits vor seinem Vertragsschluss mit dem Bekl. eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in der Schweiz ausgeübt oder diese auf die Schweiz ausgerichtet hatte.

Nach den Bestimmungen des LugÜ II ist auch kein anderer ausschließlicher Gerichtsstand Schweizer Gerichte ersichtlich.

c) Dadurch, dass das Verfahren so zu behandeln ist, als hätte sich der Bekl. nach Art. 24 I 1 LugÜ II rügelos eingelassen, wird nicht nur die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, sondern auch die örtliche Zuständigkeit des LG Freiburg begründet (*Musielak-Voit-Stadler*, ZPO, 15. Aufl. [2018], Art. 26 n.F. EuGVVO Rz. 1). Im Anwendungsbereich des Art. 24 LugÜ II wird § 39 ZPO durch die vorgenannte Regelung des LugÜ II verdrängt (*Geimer* aaO Rz. 1419).“

#### 4. Ansprüche in vermögensrechtlichen Angelegenheiten – Streitigkeiten aus Verbraucherverträgen

Siehe auch Nrn. 41, 53, 93, 244

**268.** *Die Voraussetzungen für eine Aussetzung nach Art. 27 I LugÜ II liegen nicht vor, wenn der Kläger eine Teilklage erhoben hat, bevor die Beklagte eine negative Feststellungsklage erhoben hat. Zwei Rechtsstreitigkeiten, die auf derselben*

*Grundlage (Sachverhalt und Rechtsvorschrift), nämlich demselben Vertragsverhältnis beruhen, betreffend denselben Anspruch, wenn sie auch denselben Gegenstand (Zweck) haben, wofür – unabhängig von der formalen Identität – ihr Kernpunkt entscheidend ist (hier: gemeinsamer Kernpunkt der von den Parteien erhobenen Klagen ist die Frage, ob dem Kläger Ansprüche gegen die Beklagte im Zusammenhang mit der Kapitalanlage des Klägers in einen Fond zustehen).*

*Die deutschen Gerichte sind international zuständig gemäß Art. 15 I lit. c, Art. 16 I Alt. 2 LugÜ II für die Schadenersatzklage eines geschädigten Kapitalanlegers gegen eine Schweizer Bank, wenn der Kapitalanleger Verbraucher ist. Der Begriff des Verbrauchers ist eng auszulegen und nach der Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrags in Verbindung mit dessen Natur und Zielsetzung und nicht nach der subjektiven Stellung dieser Person zu bestimmen, so dass ein und dieselbe Person im Rahmen bestimmter Geschäfte als Verbraucher und im Rahmen anderer als Unternehmer angesehen werden kann. Auch ein beruflich als Großunternehmer tätiger Kapitalanlageinteressent kann Verbraucher sein, wenn er sich für seine private Vermögensanlage extern beraten lässt.*

*Der Verbraucher im Sinne des Art. 6 I Rom-I-VO ist grundsätzlich ebenso zu bestimmen wie in Art. 17 I EuGVO bzw. in Art. 15 I LugÜ II. Handelt es sich bei einer Anlageberatung um eine Finanzdienstleistung und wurde die Dienstleistung nicht ausschließlich außerhalb Deutschlands erbracht, sondern erfolgte dort vielmehr, liegt ein Ausschlussgrund nach Art. 6 IV Rom-I-VO nicht vor. [LS der Redaktion]*

a) LG Ulm, Urt. vom 22.5.2017 – 4 O 66/13: GWR 2018, 10 m. Anm. *Bopp-Kräfte*.

b) OLG Stuttgart, Urt. vom 14.9.2018 – 5 U 98/17: GWR 2019, 120 *Heilbock-Geissler*. Bericht in EWIR 2018, 707 *Frisch*.

Die Parteien streiten über eine fehlerhafte Anlageberatung. Der Kl. ist ein erfahrener, in U. wohnender Großunternehmer, der bis 2009 ein europaweites Netz von ungefähr 600 Drogerien mit 23.000 Mitarbeitern aufbaute und dieses bis 2013 auf 670 Drogerien mit 30.000 Mitarbeitern vergrößerte. „Kerngesellschaft“ ist die X. Holding Ltd. & Co. KG (im Folgenden: „X KG“) mit Sitz in U., die die Finanzgeschäfte der mit ihr verbundenen Unternehmen (im Folgenden gemeinsam: „X-Gruppe“) abwickelt. Die Bekl. ist eine große traditionelle S[schweizer] Privatbank mit Hauptsitz in B., die von ihrer Zweigniederlassung in Z. Bankdienstleistungen für vermögende Kunden in Deutschland anbietet. Leiter des Geschäftsbereichs „Private Banking“ war Y., den Bereich „Privatkunden Deutschland“ leitete Dr. H., Vorsitzender der Geschäftsleitung war S. Die Parteien unterhielten seit November 2005 eine Geschäftsbeziehung. Der Kl. persönlich eröffnete bei der Bekl. mehrere Konten mit verschiedenen Anträgen im November 2005, November 2007 und Oktober 2009. Seit November 2005 verfügte auch die X-Gruppe über diverse Konten bei der Bekl. Die genannten Anträge enthielten eine Formularbestätigung, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden: „AGB“) der Bekl. in der Fassung vom 1.1.2005 erhalten zu haben und anzuerkennen. Deren Nr. 18 sah als Gerichtsstand B. bzw. den Sitz der die Geschäftsbeziehung führenden Zweigniederlassung und die Wahl s[schweizerischen] Rechts vor, und gemäß ihrer Nr. 20 wurden Änderungen der AGB dem Kunden brieflich o.ä. bekannt gegeben und galten als genehmigt, wenn der Kunde nicht binnen einem Monat widersprach. Die AGB der Bekl. wurden zum 1.1.2011 neu gefasst. In deren Nr. 26 hieß es: „Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen materiellem s[schweizerischem] Recht.“ Außerdem bestimmte diese Klausel zum Erfüllungsort und Gerichtsstand für sämtliche Verfahren B. bzw. den Ort der die Geschäftsbeziehung führenden Zweigniederlassung der Bekl.; Letzteres war hier Z. Nach einem Besuch der Rechtsanwältin Dr. S. und Dr. B. beim Kl. im März 2010, in dem diese dem Kl. die Beteiligung an zwei Fonds empfahlen, besuchten Dr. H. und Dr. S. den Kl. im selben Monat in dessen Privathaus in U. Dort entschied sich der Kl. im Umfang von 100 Mio. € für eben diese Beteiligungen an zwei sogenannten „D. A. Fonds“ – solche Fonds erzielen Erträge durch „steueroptimierte“ Dividendeneinkünfte und wurden vom Kl. im März 2010 erstmalig gezeichnet, die die Bekl. für ihn erwarb und einige Monate später mit einer Rendite von 10%, nämlich ungefähr 10 Mio. €, wieder veräußerte. Es folgten weitere Treffen und weitere Investitionen des Kl. in den Folge Monaten. Im Juni 2011 wurde ein Protokoll über eine von der

Bekl. intern veranlasste „Neubegutachtung E. Business – steueroptimierte Produkte und Transaktionen“ erstellt. Im Januar 2012 wurden 5.000 klägerische Anteile am Fonds gegen Rückzahlung zurückgenommen. Im April 2012 kam es zu einer Besprechung bei der X KG infolge eines Besuchs von Y. und Dr. H. Ende 2012 beendeten die Parteien ihre Geschäftsbeziehung. Im Zusammenhang mit dem Anlagemodell des Fonds führt die S. K. ein Ermittlungsverfahren. Mit Anwaltschreiben aus Juni 2013 erklärte der Kl. gegenüber der Bekl. den „Widerruf eines Vertrages zum Erwerb von 50.000 Anteilen des S. [Fonds ...] aus allen in Betracht kommenden Widerrufsrechten“, forderte sie zur Erstattung von 50.078.580,73 € auf und bot die Rückübertragung seiner restlichen 45.000 Anteile an.

Am 6.3.2013 ging beim LG U. eine Teilklage zur Zahlung und am 3.4.2013 eine Klageerweiterung ein; am 28.11.2013 ging eine Teilklagerücknahme ein. Im Dezember 2013 erhob die Bekl. vor dem Bezirksgericht Z. eine Klage gegen den Kl. auf Feststellung, dass sie ihm im Zusammenhang mit seinem Investment in den S. Fonds nichts schulde. Das Bezirksgericht Z. wies die Klage am 8.5.2014 als unzulässig ab, weil kein Feststellungsinteresse gegeben sei. Am 31.7.2014 erging ein Zwischenurteil des LG U., in dem die Zulässigkeit der Klage bejaht wurde. Am 22.10.2014 hob das Obergericht des Z. auf die Berufung der Bekl. den Beschluss des Bezirksgerichts Z. vom 8.5.2014 auf und verwies die Sache zurück. Mit Beschluss vom 5.1.2015 setzte das Bezirksgericht Z. das Verfahren gemäß Art. 27 I LugÜ II bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zuständigkeit des LG U. aus. Die gegen das Zwischenurteil des LG U. eingelegte Berufung der Bekl. wies das OLG Stuttgart mit Urteil vom 27.4.2015 zurück. Am 29.4.2015 ging beim LG U. eine Klageerweiterung ein. Der BGH wies die gegen das Urteil des OLG Stuttgart eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 26.7.2016 zurück (XI ZR 223/15). Mit Beschluss vom 22.12.2016 wies das Bezirksgericht Z. die Klage als unzulässig ab, weil die Zuständigkeit des LG U. für die Teilklage rechtskräftig feststehe und es im Kern um dieselbe Frage gehe. Mit Beschluss vom 22.8.2017 hob das Obergericht des K. Z. auf die Berufung der Bekl. den Beschluss des Bezirksgerichts Z. vom 22.12.2016 auf und verwies die Sache zurück. Der Kl. verlangte Zahlung zuzüglich Kreditzinsen abzüglich der ausbezahlten Summe nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der Anteile sowie vorgerichtliche Anwaltskosten nebst Zinsen und die Feststellung des Annahmeverzugs. Die Bekl. hat in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen.

