
Datum: 05.09.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 34/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:0905.24U34.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 104/18

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 17. Januar 2019 verkündete Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 22 O 104/18 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das vorliegende und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung seitens der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am 4. April 2015 verstorbenen Herrn Prof. Dr. A nimmt die Beklagte wegen angeblich fehlerhafter Anlageberatung auf Schadensersatz in Anspruch. Wegen des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

1

2

3

4

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bestehe nicht. Eine solche ergebe sich nicht aus Art. 15 Abs. 1 lit. c), Art. 16 Abs. 1 Var. 2 LugÜ. Zwar sei der Erblasser Verbraucher gewesen, es sei jedoch nicht auf diesen, sondern auf den Kläger abzustellen. Bei dem klagenden Testamentsvollstrecker handele es sich nicht um einen Verbraucher. Die Geltendmachung der Ansprüche stehe im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Klägers, da der Kläger die Forderung auf der Grundlage seines Verwaltungsrechts als Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 BGB verfolge. Der Verbrauchergerichtsstand könne einem Kläger, der selbst nicht an dem betreffenden Verbrauchervertrag beteiligt sei, nicht zugutekommen. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergebe sich auch nicht aus dem Erfüllungsort gemäß Art. 5 Nr. 1 LugÜ. Für die Erbringung von Dienstleistungen sei gemäß Art. 5 Nr. 1 lit. c) LugÜ als Erfüllungsort der Ort in einem Mitgliedstaat definiert, an dem die Dienstleistung nach dem Vertrag erbracht worden sei oder hätte erbracht werden müssen. Bei einem Kapitalanlageberatungsvertrag handele es sich um einen Dienstvertrag gemäß Art. 5 Nr. 1 LugÜ. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung des Erfüllungsortes sei nicht maßgeblich. Die in den vorgelegten Unterlagen über die Führung von Konten und Depots enthaltene Erfüllungsortvereinbarung erstrecke sich bereits inhaltlich nicht auf Verpflichtungen aus einem - später (möglicherweise) konkludent abgeschlossenen - Anlageberatungsvertrag. Zudem hätte sie - als nur prozessual gedachte Erfüllungsortvereinbarung ohne tatsächlichen Bezug zur Vertragswirklichkeit (sämtlicher Anlageberatungsverträge) - nur unter den Voraussetzungen Wirksamkeit, die nach Art. 23 LugÜ auch für die Gerichtsstandvereinbarung gelten würden. Nach Art. 23 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 LugÜ sei die Klausel unwirksam, da der Erblasser Verbraucher gewesen sei. Der Kläger habe jedoch den Abschluss eines Anlageberatungsvertrags nicht schlüssig dargelegt. Selbst wenn aber ein Vertragsverhältnis schlüssig dargelegt worden wäre, ergäbe sich daraus keine Zuständigkeit des Erfüllungsortes in Deutschland. Auf den Anlageberatungsvertrag sei deutsches Recht anwendbar. Für vertragliche Schadensersatzansprüche mit Auslandsbezug, mithin auch für den geltend gemachten Anspruch aus Kapitalanlageberatungsvertrag, gelte die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I VO). Nach Art. 6 Rom I VO finde deutsches Recht auf den Verbrauchervertrag Anwendung. Eine nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 Rom I VO wirksame Rechtswahl hätten die Parteien nicht getroffen. Die Rechtswahlklausel sei unwirksam. Erfüllungsort nach deutschem Recht sei gemäß § 269 Abs. 1, 2 BGB grundsätzlich der Sitz der Beklagten in B. Auch aus den sonstigen Umständen ergebe sich kein Erfüllungsort in Deutschland. Der Kläger behaupte zwar, es seien Beratungen in C erbracht worden. Er habe jedoch nicht bestritten, dass ein Gespräch über die M Irland Fonds auch am 28.10.2010 in B stattgefunden habe. Sei die Dienstleistung - wie hier - somit (zumindest nach dem Vortrag des Klägers) in verschiedenen Mitgliedstaaten erbracht worden, sei maßgebend, wo der nach wirtschaftlichen Kriterien zu ermittelnde örtliche Schwerpunkt der Dienstleistung liege. Dies sei hier B. Zum Zeitpunkt des behaupteten Abschlusses des Kapitalanlagevertrags habe bereits eine andauernde langjährige Geschäftsbeziehung zu der Beklagten in der Schweiz bestanden. In Ziffer 18 der zwischen den Parteien vereinbarten AGB werde zudem auch als Erfüllungsort B genannt. Ferner sei zu berücksichtigen, dass auch das Depot, in dem sich die streitgegenständlichen Beteiligungen befänden, bei der Niederlassung der Beklagten in B geführt würden. Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte aufgrund eines deliktischen Gerichtsstands gemäß Art. 5 Nr. 3 LugÜ bestehe ebenfalls nicht. Denn Art. 5 Nr. 1 LugÜ begründe einen vertraglichen Gerichtsstand am Erfüllungsort und schließe zugleich einen deliktischen Gerichtsstand am Ort des schädigenden Ereignisses gem. Art. 5 Nr. 3 LugÜ aus. Im Übrigen bestünde aber auch kein deliktischer Gerichtsstand in Deutschland, da sich dort weder Handlungs- noch Erfüllungsort befänden.

Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte sei auch nicht gegeben, soweit der Kläger Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zwischen der Beklagten und der D S.A herleite. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei im Sinne des LugÜ als deliktische Anspruchsgrundlage zu qualifizieren, da eine „freiwillig eingegangene Verpflichtung“ gemäß Art. 5 LugÜ nicht vorliege. Ein deliktischer Gerichtsstand gemäß Art. 5 Nr. 3 LugÜ sei jedoch in Deutschland nicht begründet. Sowohl Erfolgs- als auch Handlungsort lägen in der Schweiz.	5
Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der geltend gemacht wird:	6
Das Landgericht habe seine Zuständigkeit nach Art. 15 Abs. 1 c), Art. 16 Abs. 1 Var. 2 LugÜ zu Unrecht verneint. Es habe, indem es seine – des Klägers - Verbrauchereigenschaft verneint habe, die vom EuGH in den Urteilen vom 06.12.2007 – C-401/06 – und vom 17.09.2009 – C-347/08 - formulierten Rechtsgrundsätze übergangen. Ferner habe es in unzutreffender Weise einen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in der Bundesrepublik Deutschland verneint. Die Annahme des Landgerichts, ein deliktischer Gerichtsstand scheide aus, weil der Anspruch an einen Vertrag anknüpfe, beruhe auf einem Denkfehler. Denn das Landgericht habe einen Vertrag zwischen dem Erblasser beziehungsweise seiner Mutter und der Beklagten verneint, sodass ein solcher nicht Anknüpfungspunkt eines Schadensersatzanspruchs sein könne. Er, der Kläger, habe schlüssig vorgetragen, dass C Handlungsort einer der Beklagten zuzurechnenden unerlaubten Handlung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 LugÜ gewesen sei.	7
Der Kläger beantragt,	8
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn als Testamentsvollstrecker 429.842,68 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.12.2010 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe von 51,904 Anteilen an dem Wertpapier Q Fund –Capitalisation – in Liquidation -, ISIN E;	9
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn als Testamentsvollstrecker 210.112,04 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.08.2012 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe von 4.053,834 Anteilen an dem Wertpapier Q Fund –Capitalisation – in Liquidation -, ISIN F;	10
3. festzustellen, dass die Beklagte mit der Rücknahme der Wertpapiere	11
? 51,904 Anteilen Q Fund –Capitalisation – in Liquidation -, ISIN E;	12
? 4.053,834 Anteilen Q Fund –Capitalisation – in Liquidation -, ISIN F;	13
in Annahmeverzug ist.	14
Die Beklagte beantragt,	15
die Berufung zurückzuweisen.	16
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens	17
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	18
	19

II.

Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht als unzulässig abgewiesen. 20

1. 21

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass das LugÜ anwendbar ist. 22

Es ist nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 LugÜ in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt. Zwar wird seine Anwendbarkeit in Art. 1 Abs. 2 lit .a) auf dem Gebiet des Erbrechts einschließlich des Testamentsrechts ausgeschlossen. Unter diesen Ausnahmetatbestand fallen alle Ansprüche des Erben auf und an den Nachlass (OLG München ZEV 2012, 215; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Art. 1 EuGVVO Rn. 116). Die in Art. 1 LugÜ genannten, ausdrücklich ausgeschlossenen Rechtsgebiete sind grundsätzlich autonom zu bestimmen. Dabei ist bei der Ermittlung der gerichtlichen Zuständigkeit auf den tragenden Anspruch abzustellen (OLG München, ZEV 2012, 215, 216). Erfasst sind alle auf das Erbrecht gestützten Ansprüche; nicht erfasst sind Streitigkeiten, die auf nicht erbrechtlich bedingten Ansprüchen gegen den Erblasser beruhen oder ihm zustanden und lediglich nach seinem Tod gegen oder von den Erben geltend gemacht werden (Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl., Art. 1 EuGVVO Rn. 13). Bei Zugrundelegung dessen handelt es sich nicht um eine erbrechtliche Streitigkeit, denn der Kläger macht – wenn auch in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker – einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der Vermittlung von Anlageprodukten (GA 9) bzw. deliktische Ansprüche (GA 15) gegen die Beklagte geltend. 23