Das LG hat die Akten der Staatsanwaltschaft K. (113 Js 952/13 und 113 Js 2191/15) beigezogen. Das LG hat am 22.5.2017 ein Urteil verkündet. Auf Antrag des Kl. hat es am 11.9.2017 zum Annahmeverzug ein Ergänzungsurteil verkündet. Das LG hat der Klage weit überwiegend stattgegeben und dabei Zinsen auch auf die Hauptforderung in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zugesprochen, hins. von Zinsen auf die Hauptforderung vor dem 21.2.2013 und Zinsen auf die Anwaltskosten aus mehr als 163.344,16 € vor dem 14.5.2015 hat es die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Bekl. verfolgt mit der Berufung ihren erstinstanzlichen Antrag auf volle Klagabweisung weiter. Die Bekl. beantragt, unter teilweiser Abänderung des Urteils des LG U. vom 22.5.2017 (4 O 66/13) die Klage abzuweisen, unter Aufhebung des Ergänzungsurteils des LG U. vom 11.9.2017 (4 O 66/13) den Antrag, festzustellen, dass sich die Bekl. mit der Annahme der Anteile in Verzug befindet, zurückzuweisen. Der Kl., der zunächst mit dem Ziel weiterer Zinsen auf die Hauptforderung selbst Berufung einlegte, diese aber zurücknahm, beantragt, die Berufung der Bekl. gegen das Urteil des LG U. vom 22.5.2017 und gegen das Ergänzungsurteil vom 11.9.2017 (4 O 66/13) zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

a) *LG Ulm* 22.5.2017 – 4 O 66/13:

„Die zulässige Klage (I.) ist ganz überwiegend begründet (II.).

I. Die Klage ist insgesamt zulässig.

1. Zulässigkeit

a) Diese Zulässigkeit ist durch das rechtskräftige Urteil des OLG Stuttgart vom 27.4.2015 (5 U 120/14<sup>1</sup>) bindend festgestellt.

Dies gilt nicht nur für die ursprüngliche Teilklage über 1 Mio. €, sondern auch für die aktuelle Gesamtklage ...

b) Unbeschadet der Bindungswirkung des Zwischenurteils vom 31.7.2014 für die Zulässigkeit der Gesamtklage ist die internationale Zuständigkeit des LG Ulm auch aus den inhaltlichen Gründen der Berufungsentscheidung vom 27.4.2015 zur Bejahung des Verbrauchergerichtsstands gemäß Art. 16 I LugÜ II, die sich das erkennende Gericht vollumfänglich zu eigen macht und die ohne jede Modifikation

<sup>1</sup> Siehe unten Nr. 268.

oder zusätzlichen Begründungsaufwand auch auf den Gesamtanspruch zutreffen, zu bejahen.

#### 2. Keine Aussetzung gemäß Art. 27 I LugÜ II

Das Verfahren ist nicht gemäß Art. 27 I LugÜ II im Hinblick auf die negative Feststellungsklage der Bekl. in Zürich auszusetzen, auch nicht im Hinblick auf den über 1 Mio. € hinausgehenden Anteil.

Das Bezirksgericht Zürich hat mit Beschluss vom 22.12.2016 (...) diese negative Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen (‘Nichteintreten‘ nach Schweizer Prozessrecht), indem es sich gemäß Art. 27 II LugÜ II für unzuständig erklärt hat, weil die Zuständigkeit des LG Ulm inzwischen rechtskräftig feststehe.

Gegen eine Aussetzung des hiesigen Verfahrens gemäß Art. 27 I LugÜ II spricht zunächst, dass dann sämtliche Verfahren hins. der über die Teilklage hinausgehenden Forderungen des Kl. zum Stillstand kämen, also sowohl in Ulm als auch in Zürich. Dies widerspricht jedoch dem Zweck des Art. 27 LugÜ II.

Das erkennende Gericht teilt zudem diese Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich vom 22.12.2016, da sie inhaltlich ebenso zutreffend wie konsequent ist. Danach ist das ‚später angerufene Gericht, i.S. Art. 27 I LugÜ II vorliegend das Bezirksgericht Zürich, weil die ursprüngliche Teilklage und die – sämtliche klägerische Ansprüche erfassende – negative Feststellungsklage identische Ansprüche betrafen.

Das Obergericht Zürich hat in seinem Beschluss vom 22.10.2014 (...) zutreffend ausgeführt, dass es nach der sog. Kernpunkttheorie des EuGH darauf ankommt, ob parallel erhobene Klagen dieselbe Grundlage und denselben Gegenstand haben. Hierzu führt das Obergericht Zürich dort ausdrücklich aus: ‚Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass es sowohl im vorliegenden Verfahren, als auch im deutschen Verfahren *im Kern* um die Frage geht, ob dem Bekl.‘ (= hiesiger Kl.) ‚ein und dieselbe Gesamtforderung gegen die Kl.‘ (= hiesige Bekl.) ‚zusteht. Es besteht somit die Gefahr, dass nach Art. 34 Nr. 3 LugÜ II unvereinbare Entscheidungen ergehen könnten.‘ Dem schließt sich das erkennende Gericht an. Folglich betraf bereits die ursprüngliche Teilklage die nunmehr streitgegenständliche Gesamtforderung des Kl.

Darauf, dass entsprechend obiger Ausführungen alle Einzelansprüche des Kl. bis zur Höhe der Klagesumme bereits durch die ursprüngliche Teilklage rechtshängig wurden (vgl. BGH, Urt. vom 13.7.1959 aaO), kommt es somit nicht weiter an, weshalb der Bekl. auf den hierzu in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis kein Schriftsatzrecht zu bewilligen ist.

II. Die Klage ist im tenorierten Umfang begründet und war im Übrigen abzuweisen.

#### 1. Anwendbarkeit deutschen Rechts

Auf die Klage ist hins. sämtlicher in Betracht kommender Ansprüche deutsches Recht anzuwenden, da die Parteien keine wirksame Rechtswahl vereinbart haben.

Die Rechtsfrage nach dem anwendbaren Recht richtet sich für vertragliche Schuldverhältnisse nach der VO (EG) Nr. 593/2008 (...), im Folgenden: Rom-I-VO) und für außervertragliche Schuldverhältnisse nach der VO (EG) Nr. 864/2007 (...), im Folgenden: Rom-II-VO).

#### a) Vertragliche Schuldverhältnisse (Rom-I-VO)

Die Rom-I-VO ist gemäß Art. 1 I Rom-I-VO auf Schuldverhältnisse mit Verbindung zum Recht verschiedener Staaten – wie vorliegend Deutschland und die

Schweiz – anwendbar. Sie findet gemäß Art. 2 Rom-I-VO auch auf Nicht-EU-Mitgliedstaaten wie die Schweiz Anwendung, und zwar in zeitlicher Hinsicht auf alle ab dem 17.12.2009 abgeschlossenen Verträge (Art. 28 Rom-I-VO), also auch auf die streitgegenständlichen Rechtsgeschäfte der Parteien seit dem Jahr 2010.

aa) Rechtswahl

Grundsätzlich unterliegt ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 3 I 1 Rom-I-VO), wobei diese Rechtswahl ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben muss. Dabei richtet sich die Wirksamkeit einer solchen Rechtswahlvereinbarung gemäß den Art. 3 V, 10 I Rom-I-VO grundsätzlich nach dem gewählten Recht (*lex causae*; *Palandt-Thorn*, BGB, 76. Aufl. 2017, Art. 3 ROM I Rz. 9).

Vorliegend finden sich (i.S.v. Art. 3 I 2 Rom-I-VO) ‚ausdrückliche‘ Rechtswahlbestimmungen einerseits in Nr. 26 der vorliegend maßgeblichen Bekl.-AGB 2011 (...) sowie in der vom Kl. unterzeichneten Vollmacht vom 29.11.2007 (...).

bb) Günstigerregel des Art. 6 II 2 Rom-I-VO

Die Rechtswahl darf nach der sog. Günstigerregel des Art. 6 II 2 Rom-I-VO aber nicht dazu führen, dass dem Verbraucher durch die Rechtswahl der Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts nach der Grundsatzregelung des Art. 6 I Rom-I-VO, also seines Heimatrechts (mithin deutschen Rechts) entzogen wird. Denn nach Art. 6 I Rom-I-VO unterliegt ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (‚Verbraucher‘), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (‚Unternehmer‘), dem Recht des Staats, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder eine solche Tätigkeit auf irgendeine Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staats, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. Allerdings beschränkt sich diese Günstigerregel auf solche zwingenden, also unabdingbaren Normen.

Als zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts (als Recht am Sitz des Kl.) gelten insoweit z.B. die §§ 305 ff. BGB (AGB-Recht), die §§ 491 ff. BGB (Verbraucherdarlehensrecht; *Palandt-Thorn* aaO Art. 6 ROM I Rz. 9) und die deutschen Rechtsprechungsgrundsätze zu Kapitalanlageberatungspflichten (BGH, Urt. vom 25.1.2005 – XI ZR 78/04<sup>2</sup>, juris Rz. 19).

Die Voraussetzungen der Günstigerregel sind im vorliegenden Fall gegeben:

(1) Verbrauchereigenschaft des Kl.

Vorliegend handelte der Kl. als Verbraucher. Insoweit können die zutreffenden – wenngleich insoweit nicht durch Rechtskraft bindenden – Entscheidungsgründe im Urteil des OLG Stuttgart vom 27.4.2015<sup>1</sup>, die sich das erkennende Gericht zu eigen macht, auf die Prüfung der Verbrauchereigenschaft des Kl. i.S.v. Art. 6 I Rom-I-VO übertragen werden, weil der vom OLG Stuttgart geprüfte Art. 16 I LugÜ II hins. der Definition des Verbrauchergeschäfts wortgleich ist mit Art. 6 I Rom-I-VO (‚zu einem Zweck ..., der nicht ... beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit ... zugerechnet werden kann‘) ...

<sup>2</sup> IPRspr. 2005 Nr. 12.

## (2) Ausrichtung der gewerblichen Bekl.-Tätigkeit auf Deutschland

Zudem ist ebenso offensichtlich wie unstreitig, dass die Bekl. ihre gewerbliche Tätigkeit in irgendeiner Weise jedenfalls auch auf Deutschland ausgerichtet hat (Art. 6 I b Rom-I-VO). Denn die Zweigniederlassung der Bekl. in Zürich war organisatorisch darauf ausgerichtet, sich um vermögende Kunden der Bekl. in Deutschland zu kümmern. Den entsprechenden Bekl.-Bereich Privatkunden leitete H.

(3) Kein Ausschluss des Art. 6 I, II Rom-I-VO; Art. 6 I, II Rom-I-VO ist vorliegend auch anwendbar.

(a) Denn Art. 6 IV lit. a Rom-I-VO schließt seine Geltung nur aus für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, wenn diese ausschließlich in einem anderen Staat erbracht werden müssen als dem Sitzstaat des Verbrauchers. Dies gilt hier für keinen der in Betracht kommenden Verträge zwischen den Parteien.

(aa) Es gilt zunächst nicht für den vermeintlichen Anlageberatungsvertrag der Parteien, weil insoweit auch mehrere persönliche Treffen beim Kl. in U. stattfanden.

(bb) Auf den zugrunde liegenden Darlehensvertrag ist der Ausschlussgrund des Art. 6 IV lit. a Rom-I-VO nicht anzuwenden, weil diese Norm nicht für die Finanzierung von Dienstleistungsverträgen gilt (BGH, Urt. vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93<sup>3</sup>, juris Rz. 28; *Palandt-Thorn* aaO Art. 6 ROM I Rz. 4).

(cc) Schließlich trifft dieser Ausschlussgrund auch nicht auf den Ordervertrag der Parteien zu. Eine solche Order ist der banktechnische Begriff für einen Auftrag des Kunden an die Bank, für ihn z.B. die streitgegenständlichen Anteile zu erwerben. Unstreitig ist zwischen den Parteien kein Anteilskaufvertrag über den Weiterverkauf der F-Anteile durch die Bekl. an den Kl. geschlossen worden. Daher bleibt hier für eine solche Order lediglich das sog. Nominee-Geschäft, also ein Auftrag an die Bank, als Strohmann bzw. mittelbarer Stellvertreter („nominee“) des Kl. im eigenen Namen für Rechnung des Kl. die gewünschten F-Anteile zu kaufen. Der Kl. hat nicht substantiiert bestritten, genau einen so verstandenen Ordervertrag mit der Bekl. geschlossen zu haben. Dies steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zum vom Kl. unterzeichneten Zeichnungsschein vom 29.3.2011 (...), weil dieser auf S. 4 gerade die Verpflichtung des Kl. aufstellt, die streitgegenständlichen Anteile, bei einer Bank seiner Wahl ... zu ordern“. Die Bekl. durfte die am 29.3.2011 erfolgte Rückübersendung des am Vortag von ihr an den Kl. übersandten und von ihm entsprechend unterzeichneten Zeichnungsscheins als klägerische Annahme eines entsprechenden Angebots der Bekl. zum Abschluss eines diesbezüglichen Ordervertrags mit der Bekl. verstehen, auch wenn das Zeichnungsscheinformular ausweislich des abschließenden Felds „Annahme der Zeichnung durch die Gesellschaft am:“ gefolgt vom Unterschriftenfeld „Unterschrift der Gesellschaft“ auf den Abschluss eines Zeichnungsvertrags zwischen dem Kl. und F angelegt war und ein solcher Zeichnungsvertrag mit dem F unstreitig nie zustande kam. Denn der vom Kl. unterzeichnete Zeichnungsschein gelangte unstreitig nie an den F und wurde von ihm auch nicht gegengezeichnet (dies ergibt sich schon aus dem F-Schreiben vom 23.4.2013, ...).

Zwar sollte weder der Erwerb der F-Anteile in Luxemburg noch deren Übertragung auf das Schweizer Depot des Kl. bei der Bekl. oder die Belastung des Schweizer Kontos des Kl. bei der Bekl. in Deutschland erfolgen. Allerdings umfasst ein solcher Ordervertrag auch die Pflicht zur Abrechnung des Geschäfts gegenüber dem Kl. als

<sup>3</sup> IPRspr. 1993 Nr. 37.

Auftraggeber zur Erfüllung der Rechenschaftspflicht der Bekl. als Beauftragten (vgl. § 666 BGB). Auch dies ist eine geschuldete Dienstleistung i.S. Art. 6 IV lit. a Rom-I-VO. Diese Abrechnung vom 1.4.2011 (...) wurde zwar in der Schweiz erstellt, aber an die M-KG in U. adressiert, dorthin versendet und dort zur Kenntnis genommen. Damit waren also nicht alle Dienstleistungen der Bekl. ausschließlich in anderen Staaten als in Deutschland zu erbringen.

(b) Ebenso wenig greift vorliegend der Ausschluss des Art. 6 IV lit. d Rom-I-VO. Dieser gilt bei Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument sowie Rechte und Pflichten, durch die die Bedingungen für die Ausgabe oder das öffentliche Angebot und öffentliche Übernahmeangebote bezüglich übertragbarer Wertpapiere und die Zeichnung oder den Rückkauf von Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren festgelegt werden, sofern es sich dabei nicht um die Erbringung von Finanzdienstleistungen handelt. Dieser Ausnahmetatbestand gilt nämlich nicht für Finanzdienstleistungen von Intermediären wie Banken, z.B. Wertpapierdienstleistungen, Anlagetätigkeit und den Kauf/Verkauf von Wertpapieren (*Palandt-Thorn* aaO Art. 6 ROM I Rz. 4 unter Hinweis auf den Erwgr. 26 der ROM I).

Von daher greift Art. 6 IV lit. d Rom-I-VO weder für den Kapitalanlageberatungsvertrag (Finanzdienstleistung der Anlagetätigkeit), den Ordervertrag (Wertpapierdienstleistung bzw. Kauf von Wertpapieren) noch den zugrunde liegenden Darlehensvertrag (typische Finanzdienstleistung der Bank).

cc) Unwirksamkeit der Vereinbarungen zugunsten Schweizer Rechts

Der Anwendung des deutschen Rechts auf Verbraucherverträge wie hier gemäß Art. 6 I Rom-I-VO, der die Anwendung der allgemeinen Bestimmung des Art. 4 Rom-I-VO verdrängt, stehen die Streitgegenständlichen Rechtswahlvereinbarungen zugunsten des Schweizer Rechts nicht entgegen, da diese vorliegend unabhängig von den Voraussetzungen des Schweizer Rechts unwirksam sind.

Die maßgeblichen Rechtswahlvereinbarungen finden sich einerseits auf der Rückseite der Vollmacht vom 29.11.2007 (...), wo es wörtlich heißt: ‚Sämtliche Rechtsbeziehungen aller unterzeichneten Personen mit der Bank unterstehen dem schweizerischen Recht.‘ Ganz ähnlich heißt es in Nr. 26 der Bekl.-AGB in der hier zeitlich maßgeblichen Fassung vom 1.1.2011 (...): ‚Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen materiellem schweizerischem Recht.‘ (In Nr. 18 der AGB-Vorgängerversion vom 01.05 hieß es nahezu identisch: ‚Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen schweizerischem Recht.‘)

Diese Klauseln sind als AGB der Bekl. gleich aus mehreren Gründen unwirksam:  
(1) Verstoß gegen das Transparenzgebot

Zunächst verstoßen diese Rechtswahlklauseln gegen das Transparenzgebot gemäß Art. 3 I, 5 I der Richtlinie des Rates vom 5.4.1993 (93/13/EWG) über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (im Folgenden: Klausel-RL) in Verbindung mit § 307 I 2 BGB.

Nach einer Entscheidung des EuGH ist Art. 3 I Klausel-RL nämlich dahin auszulegen, dass eine Klausel in AGB eines Gewerbetreibenden, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde und nach der auf einen mit einem Verbraucher geschlossenen Vertrag das Recht des Mitgliedsstaats anzuwenden ist, in dem der Gewerbetreibende seinen Sitz hat, missbräuchlich ist, sofern sie den Verbraucher in die Irre führt,

indem sie ihm den Eindruck vermittelt, auf den Vertrag sei nur das Recht dieses Mitgliedsstaats anwendbar, ohne ihn darüber zu unterrichten, dass er nach Art. 6 II Rom-I-VO auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts genießt, das ohne diese Klausel anzuwenden wäre (EuGH, Urt. vom 28.7.2016 – Verein für Konsumenteninformation ./ Amazon EU S.A.R.L., Rs C-191/15, juris Rz. 61 ff.).

Diese Entscheidung ist auf den vorliegenden Fall übertragbar: Zwar sitzt die Bekl. nicht in einem EU-Mitgliedsstaat, sondern in der Schweiz. Jedoch gilt unbeschadet dessen die Anwendbarkeit von Rom-I. Nach deren Art. 6 II 2 (Günstigerklausel) darf dem Verbraucher nicht der Schutz des zwingenden Rechts des Verbrauchersitzstaats entzogen werden. Hierzu gehört auch das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB als vollkommen deckungsgleiche mitgliedstaatliche Umsetzung des Art. 5 Satz 1 Klausel-RL („klar und verständlich“) in Deutschland. Dies gilt umso mehr, als § 307 I 2 BGB richtlinienkonform auszulegen ist, wobei die Klausel-RL ausweislich ihres Art. 8 ohnehin nur ein Mindestschutzniveau für den Verbraucher vorgibt (EuGH aaO).