2. 24

Das Landgericht hat den Erblasser weiter zu Recht als Verbraucher i.S.v. Art. 15 LugÜ qualifiziert. 25

Nach Art. 15 Abs. 1 LugÜ sind Verbraucher natürliche Personen, die zu einem privaten Zweck einen Vertrag schließen, der nicht einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. 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. Es fallen nur Verträge unter diese Sonderregelung, die eine Einzelperson ohne Bezug zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit oder Zielsetzung und unabhängig von einer solchen schließt. Die Beweislast für die Verbrauchereigenschaft trägt derjenige, der sich darauf beruft (BGH NJOZ 2017, 1335, 1336 Rn. 15). 26

Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser – bzw. seine Mutter – die - angeblichen - Kapitalanlageberatungsverträge zu einem anderen Zweck als dem der Anlage ihres privaten Vermögens geschlossen haben könnten, sind, wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht ersichtlich. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Ausführungen des angefochtenen Urteils verwiesen. 27

3. 28

29

Ebenfalls mit Recht hat das Landgericht aber auch die Verbrauchereigenschaft des Klägers verneint.

a. 30

Der klagende Testamentsvollstrecker ist vorliegend kein Verbraucher ist. Zwar kann es sich auch bei einem Testamentsvollstrecker um einen Verbraucher handeln (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2010, I-24 U 72/09, juris, für einen selbst der Erbengemeinschaft angehörenden Testamentsvollstrecker). So liegt es hier aber gerade nicht. Das Landgericht hat seinen Feststellungen zugrunde gelegt, dass dem Kläger das Amt in Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt übertragen worden ist (UA 10). Dem tritt der Kläger nicht entgegen, er macht insbesondere nicht geltend, dass ihm das Amt als Privatmann, etwa als Freund des Erblassers, übertragen worden sei. Der – in der Sache zutreffende - Einwand des Klägers, dass ein Testamentsvollstrecker keine Anwaltsleistungen erbringt, ist in diesem Zusammenhang unbehelflich, weshalb auch das Urteil des EuGH vom 06.12.2007, C-401/06, IStR 2008, 27 ff., für den Streitfall keine Relevanz hat. 31

b. 32

Auch der weitere Einwand des Klägers, der Testamentsvollstrecker sei der verlängerte Arm des Erblassers, der selbst nicht mehr handeln könne, vermag der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Verbraucher, da die (dem LugÜ entsprechende) Sonderregelung in den Art. 15 ff. der VO Nr. 44/2001 von dem Bestreben getragen ist, ihn als den wirtschaftlich schwächeren und rechtlich weniger erfahrenen Vertragspartner zu schützen, nur geschützt, soweit er persönlich Kläger, oder Beklagter in einem Verfahren ist. Daher kann der Verbrauchergerichtsstand einem Kläger der selbst nicht an dem betreffenden Verbrauchervertrag beteiligt ist, nicht zugutekommen (vgl. i. d. S. EuGH, ECLI:EU:C:1993:15 = NJW 1993, 1251 Rn. 18, 23 f. – Shearson Lehman Hutton [Rs. C-89/91]). Diese Erwägungen müssen auch für einen Verbraucher gelten, dem Ansprüche anderer Verbraucher abgetreten wurden. Die in Art. 16 I der VO Nr. 44/2001 aufgestellten Regeln für die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen gelten nämlich gemäß dem Wortlaut dieser Bestimmung nur für die Klage eines Verbrauchers gegen den anderen Vertragspartner, was zwangsläufig den Abschluss eines Vertrags zwischen dem Verbraucher und dem beruflich oder gewerblich tätigen Bekl. impliziert“ (EuGH EuZW 2018, 197, 199 Rn. 44 ff.). Dies ist auf den hier gegebenen Fall der Testamentsvollstreckung ohne weiteres übertragbar. Denn auch ein Testamentsvollstrecker, der kein Verbraucher ist, bedarf des Schutzes des Verbrauchergerichtsstandes nicht. Darauf, dass der Testamentsvollstrecker kein Zessionar, sondern Partei kraft Amtes ist, kommt es nicht entscheidend an. Vor diesem Hintergrund ist es ferner unerheblich, dass der EuGH in der Sache „Vorarlberger Gebietskrankenkasse“ angedeutet hatte, dass eine (Legal-)Zession an eine selbst „schwächere“ Partei anders zu beurteilen sein dürfte als eine solche an einen Sozialversicherungsträger (EuGH BeckRS 2009, 71019 Rn. 44), worauf sich der Kläger beruft (GA 353). Selbst wenn man den Fall der Legalzession anders behandeln wollte als den der rechtsgeschäftlichen Abtretung, liegt dem Tätigwerden des Klägers weder eine Legalzession zugrunde - vielmehr wird das Amt des Testamentsvollstreckers privatautonom begründet -, noch handelt es sich bei ihm um eine „schwächere“ Partei. 33