Unter diesem Maßstab sind hier sämtliche streitgegenständlichen Rechtswahlvereinbarungen intransparent, weil sie den Kl. als Verbraucher und Vertragspartner der Verwenderin nicht über die Geltung des zwingenden, für ihn günstigeren Rechts seines Sitzstaats nach der Günstigerregelung des Art. 6 II 2 Rom-I-VO informieren.

Zwar gibt der EuGH mit der vorbenannten Entscheidung lediglich die abstrakten Kriterien vor, die das nationale Gericht anwenden kann und muss bei der ihm obliegenden Ermittlung, ob eine Klausel in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalls den Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgewogenheit und Transparenz genügt (EuGH aaO). Bei dem Erfordernis eines Hinweises auf den Inhalt der Günstigerregelung des Art. 6 II 2 Rom-I-VO in einer entsprechenden Rechtswahlklausel handelt es sich jedoch um ein solches vom EuGH vorgegebenes abstraktes Kriterium, an dem es vorliegend gerade fehlt.

#### (2) Verstoß gegen Art. 14 I Rom-II-VO

Legt man die streitgegenständlichen, auf „sämtliche“ bzw. „alle Rechtsbeziehungen“ zwischen den Parteien bezogenen Rechtswahlvereinbarungen zugrunde, verstoßen diese außerdem sämtlich gegen Art. 14 I Rom-II-VO. Danach kann eine Rechtswahl für außervertragliche Schuldverhältnisse (Geschäftsführung ohne Auftrag, Bereicherungsrecht, Delikt) grundsätzlich nur nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses (Art. 14 I lit. a Rom-II-VO) getroffen werden. Vorher kann eine solche Rechtswahl ausnahmsweise nur dann vereinbart werden, wenn alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen (Art. 14 I lit. b Rom-II-VO) – was hier nicht der Fall ist angesichts der Verbrauchereigenschaft des Kl. Die streitgegenständlichen Rechtswahlklauseln stammen unstreitig aus der Zeit vor der streitgegenständlichen Anlageberatung bzw. dem Abschluss des Ordervertrags. Sie beziehen sich auf „sämtliche“ bzw. „alle Rechtsbeziehungen“ der Parteien, also in der einzig vertretbaren (und zugleich kundenfeindlichsten) Auslegung auch auf außervertragliche Ansprüche, zumal hier an keiner Stelle bloß von „vertraglichen“ Ansprüchen die Rede ist. Unterstellt aber der Verwender alle bzw. sämtliche Ansprüche seines Vertragspartners oder alle Rechtsbeziehungen dem gewählten Recht, ist dies wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam (*Staudinger-Staudinger*, BGB 2016, Vorbem. §§ 651a-651m Rz. 133c). Diese Prüfung beschränkt sich im Übrigen auf die

Transparenzkontrolle gemäß § 307 I 2 BGB. Irrelevant ist daher, dass sich eine über diese Transparenzkontrolle hinausgehende inhaltliche Überprüfung der Rechtswahl auf ihre Angemessenheit gemäß § 307 I 1 BGB verbietet, weil Art. 3 I Rom-I-VO den Parteien grundsätzlich Rechtswahlfreiheit gewährt und diese daher nicht durch den Rückgriff auf nationales, vor allem divergierendes AGB-Recht beschnitten werden darf (*Staudinger-Staudinger* aaO m.w.N.).

b) Außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom-II-VO)

Auch auf sämtliche außervertraglichen Ansprüche des Kl. ist vorliegend deutsches Recht anzuwenden gemäß der Rom-II-VO. Diese ist gemäß Art. 1 I Rom-II-VO auf außervertragliche Schuldverhältnisse (das sind gemäß Art. 2 Rom-II-VO unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag) in Zivil- und Handelssachen mit Verbindung zum Recht verschiedener Staaten – wie vorliegend – anwendbar. Sie ist gemäß Art. 3 Rom-I-VO auch auf Nicht-EU-Mitgliedstaaten wie die Schweiz anzuwenden.

Zwar gilt auch hins. außervertraglicher Schuldverhältnisse grundsätzlich das Prinzip der freien Rechtswahl der Parteien (Art. 14 Rom-II-VO). Allerdings ist die vorliegende Rechtswahl entsprechend obiger Ausführungen unwirksam.

aa) Deliktische Ansprüche

Vorliegend ist daher mangels wirksamer Rechtswahl auf deliktische Ansprüche des Kl. deutsches Recht anzuwenden gemäß Art. 4 III Rom-II-VO. Danach ist auf deliktische Ansprüche das Recht des Staats anzuwenden, mit dem die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung aufweist als mit dem Recht des Staats gemäß Art. 4 I Rom-II-VOI (Ort des Schadenseintritts) oder Art. 4 II Rom-II-VO (gemeinsamer Sitzstaat von Schuldner und Gläubiger zum Zeitpunkt des Schadenseintritts). Eine solche offensichtlich engere Verbindung kann sich insbes. aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien – wie einem Vertrag – ergeben, das mit der unerlaubten Handlung in enger Verbindung steht (Art. 4 III 2 Rom-II-VO). Ein solcher Vertrag ist vorliegend der Anlageberatungsvertrag, auf den mangels wirksamer Rechtswahlvereinbarung (s.o.) gemäß Art. 6 I Rom-I-VO deutsches Recht anzuwenden ist. Dieses Recht gilt folglich gemäß Art. 4 III Rom-II-VO auch für entsprechende deliktische Ansprüche.

bb) Bereicherungsansprüche

Auch auf etwaige Bereicherungsansprüche des Kl. ist nach Art. 10 Rom-II-VO deutsches Recht anzuwenden. Knüpft nämlich die ungerechtfertigte Bereicherung, einschließlich von Zahlungen auf eine nicht bestehende Schuld, an ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis (z.B. Vertrag oder unerlaubte Handlung) an, das eine enge Verbindung mit der ungerechtfertigten Bereicherung aufweist, so ist gemäß Art. 10 I Rom-II-VO vorrangig das Recht anzuwenden, auf dem dieses Rechtsverhältnis beruht. Dabei ist mit ‚Rechtsverhältnis‘ ein Schuldverhältnis gemeint, auf das die Leistung bezogen ist, auch wenn dieses Schuldverhältnis tatsächlich nicht besteht (trotz Wortlaut ‚zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis‘), weil sonst das dortige Beispiel der Zahlung auf eine Nichtschuld leer liefe (*Palandt* aaO ROM II Art. 10 Rz. 7). Maßgeblich ist also das Statut der vermeintlichen Schuld (*Palandt* aaO).

Der Erwerb der F-Anteile und die entsprechende Belastung des klägerischen Kontos beruht auf dem Schuldverhältnis des Ordervertrags. Deshalb ist auf einen ent-

sprechenden Bereicherungsanspruch das auf den Ordervertrag anzuwendende Recht anzuwenden, also vorliegend deutsches Recht.

Demgegenüber sind die Folgeabsätze II bis IV des Art. 10 Rom-II-VO aufgrund Vorrangigkeit des Absatzes I unanwendbar ...

III. Entsprechend obiger Ausführungen war der Bekl. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine Schriftsatzfrist zu bewilligen oder die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

1. Für die erfolgte Berücksichtigung der Rechtsansichten der Bekl. (z.B. hins. der Aussetzung gemäß Art. 27 LugÜ II oder der vermeintlichen Anwendbarkeit Schweizer Rechts) in ihrem Schriftsatz vom 15.5.2017 bedurfte es von vornherein keiner Schriftsatzfrist, zumal es sich bei solchen Rechtsauffassungen nicht um Angriffs- oder Verteidigungsmittel i.S.v. § 296a ZPO handelt (*Zöller aaO § 296a Rz. 2.*)“

b) *OLG Stuttgart 14.9.2018 – 5 U 98/17:*

„II. Die Berufungen der Bekl. sind zulässig, aber unbegründet. Die Klage ist zulässig und jedenfalls im vom LG zugesprochenen Umfang begründet. Der Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung gemäß § 280 I BGB. Ob darüber hinaus deliktische Ansprüche bestehen, kann deshalb dahinstehen.

Das Verfahren ist nicht gemäß Art. 27 I des (revidierten) Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30.10.2007 (im Folgenden: LugÜ II) auszusetzen (1.). Die Klage ist zulässig, insbes. sind die deutschen Gerichte international zuständig (2.). Es ist deutsches Sachrecht anzuwenden ...

1. Das Verfahren ist nicht gemäß Art. 27 I LugÜ II auszusetzen. Dies folgt zwar nicht aus Art. 33 I und III LugÜ II (a) oder aus der bereits erfolgten Aussetzung in der S[ache] (b), indes liegen die Voraussetzungen für eine Aussetzung nicht vor (c).

a) Eine Aussetzung scheitert – entgegen der Ansicht des Kl. – nicht bereits daran, dass die Entscheidungen des Bezirksgerichts Z., insbes. die Aussetzung des dortigen Verfahrens, und des Obergerichts des K. Z., insbes. mit Blick auf deren Begründung zur Priorität, gemäß Art. 33 I LugÜ II anzuerkennen wären. ‚Entscheidungen‘ i.S. dieser Vorschrift liegen nicht vor.

aa) Gemäß Art. 32 LugÜ II ist unter ‚Entscheidung‘ jede von einem Gericht erlassene Entscheidung zu verstehen, ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung wie z.B. Urteil oder Beschluss. Dabei handelt es sich (nur) um – alle Arten von – Endentscheidungen (vgl. *MünchKommZPO-Gottwald*, 5. Aufl. 2017, Brüssel Ia-VO, Art. 36 Rz. 8, und Art. 2 Rz. 2). Nicht darunter fallen hingegen verfahrensrechtliche Zwischenentscheidungen (vgl. *Musielak-Voit-Stadler*, ZPO, 15. Aufl. 2018, Art. 2 EuGVVO n.F. Rz. 2), auch wenn sie nach dem Recht des Erststaats in materielle Rechtskraft erwachsen (vgl. *Zöller-Geimer*, ZPO, 32. Aufl. 2018, Art. 36 EuGVVO Rz. 18). Bei den Entscheidungen der Schweizer Gerichte zur Aussetzung handelt es sich um solche verfahrensrechtlichen Zwischenentscheidungen.

bb) Dies gilt jedenfalls hier insbes. im Hinblick darauf, dass es sich um eine prozessuale Zwischenentscheidung nach dem Abkommen handelte. Deren Anerkennung hätte ggf. unmittelbar in Art. 27 LugÜ II geregelt werden können.

b) Eine Aussetzung wird auch im Übrigen nicht dadurch gehindert, dass das Verfahren in der S[chweiz] ausgesetzt wurde.

aa) Ob die ausländische Rechtshängigkeit früher eingetreten ist als die deutsche, entscheidet das deutsche Gericht selbständig und ohne Bindung an die Rechtsansicht und die tatsächlichen Feststellungen des ausländischen Gerichts; keinem der beteiligten Gerichte ist die alleinige Kompetenz für die verbindliche Entscheidung der Frage übertragen, welches Gericht zuerst angerufen wurde (vgl. *Geimer*, IZPR, 7. Aufl. 2015 Rz. 2704b).

bb) Das später angerufene Gericht muss sein Verfahren von Amts wegen aussetzen, auch wenn seine Zuständigkeit aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung geltend gemacht wird (vgl. EuGH, ..., Urt. vom 9.12.2003 – *Erich Gasser GmbH ./ MISAT S.r.l.*, Rs C-116/02, EuZW 2004, 188, zu dem mit Art. 27 LugÜ II inhaltsgleichen Art. 21 EuGVÜ). Art. 29 LugÜ II enthält keine Regelung wie – mittlerweile – Art. 31 II EuGVO, demgemäß auch ein früher angerufenes Gericht auszusetzen hat, wenn das andere Gericht, das in einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmte ist, allerdings gemäß Art. 31 IV EuGVO ohnehin nicht z.B. in Verbrauchersachen.

cc) Es ist zwar richtig, dass den Parteien eine Sachentscheidung verwehrt wird, wenn alle Gerichte ihr jeweiliges Verfahren nach Art. 27 I LugÜ II aussetzen. Hier kommt hinzu, dass sich das Obergericht des K. Z. ausweislich seiner Entscheidung vom 22.8.2017 für in diesem Verfahren an die in seinem Beschluss vom 22.10.2014 vertretene Rechtsauffassung gebunden hält, solange sich nicht die Rechtsprechung des [Schweizerischen] Bundesgerichts oder des EuGH zur maßgeblichen Frage ändern.

(1) Für einen solchen – etwaigen – negativen Kompetenzkonflikt enthält das Übereinkommen keine Regelung (vgl. *Musielak-Voit-Stadler* aaO Art. 29 EuGVVO n.F. Rz. 1, N. 1; s.a. *Geimer* aaO Rz. 2704 ff.). Die Sonderregelung in Art. 33 II lit. a EuGVO, wonach ein Verfahren, das im Hinblick auf ein Verfahren vor dem Gericht eines Drittstaats ausgesetzt wurde, wieder fortgesetzt werden kann, wenn das Verfahren vor dem Gericht des Drittstaats ebenfalls ausgesetzt wurde, zeigt im Übrigen, dass eine solche Möglichkeit bei Art. 29 EuGVO grundsätzlich gerade nicht vorgesehen ist, und damit auch nicht beim inhaltsgleichen Art. 27 LugÜ II. Diese Lösung für den Fall einer doppelten Aussetzung bietet das Abkommen daher nicht unmittelbar.

(2) Dies führt indes nicht dazu, dass das zuerst über diese Frage – rechtskräftig – entscheidende Gericht eine Entscheidungsprärogative erhält (vgl. auch das [Schweizerisches] Bundesgericht, Urt. vom 26.9.1997, BGE 123 III 414, das die Berufung gegen eine Aussetzung zurückwies, obwohl auch der High Court of Justice in L. sein Verfahren ausgesetzt hatte; letztere Entscheidung war zwar angefochten, hierauf nahm das Bundesgericht indes keinen weiteren Bezug). Daher ist auch eine Aussetzung beider Verfahren grundsätzlich möglich. Es kann an dieser Stelle dahinstehen, wie zu verfahren ist, wenn auch das zweite Gericht aussetzt und das erste Gericht hierauf ausdrücklich erklärt, es halte an seiner Aussetzung ebenfalls fest.

c) Die Voraussetzungen für eine Aussetzung nach Art. 27 I LugÜ II liegen nämlich nicht vor. Das LG U. war das zuerst angerufene Gericht.

Der Kl. erhob die Teilklage vor dem LG U., bevor die Bekl. ihre negative Feststellungsklage vor dem Bezirksgericht Z. erhob. Hierauf kommt es auch hins. der (aufgrund der zwischenzeitlichen teilweisen Rücknahme: späteren) Klageerweiterung an.

aa) Zwei Rechtsstreitigkeiten, die auf derselben Grundlage (Sachverhalt und Rechtsvorschrift), nämlich demselben Vertragsverhältnis beruhen, betreffen denselben Anspruch, wenn sie auch denselben Gegenstand (Zweck) haben, wofür – unabhängig von der formalen Identität – ihr Kernpunkt entscheidend ist (vgl. EuGH, Urt. vom 8.12.1987 – Gubisch Maschinenfabrik KG ./ Giulio Palumbo, Rs C-144/86, NJW 1989, 665; EuGH, Urt. vom 6.12.1994 – The owners of the cargo lately laden on board the ship ‚Tatry‘ ./ the owners of the ship ‚Maciej Rataj‘, Rs C-406/92, EuZW 1995, 309, jeweils zu Art 21 EuGVÜ; ausdrücklich zum LugÜ II jetzt EuGH, Urt. vom 20.12.2017 – Brigitte Schlömp ./ Landratsamt Schwäbisch Hall, Rs C-467/16, FamRZ 2018, 286; sogenannte ‚Kernpunkttheorie‘). Dabei bewirkt der Umstand, dass Anträge im einen Fall negativ, im anderen aber positiv formuliert sind, nicht, dass die beiden Rechtsstreitigkeiten unterschiedliche Gegenstände hätten; eine Klage, die auf Zahlung von Schadensersatz gerichtet ist, betrifft denselben Anspruch wie eine von diesem Bekl. früher erhobene Klage auf Feststellung, dass er für diesen Schaden nicht haftet (EuGH, Urt. vom 6.12.1994 aaO). Auf den Streitgegenstandsbegriff der jeweiligen lex fori oder lex causae kommt es dabei nicht an (vgl. z.B. Geimer aaO Rz. 2694a).

bb) ... cc) Nicht ergebnisbringend ist der von der Bekl. angeführte Vergleich mit einer (nur) teilweisen Identität der Parteien, wo eine Aufspaltung des Rechtsstreits erfolgt (vgl. dazu EuGH, Urt. vom 6.12.1994 aaO). Jene betrifft die Frage, ob die Klage zwischen ‚denselben Parteien‘ anhängig ist, während hier zu klären ist, ob dies wegen ‚desselben Anspruchs‘ erfolgte. Die Frage nach einer Identität der Parteien richtet sich nicht nach einem ‚Kernpunkt‘ des Rechtsstreits; eine Partei ist entweder am Rechtsstreit beteiligt oder nicht.

dd) Daher führt auch eine teilweise Identität der Gegenstände dazu, dass das später angerufene Gericht auszusetzen hat (vgl. Schlosser, EuZPR, 2. Aufl. 2003, Art. 27 EuGVVO Rz. 4; Schack, IZVR, 6. Aufl. 2014 Rz. 849; möglicherweise auch Zöller-Geimer aaO Art. 29 EuGVVO Rz. 25c, der bei einer Klageerweiterung die Prioritätsfrage bei nicht gegenstandsgleichen Klagen neu stellen will; s.a. Kroppholler, EuZPR, 8. Aufl. 2005, Art. 27 EuGVVO Rz. 9, der allerdings von ‚insoweit aussetzen‘ spricht; ebenso Rauscher-Leible, EuIPR, Art. 29 Brüssel Ia-VO Rz. 21; a.A. MünchKommZPO-Gottwald aaO Brüssel Ia-VO Art. 29 Rz. 12) bzw. es sich auch hinsichtlich einer späteren Klageerweiterung im früheren Verfahren, die den Kernpunkt betrifft, noch um das früher angerufene Gericht handelt.