Eine andere Beurteilung wäre auch dann nicht gerechtfertigt, wenn man vorliegend auf die Person des Erben abstellen wollte. Denn bei der Erbin, der G-Stiftung für empirische Forschung, handelt es sich um eine Stiftung, die als juristische Person kein Verbraucher im Sinne von § 15 Abs. 1 LugÜ ist. Darauf, dass sie nicht gewerblich oder beruflich tätig ist, 34

kommt es entgegen der Ansicht des Klägers nicht an.

4. 35

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht weiter angenommen, dass sich eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nicht aus Art. 5 Nr. 1 LugÜ ergibt. 36

a. 37

38
Zwar haben die Parteien entgegen der Auffassung der Beklagten keine wirksame (abweichende) Gerichtsstandvereinbarung getroffen. Allerdings ist in Ziffer 16 der AGB der Beklagten (Anlage B 5) bestimmt, Erfüllungsort, Betreibungsort für Kunden mit ausländischem Wohnsitz und Gerichtsstand für alle Verfahren sei B oder der Ort jener Zweigniederlassung der Bank, mit welchem die Geschäftsbeziehung geführt wird. Entsprechende Regelungen finden sich in Ziff. 18 der AGB 2005 (Anlage B 6) und in Ziff. 26 der AGB 2011. Diese Gerichtsstandvereinbarung entspricht aber schon formell nicht den Anforderungen von Art. 23 LugÜ. Nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 LugÜ muss eine Gerichtsstandvereinbarung schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen werden. Dies erfordert, dass beide Vertragserklärungen schriftlich abgegeben werden (OLG Stuttgart, Urteil vom 27.04.2015, 5 U 120/14, juris Rn. 115). Der Erblasser hat zwar in dem Eröffnungsantrag für Konti und Depots vom 30.07.2002 (Anlage B 5) durch seine Unterschrift „die umseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank H AG als in allen Teilen verbindlich“ anerkannt und den darin vereinbarten Gerichtsstand bestätigt. Es fehlt jedoch an einer formgemäßen Vertragserklärung der Beklagten. Die auf der Rückseite der Anlage B 5 in dem abgesetzten Feld rechts unten angebrachte Unterschrift oder Paraphe (die den Unterschreibenden zudem nicht erkennen lässt) kann nicht zweifelsfrei als Vertragserklärung der Beklagten angesehen werden. Es handelt sich um einen - im Geschäftsbetrieb der Banken üblichen - Eingangs-, bzw. Sichtvermerk, dem keine nach außen gerichtete Erklärungsbedeutung beigemessen werden kann (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 27.04.2015, 5 U 120/14, juris Rn. 122).

39
Im Übrigen steht der Wirksamkeit der Gerichtsstandvereinbarung aber auch – wie bereits das Landgericht ausgeführt hat – Art. 23 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 LugÜ entgegen. Nach Art. 23 Abs. 5 LugÜ haben Gerichtsstandvereinbarungen keine Wirksamkeit, wenn sie den Vorschriften der Artikel 13, 17 und 21 zuwiderlaufen. Nach Art. 17 LugÜ kann von den Vorschriften dieses Abschnitts im Wege der Vereinbarung nur abgewichen werden, wenn die Vereinbarung zwischen einem Verbraucher und seinem Vertragspartner, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in demselben durch dieses Übereinkommen gebundenen Staat haben, getroffen worden ist und die Zuständigkeit der Gerichte dieses Staates begründet, es sei denn, dass eine solche Vereinbarung nach dem Recht dieses Staates nicht zulässig ist. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, da der Erblasser und die Beklagte ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in demselben Staat hatten.