Dies entspricht der Ansicht des Obergerichts des K. Z. zum Rechtsstreit zwischen den Parteien im Beschluss vom 22.10.2014, Geschäfts-Nr.: LB140049-O/U (B51, Bl. 1271 ff., m.w.N.). Eine Bindung an diese Rechtsansicht besteht nicht (s.o.). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass zur Förderung einer einheitlichen Interpretation Art. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens vorschreibt, dass die Gerichte jedes Vertragsstaats den Grundsätzen gebührend Rechnung tragen, die in maßgeblichen Entscheidungen der Gerichte der anderen Vertragsstaaten zu den Bestimmungen des Luganer Übereinkommens entwickelt wurden; damit soll einer schleichenden Erosion der Rechtseinheit in der Rechtsanwendung der Gerichte der Abkommensstaaten durch bewusste einheitsfördernde Interpretation begegnet werden (vgl. Schweizerisches Bundesgericht, Urt. vom 26.9.1997, BGE 123 III 414, zum ursprünglichen Luganer Übereinkommen vom

16.9.1988). Dies spricht ergänzend für ein entsprechendes Verständnis des Art. 27 LugÜ II.

ee) Den von der Bekl. vorgebrachten Einwänden, die sich auf mögliche Fälle einer missbräuchlichen Klageerhebung beziehen, kann dadurch begegnet werden, dass im Einzelfall bei – autonom festzustellendem – offensichtlichem Rechtsmissbrauch das später angerufene Gericht von einer Aussetzung nach Art. 27 LugÜ II absieht (vgl. *Zöller-Geimer*, ZPO aaO Art. 32 EuGVVO Rz. 13; *Musielak-Voit-Stadler* aaO Art. 29 EuGVVO n.F. Rz. 8 und N. 49 f., ebenso *Rauscher-Leible* aaO Art. 29 Brüssel Ia-VO Rz. 36; Tribunal de Grande Instance de Paris, Entsch. vom 9.3.2001, Case. No. 00/04083, ins Englische übersetzt abgedruckt in IIC 2002, 225, zu Art. 21 EuGVÜ, mit kritischer Anmerkung Véron, der für eine EuGH-Vorlage plädiert; abstrakt zu Rechtsmissbrauch in Bezug auf das LugÜ II Schweizerisches Bundesgericht, Urt. vom 14.3.2018 – 4A 417/2017 [BGE 144 III 175]) ...

ff) Selbst für den Fall, dass man die Ansicht verträte, dass Zweifel an dieser Rechtsansicht bestehen könnten, hielte es der Senat im hiesigen Rechtsstreit nicht für angebracht, entsprechende Fragen gemäß Art. 267 II AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Dieser ist zwar – für die Mitgliedstaaten der EU – für die Auslegung jedenfalls des revidierten Luganer Übereinkommens zuständig, das die EU ratifiziert hat und das Teil des Unionsrechts ist. Eine Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV besteht indes schon angesichts der Zulassung der Revision nicht. Eine Vorlagepflicht hätte hier ohnehin nicht bestanden; eine solche tritt in Fällen der zulassungsgebundenen Revision nur ein, wenn die Nichtzulassung der Revision nicht mit dem Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde anfechtbar ist (vgl. BVerfG, Beschl. vom 3.3.2014 – 1 BvR 2083/11, VersR 2014, 1485).

2. Die Klage ist zulässig. Insbesondere sind die deutschen Gerichte international zuständig. Einwände gegen die Zulässigkeit im Übrigen sind nicht ersichtlich; soweit die Bekl. darauf verwies, der Kl. müsse im Hinblick auf (vor)vertragliches Aufklärungsverschulden einerseits und den Widerruf andererseits eine Prüfungsreihenfolge vorgeben (vgl. BGH, Urt. vom 5.7.2016 – XI ZR 254/15, BGHZ 211, 189), hat der Kl. den Aspekt des Widerrufs ausdrücklich fallenlassen ...

a) Die internationale Zuständigkeit richtet sich nach dem Luganer Übereinkommen. Dieses ist gemäß Art. 63 I LugÜ II auch intertemporal anzuwenden, da die Klage im Jahr 2013 erhoben wurde, nachdem das Übereinkommen im Ursprungsstaat, d.h. im Verfahrensstaat, nach der auch für die Bundesrepublik Deutschland wirkenden Ratifikation durch die EU und Norwegen gemäß Art. 69 IV LugÜ II am 1.1.2010 in Kraft getreten war; auch für die Schweiz war im Übrigen das Übereinkommen gemäß Art. 69 V LugÜ II am 1.1.2011 in Kraft getreten.

b) Die deutschen Gerichte sind international zuständig gemäß Art. 15 I lit. c, Art. 16 I Alt. 2 LugÜ II, da der Kl. hier als Verbraucher gehandelt hat.

aa) Gegenstand des Verfahrens ist ein (streitiger) Kapitalanlageberatungsvertrag, den der Kl. zu einem Zweck – der Anlage seines privaten Vermögens – schloss, der nicht seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, mithin als Verbraucher.

Der Begriff des Verbrauchers ist eng auszulegen und nach der Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrags in Verbindung mit dessen Natur und Zielsetzung und nicht nach der subjektiven Stellung dieser Person zu bestimmen, so dass

ein und dieselbe Person im Rahmen bestimmter Geschäfte als Verbraucher und im Rahmen anderer als Unternehmer angesehen werden kann. Die Vorschriften sind nur anwendbar, wenn der Zweck des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags nicht in einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit besteht, sondern der Vertrag ohne Bezug zu und unabhängig von einer solchen geschlossen wurde (vgl. EuGH, Urt. vom 3.7.1997 – Francesco Benincasa ./. Dentalkit S.r.l., Rs C-269/95, WM 1997, 1549; EuGH, Urt. vom 20.1.2005 – Johann Gruber ./. Bay Wa AG, Rs C-464/01, NJW 2005, 653 jeweils zu Art. 213 und 14 EuGVÜ). Maßgeblich sind Inhalt, Art und Zweck des Vertrags sowie die objektiven Umstände bei Vertragsschluss (vgl. EuGH, Urt. vom 20.1.2005 aaO zu Art. 13 und 14 EuGVÜ und zur Frage einer untergeordneten Bedeutung des beruflich-gewerblichen Zwecks bei einem doppelten Zweck dienenden Verträgen).

Der Senat hat zur Teilklage im hiesigen Verfahren in seinem Urteil vom 27.4.2015 – 5 U 120/14<sup>1</sup>, RIW 2015, 762, zu den maßgeblichen Umständen ausgeführt ...

Auf die neuen Einwände der Bekl. hin ist ... ergänzend auszuführen:

Wenn die Bekl. nunmehr weniger auf das Verhältnis (die ‚Verflechtung‘, den ‚Konverbund‘) zwischen dem Kl. und der X-Gruppe abstellt, sondern darauf, dass auch der Kl. als Privatperson nicht zwingend Verbraucher sei, so trifft dies durchaus zu und wurde im Übrigen in der früheren Entscheidung des Senats nicht übersehen. Es ist jedoch ebenso wenig ersichtlich, dass der Kl. persönlich Investitionen in Kapitalanlagen beruflich oder gewerblich betrieb und das streitgegenständliche Geschäft dem zuzuordnen wäre.

Der Umfang der einzelnen Anlage ist dabei unerheblich; ersichtlich legt eine reiche Person höhere Beträge an als eine arme, ohne dass sie dadurch zum Unternehmer wird. Auf die – zweifellos unterschiedliche – Schutzbedürftigkeit im Einzelfall kommt es wie ausgeführt nicht an.

Die Anzahl der vom Kl. getätigten Geschäfte, namentlich zwei Anlagen in D. A. F. ein Jahr zuvor und die weitere Beteiligung im Dezember 2010 sowie die D.-Investition rechtfertigen es noch nicht, von einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zu sprechen. Insbesondere können ihm entgegen der Ansicht der Bekl. nicht die davon getrennten Anlagen der X-Gruppe zugerechnet werden ...

Schließlich trifft es zwar zu, dass der Kl. in seiner Parteivernehmung ausgesagt hat, für ihn sei es auch wichtig gewesen, noch im Oktober 2011 die notwendige Liquidität wiederzuerlangen, die er dann für das Weihnachtsgeschäft im Unternehmen benötigt habe. Dies macht die Anlage indes nicht zu einem Geschäft des Unternehmens. Ebenso wenig wie die Herkunft des eingesetzten Kapitals (s.o.) ist maßgeblich, wie es – einschließlich des erwarteten Gewinns – anschließend verwendet werden sollte. Auch führt dies nicht zu einer fehlenden Trennung zwischen Privatvermögen und Geschäftsvermögen; die Zuordnung ist jeweils klar. Mithin ist unerheblich, ob der Kl. das Geld ganz oder teilweise wieder in das Unternehmen investieren wollte.

bb) Der Kl. hat seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch das Übereinkommen gebundenen Staats, nämlich in Deutschland. Die Bekl. als – ggf. – Vertragspartner richtete unstreitig ihre gewerbliche Tätigkeit auf diesen Staat aus. Die Bekl. verfügte über eine eigene für Privatkunden in Deutschland zuständige Abteilung; deren

---

<sup>1</sup> IPRspr. 2015 Nr. 203.

Leiter, Herr Dr. H., suchte den Kl. zudem im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Anlage in U. auf. Der streitgegenständliche Vertrag fiel in den Bereich dieser Tätigkeit; sie führte zum Vertragsschluss.

cc) Der Kl. konnte daher als Verbraucher gegen die Bekl. als – ggf. – Vertragspartner vor dem Gericht des Orts Klage erheben, an dem er seinen Wohnsitz hat. Dieser befindet sich in U. und damit im Bezirk des Landgerichts U.

dd) Hieran ändert die Gerichtsstandsvereinbarung nichts; sie hat gemäß Art. 23 V LugÜ II keine rechtliche Wirkung, da sie Art. 17 LugÜ II zuwiderläuft. Von den obigen Vorschriften kann gemäß Art. 17 LugÜ II im Wege der Vereinbarung nur unter den dort genannten Voraussetzungen abgewichen werden. Diese liegen unstreitig nicht vor.

3. Es ist deutsches Sachrecht anzuwenden. Nach der einschlägigen Rom-I-VO (a) findet auf den Vertrag gemäß Art. 6 I Rom-I-VO deutsches Sachrecht Anwendung (b) und haben die Parteien eine gemäß Art. 6 II 1 Rom-I-VO wirksame Rechtswahl nicht getroffen (c).

a) Als Kollisionsrecht sind auf vertragliche Ansprüche gemäß Art. 1, 2, 28 Rom-I-VO deren Regelungen sachlich, räumlich und zeitlich anzuwenden.

b) Auf den Vertrag findet zunächst gemäß Art. 6 I Rom-I-VO deutsches Sachrecht Anwendung.

aa) Gemäß Art. 6 I Rom-I-VO unterliegt ein Verbrauchervertrag dem Recht des Staats, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dabei ist der Verbraucher i.S. dieser Vorschrift grundsätzlich ebenso zu bestimmen wie in Art. 17 I EuGVO bzw. – wie hier – in Art. 15 I LugÜ II.

Nach Erwägungsgrund Nr. 7 der Rom-I-VO sollen ihre Bestimmungen mit der EuGVO („Brüssel I“) im Einklang stehen und nach Erwägungsgrund Nr. 24 der Rom-I-VO soll bei Verbraucherverträgen die Übereinstimmung mit der EuGVO gewahrt werden. Mithin sind bei der Auslegung zur Rom-I-VO dieselben Kriterien maßgeblich (vgl. *Staudinger-Magnus*, [BGB] Neub. 2016, Art. 6 Rom I-VO Rz. 38; allgemein EuGH, Urt. vom 28.7.2016 – Verein für Konsumenteninformation / Amazon EU S.A.R.L., Rs C-191/15, NJW 2016, 2727). Dabei ist der kollisionsrechtliche Verbraucherbegriff – wenn überhaupt – eher weiter auszulegen (vgl. *Staudinger-Magnus* aaO Art. 6 Rom I-VO Rz. 47; BeckOK-BGB-*Spickhoff*, 45. Ed. 1.11.2017, Art. 6 Rom I-VO Rz. 20).

Deshalb kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, denen zufolge der Kl. hier als Verbraucher gehandelt hat.

bb) Die übrigen Voraussetzungen des Art. 6 I Rom-I-VO liegen ebenfalls vor, insbes. hatte der Kl. bei Vertragsschluss (Art. 19 III Rom-I-VO) seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, so dass nach dieser Vorschrift deutsches Recht anwendbar ist.

cc) Ein Ausschlussgrund nach Art. 6 IV Rom-I-VO liegt nicht vor, insbes. handelte es sich bei Anlageberatung um eine Finanzdienstleistung (vgl. *Staudinger-Magnus* aaO Art. 6 Rom I-VO Rz. 100) und wurde die Dienstleistung nicht ausschließlich außerhalb Deutschlands erbracht, sondern erfolgte dort vielmehr zumindest die Beratung am 14.2.2011.

c) Ungeachtet dieser Regelung konnten die Parteien gemäß Art. 6 II 1 Rom-I-VO das auf den Vertrag anzuwendende Recht nach Art. 3 Rom-I-VO wählen. Gemäß

Art. 3 I 1 Rom-I-VO unterliegt der Vertrag in einem solchen Fall dem von den Parteien gewählten Recht. Eine wirksame Rechtswahl wurde indes nicht getroffen.

Gemäß Art. 3 I 2 Rom-I-VO muss die Rechtswahl ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben.

aa) Eine stillschweigende Rechtswahl kann sich auch aus dem Verhalten der Parteien im Prozess ergeben (Art. 3 II 1 Rom-I-VO). Die Bekl. führte insoweit aus, der Kl. erkenne an, dass die Parteien wirksam die Geltung Schweizer Rechts für alle Rechtsbeziehungen vereinbart hätten. Dies ist allerdings nicht der Fall. Der Kl. argumentierte in aller Regel mit Vorschriften beider Rechtsordnungen und hielt nicht zuletzt immer an seinem Vortrag fest, er habe die AGB der Bekl. nicht erhalten.

bb) Eine ausdrückliche Rechtswahl durch Individualvereinbarung haben die Parteien bei Abschluss des Anlageberatungsvertrags nicht getroffen.

cc) Eine ausdrückliche Rechtswahl liegt auch vor, wenn die Parteien in AGB ein bestimmtes Recht festgelegt haben, das für ihren Vertrag gelten soll (vgl. *Staudinger-Magnus* aaO Art. 3 Rom I-VO Rz. 63; MünchKomm-*Martiny*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO, Art. 3 Rz. 42). Hier sollen nach den AGB der Bekl. bzw. nach den Regelungen auf der Rückseite der Vollmacht alle Rechtsbeziehungen materiellem S[chweizer] Recht unterstehen.

Zwar sind Inhalt und Umfang der Rechtswahl eindeutig (1), beurteilen sich Zustandekommen und Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung nach s[schweizerischem] Recht (2) und scheitert die Rechtswahl deshalb nicht (unmittelbar) an Art. 3 I RL 93/13/EWG (3), allerdings sind die zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts auch im Hinblick auf die Rechtswahlklausel selbst zu beachten (4) und ergibt sich bei der damit veranlassten Prüfung nach deutschem Sachrecht deren Unwirksamkeit (5).

(1) Die Auslegung einer solchen ausdrücklichen Rechtswahlvereinbarung richtet sich, wenn deren Inhalt oder Umfang streitig ist, nach autonomen Grundsätzen der Rom-I-VO (str.; vgl. *Staudinger-Magnus* aaO Art. 3 Rom I-VO Rz. 66; MünchKomm-*Martiny* aaO Rom I-VO, Art. 3 Rz. 44). Inhalt und Umfang der Rechtswahl sind aber eindeutig: Es wird auf S[schweizer] Recht verwiesen und dies soll alle Rechtsbeziehungen der Parteien betreffen, mithin auch einen viel später geschlossenen und inhaltlich völlig verschiedenen Anlageberatungsvertrag.

(2) Eine andere Frage ist hingegen, ob diese Rechtswahlklausel wirksam zustande kam. Zustandekommen und Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung beurteilen sich gemäß Art. 3 V, 10 I Rom-I-VO nach dem von den Parteien gewählten Recht, mithin hier dem s[schweizerischen] Recht. Dies gilt somit für die Frage, ob die AGB in den Vertrag einbezogen wurden, insbes. den streitigen Erhalt durch den Kl. und die Wirkung gerade auch für den Anlageberatungsvertrag, sowie für die Frage, ob die Regelung nach einer Inhaltskontrolle wirksam (oder z.B. intransparent oder unangemessen) ist (vgl. z.B. *Staudinger-Hausmann*, [BGB] Neub. 2016, Art. 10 Rom I-VO Rz. 22). Dabei käme gemäß Art. 20 Rom-I-VO das s[schweizerische] Recht zur Anwendung ohne dessen Kollisionsrecht, das nach Art. 120 IPRG eine Rechtswahl gegenüber einem Verbraucher überhaupt nicht zuließe.

(3) Die Rechtswahl scheitert hier nicht (unmittelbar) an Art. 3 I RL 93/13/EWG (so bei EuGH, Urt. vom 28.7.2016 aaO, der unschwer von der Geltung der Richt-

linie ausgehen konnte; s.a. *Pfeiffer*, NJW 2017, 913, 918; *Roth*, IPRax 2017, 449). Diese Vorschrift gilt jedenfalls für das hier gewählte s[schweizerische] Recht nicht. Sie ist anwendbar, wenn über Art. 6 II 2 Rom-I-VO das deutsche Recht zur Anwendung kommt, und gibt daher nichts für die Frage her, ob Art. 6 II 2 Rom-I-VO auf die Rechtswahl überhaupt Anwendung findet (im Ergebnis wohl auch *Ferdinand*, EWiR 2017, 75; vgl. *Roth*, IPRax 2017, 449, 456).

(4) Gemäß Art. 6 II 2 Rom-I-VO darf bei einem Verbrauchervertrag die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, den ihm die zwingenden Bestimmungen des Rechts seines Aufenthaltsstaats gewähren. In soweit ist hier das deutsche Recht zu beachten. Hierzu zählen die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB, wenn sie strengere Anforderungen stellen als das gewählte Recht, und zwar auch im Hinblick auf die Rechtswahlklausel selbst (vgl. BGH, Urt. vom 19.7.2012 – I ZR 40/11<sup>2</sup>, IPRax 2013, 557, zu § 307 BGB; *Roth*, IPRax 2013, 515, 520 f.; LG Hamburg, Urt. vom 2.9.2014 – 327 O 187/14<sup>3</sup>, IPRax 2015, 348; unergiebig wohl EuGH, Urt. vom 28.7.2016 aaO Rz. 59, 66 f., obiter dictum; a.A. *Palandt-Thorn*, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO Rz. 9; MünchKomm-Martiny aaO Rom I-VO, Art. 3 Rz. 100; *Staudinger-Hausmann* aaO Art. 10 Rom I-VO Rz. 93, 99a MünchKomm-Spellenberg, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO, Art. 10 Rz. 195; ausführlich: *Pfeiffer*, IPRax 2015, 320, 322 f.; *Mankowski*, NJW 2016, 2705; *Staudinger-Staudinger*, [BGB] Neub. 2016, Vorbem. zu §§ 651a-651m Rz. 133a, 133b mit Fallbeispiel 133d; für eine Vorlage an den EuGH zur Klärung des Verhältnisses zwischen Rechtswahlfreiheit und Günstigkeitsvergleich sprechen sich *Roth*, IPRax 2013, 515, *Pfeiffer*, IPRax 2015, 320, und *Staudinger-Staudinger*, aaO Vorbem. zu §§ 651a-651m Rz. 133d a.E. aus).

Der Senat folgt dieser Rechtsprechung des BGH schon aus Gründen eines starken Verbraucherschutzes, der im Vordergrund der fraglichen Regelung steht. Dem denkbaren Nachteil eines bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene erfolgenden Günstigkeitsvergleichs für den Vertragspartner, dass er auf diese Weise ein – zumal gewähltes – Recht verlieren kann, das möglicherweise auf sachrechtlicher Ebene für ihn günstiger ist, lässt sich damit begegnen, dass er die Wahl erhält, sich nicht auf die Unwirksamkeit der AGB zu berufen. Dies ist ihm faktisch ohnehin regelmäßig dadurch möglich, dass er diesen Punkt nicht rügt oder sich erneut auf das ursprünglich gewählte Sachrecht einigt.

Der praktischen Kritik an einem bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene erfolgten Günstigkeitsvergleich ließe sich entgegen, diesen nicht anhand aller Rechtsfragen des Falls durchzuführen, sondern auf die Frage der wirksamen Einbeziehung der Rechtswahlklausel zu beschränken (vgl. *Roth*, IPRax 2013, 515, 521). Dies kann hier indes dahinstehen. Vorliegend ergibt sich nämlich bei den noch in der Berufung gegenständlichen Anträgen ein volles Obsiegen des Kl. nach deutschem Recht, so dass dessen Anwendung für ihn jedenfalls ebenso günstig ist wie die Anwendung s[schweizerischen] Sachrechts.

Auch denkbare Zweifel an dieser Rechtsansicht lassen es für den Senat im hiesigen Rechtsstreit nicht angebracht erscheinen, eine entsprechende Frage gemäß Art. 267 II AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Eine Vorlagepflicht besteht wie ausgeführt nicht.

<sup>2</sup> IPRspr. 2012 Nr. 25b.

<sup>3</sup> IPRspr. 2014 Nr. 50.

(5) Bei einer Prüfung nach deutschem Sachrecht ergibt sich die Unwirksamkeit der Rechtswahlklausel. Da dies für den Kl. – sowohl im Hinblick auf allein die Rechtswahl als auch auf die Rechtslage insgesamt – günstiger ist (und zudem – wobei es darauf nicht ankommt – seinem Vorbringen entspricht), kommt es nicht darauf an, ob die Rechtswahlklausel auch nach schweizerischem Recht unwirksam wäre.

[a]) Ein Anlageberatungsvertrag war – worauf der Senat bereits in seinem Urteil zur Teilklage hingewiesen hat – seinerzeit noch in keiner Weise absehbar und stellt ein grundlegend anderes Rechtsverhältnis als die Konto- und Depotführung bzw. eine Vollmachtserteilung dar. Bei einer Konto- bzw. Depotführung handelte sich auch nicht um einen Rahmenvertrag oder einen allgemeinen Bankvertrag, dessen Regelungen per se für alle zukünftigen Geschäfte in diesem Zusammenhang gelten sollen. Mithin erscheint zum einen die Erstreckung auf auch den Anlageberatungsvertrag gemäß § 307 BGB unangemessen.

[b]) Zum anderen ist die Rechtswahlklausel intransparent i.S.d. § 307 I 2 BGB, weil sie entgegen Art. 14 I 1 Rom-II-VO auch außervertragliche Ansprüche einschloss (vgl. *Staudinger-Staudinger* aaO Vorbem. zu §§ 651a-651m Rz. 133c).

[c]) Nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH, Urt. vom 28.7.2016 aaO; kritisch z.B. *Mankowski*, aaO) ist die Klausel zudem missbräuchlich i.S.d. Art. 3 I RL 93/13/EWG, weil sie dem Verbraucher den Eindruck vermittelt, es sei nur s[schweizerisches] Recht anzuwenden, ohne ihn darüber zu unterrichten, dass er nach Art. 6 II 2 Rom-I-VO auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen des ohne die Klausel anzuwendenden Rechts genießt ...

III. ... 4. Die Revision ist gemäß § 543 II 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat ...

b) ... aa) Stellt sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürftige Rechtsfrage des Unionsrechts, ist bereits mit der sich voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren ergebenden Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH der Zulassungsgrund der ‚grundsätzlichen Bedeutung‘ gegeben (vgl. z.B. BVerfG, Beschl. vom 2.2.2017– 2 BvR 787/16, zit. nach juris, m.w.N.).

bb) So liegt es hier jedenfalls hins. des anzuwendenden Rechts.

(1) Bei der Frage, welches Sachrecht anzuwenden ist, bzw. zunächst, nach welchem Recht sich das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung beurteilen, erscheint in einem künftigen Revisionsverfahren ernsthaft möglich, dass ein Vorabentscheidungsersuchen erfolgt. Einerseits hat der BGH wie ausgeführt entschieden, dass ein Günstigkeitsvergleich gemäß Art. 6 II 2 Rom-I-VO bereits bei der Prüfung der Rechtswahlklausel durchzuführen ist, und dies ohne die Frage dem EuGH vorzulegen. Andererseits ist diese Entscheidung hins. jener Thematik nicht nur in der Literatur überwiegend kritisiert worden, sondern erfolgten insbes. die damaligen Ausführungen des BGH hierzu eher ‚nebenbei‘ und ohne umfassende Aufarbeitung der Problematik gerade dieser Frage. Es liegt daher nicht von vorneherein fern, dass der BGH zu dem Ergebnis kommen wird, diese Frage dem EuGH vorzulegen.

(2) Die Rechtsfrage ist auch entscheidungserheblich. Wenn sich nach s[schweizerischem] Recht ergäbe, dass die AGB wirksam einbezogen wurden und die Rechtswahl gültig ist, wäre auf die materiellen Rechtsfragen s[schweizerisches] Sachrecht

anzuwenden, was zu einem anderen Ergebnis führen könnte. Zwar ließe sich die Entscheidungserheblichkeit verneinen, wenn entweder festgestellt würde, dass auch nach s[chweizerischem] Recht die Rechtswahl ungültig wäre oder die Ansprüche des Kl. vollumfänglich bestünden. Es erscheint indes im derzeitigen Verfahrensstadium nicht sachgerecht, ein kostenträchtiges und zeitaufwendiges Rechtsgutachten zum s[chweizerischen] Recht nur deshalb einzuholen, weil dann möglicherweise die Entscheidungserheblichkeit zu verneinen wäre und die Revision nicht zuzulassen wäre.“

**269.** *Ein Vertrag zwischen einem gewerblich tätigen Galeristen und einem als Verbraucher im Sinne des Art. 17 EuGVO anzusehenden privaten Sammler afrikanischer Stammeskunst über eine afrikanische Skulptur, die der Galerist im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts „abgekauft“ hat, unterfällt grundsätzlich der Regelung des Art. 17 I lit. a EuGVO.*

*Zur Begründung der internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 17 I EuGVO muss neben der Verbrauchereigenschaft eines Vertragspartners kumulativ der Vertrag einer der Kategorien des Art. 17 I litt. a–c EuGVO angehören.*

*Allein die Angabe einer internationalen Vorwahl oder die Verwendung einer neutralen Top-Level-Domain wie „.com“ oder „.eu“ dürften heutzutage für das Vorliegen der Voraussetzung des Art. 17 I lit. c EuGVO noch keine aussagekräftigen Indizien für die internationale Ausrichtung einer Geschäftstätigkeit sein.*

*Gegen das Ausrichten einer Tätigkeit in Deutschland spricht, wenn sich sowohl dem Internetauftritt nichts entnehmen lässt, das den Willen offenbart, mit Kunden aus Deutschland ins Geschäft zu kommen, als auch der Umstand, wenn der Verbraucher den Galeristen nur über einen belgischen Galeristen empfohlen bekommen hat. [LS der Redaktion]*

OLG Düsseldorf, Urt. vom 1.3.2018 – I-16 U 83/17; Bericht in IPRax 2019, 559.

[Der BGH hat unterdessen die Nichtzulassungsbeschwerde – I ZR 52/18 – zurückgewiesen.]

Der Kl. verlangt von dem Bekl. nach Widerruf eines mit diesem angeblich abgeschlossenen Kommissionsgeschäfts Herausgabe einer Skulptur afrikanischer Stammeskunst Zug um Zug gegen Rückzahlung des von dem Bekl. entrichteten „Kaufpreises“. Der Kl. ist Inhaber einer privaten Sammlung afrikanischer Kunst, zu der auch die streitgegenständliche afrikanische ...1 Skulptur mit ... gehört. Er beabsichtigte im Frühjahr 2010, die Skulptur bestmöglich zu verkaufen. Aus diesem Grunde wandte er sich an den belgischen Kunsthändler A. Der Kl. hatte eine belgische Galerie gesucht, welche Skulpturen wie die streitgegenständliche ...1 Skulptur gut verkaufen können, weil ...1 Skulpturen aus ehemals belgischen Kolonien stammen. Der belgische Kunsthändler A empfahl dem Kl., dass er die Skulptur über den Bekl. anbieten möge, weil dieser den größten Kundenstamm in Belgien habe. Der Bekl. gilt als Experte auf dem Gebiet der Stammeskunst Afrikas. Der in Stadt 1 ansässige Kl. suchte den Bekl. in seiner Galerie in B/Belgien auf, übergab ihm die Skulptur und vereinbarte mit ihm, dass er die Skulptur bestmöglich verkaufen sollte, wobei die Parteien sich auf ein Kaufpreislimit von 160.000,00 € und eine Vermittlungsprovision des Bekl. verständigten. Der Bekl. sollte die Skulptur absprachegemäß im Frühjahr 2010 auf der renommierten Kunstmesse TEFAF in Maastricht ausstellen, was er auch tat. Zum Ende der Messe teilte der Bekl. dem Kl. mit, dass er – angeblich – nur einen Käufer gefunden habe und dieser lediglich bereit sei, ihm insgesamt 130.000,00 € zu zahlen. Der Bekl. riet dem Kl., diesen Kaufpreis zu akzeptieren. Der Kl. willigte daraufhin in den Verkauf zum Preis von 130.000,00 € ein. In Vollzug der Vereinbarung zahlte der Bekl. dem Kl. im März 2010 unter Abzug der zwischen den Parteien vereinbarten Provision an den Kl. 110.000,00 €. Im Frühjahr 2015 entdeckte der Kl., dass der Bekl. die Skulptur als aus seiner Privatsammlung stammend auf einer Ausstellung in Maastricht anbot. Auf eine vom Kl. initiierte Anfrage der Kunstberaterin Frau B teilte der Bekl. für die Skulptur