b. 40

41
Der Erfüllungsort gemäß Art. 5 Nr. 1 LugÜ – die Vorschrift entspricht Art. 7 Nr. 1 EuGVVO n.F. – ist autonom zu bestimmen (EuGH, NJW 2010, 1059, 1061, „Car Trimm“) und gilt grundsätzlich für alle Ansprüche aus dem betreffenden Vertrag. Umfasst werden sämtliche Ansprüche, die auf einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung gegenüber einer anderen Person beruhen (EuGH, NJW-RR 2004, 1291, 1292), mithin – wovon auch das Landgericht zutreffend ausgegangen ist - nicht nur Primäransprüche auf Vertragserfüllung, sondern auch

Schadensersatzansprüche wegen der Nichteinhaltung von Vertragspflichten (BGH NJW 2016, 409; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., Art. 7 EuGVVO Rn. 7). Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist auch dann eröffnet, wenn zwischen den Parteien streitig ist, ob ein wirksamer Vertrag geschlossen wurde (EuGH, BeckRS 2004, 71041).

Der Gerichtsstand von Sekundäransprüchen bestimmt sich vor diesem Hintergrund nicht danach, wo diese selbst zu erfüllen wären, sondern danach, wo der Primäranspruch, an den sie anknüpfen, zu erfüllen war oder erfüllt wurde (BGH NJW 2016, 409). Haben die Parteien keine Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen, liegt dieser bei der Erbringung von Dienstleistungen (Art. 5 Nr. lit b 2. Spiegelstrich LugÜ) an dem Ort, wo sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen. Der autonom zu bestimmende Begriff der Dienstleistungen ist weiter als der entsprechende Begriff des deutschen Rechts. Seine Interpretation orientiert sich an Art. 57 Abs. 1 AEUV und Art. 4 Nr. 1 der Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG v 12.12.06, ABI L 376 S 36) und erfasst sämtliche tätigkeitsbezogenen entgeltlichen Leistungen wie insbesondere solche gewerblicher, kaufmännischer, handwerklicher oder freiberuflicher Art (BGH, NJW 2012, 1817 f.; Dörner, EG-Anerkennungs-/Vollstreckungs-ZustVO, Art. 7 EuGVVO Rn. 20). In den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen auch Kreditverträge und Verträge über andere Finanzdienstleistungen (Dörner, a.a.O.), dazu gehören auch Vermittlertätigkeiten für Kapitalanlagen (MüKoZPO/Gottwald, 5. Aufl. 2017, Brüssel Ia-VO Art. 7 Rn. 27). Eine entgeltliche Tätigkeit ist nicht im engen Sinn als Zahlung eines Geldbetrages zu verstehen (Zöller/Geimer, a.a.O., Art. 7 EuGVVO Rn. 22b). Deshalb kann auch eine im Rahmen der Beklagten bereits übertragenen, entgeltlichen Vermögensverwaltung übernommene Anlageberatung als entgeltlich zu qualifizieren sein (anders allerdings OLG Stuttgart, Urteil vom 27.04.2015, 5 U 120/14 Rn. 94; Zöller/Geimer, a.a.O., Art. 7 EuGVVO Rn. 51).

c.

Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass keine wirksame Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen wurde. Die in dem Eröffnungsantrag für Conti und Depots vom 30.07.2002 (Anlage B 5) enthaltene Abrede erstreckt sich nicht auf Verpflichtungen aus einem – möglicherweise – später im Jahr 2010 abgeschlossenen Anlageberatungsvertrag (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 27.04.2015, 5 U 120/14, juris Rn. 98).

d.

Der Senat teilt ferner die Auffassung des Landgerichts, dass der Kläger einen Anlageberatungsvertrag nicht schlüssig dargetan hat.

aa.

In Bezug auf den Erwerb der Anteile an dem M Irland hat der Kläger vorgetragen, der Anteilskauf sei auf Empfehlung des Kundenberaters I erfolgt. Dem Erwerb, den der Erblasser sowohl im eigenen Namen wie auch im Namen seiner Mutter getätigt habe, seien persönliche Besprechungen in C - im Dezember 2010 - vorausgegangen. Versprochen worden sei bei dem Erwerb der Fondsanteile 2010 eine sichere Anlage mit einer Rendite von etwa 10 % p.a.. Dies allein genügt für einen schlüssigen Vortrag einer Anlageberatung im Streitfall nicht. Zwar hat der Kläger damit zum Ausdruck gebracht, Herr I habe den M Irland als sichere und renditeträchtige Anlagemöglichkeit vorgestellt; dass er dem Erblasser – und dessen Mutter – damit zugleich den Erwerb von Anteilen an diesem Fonds angeraten hat mit dem Ziel, dass der Erblasser das vorgestellte Geschäft abschließt, ergibt sich daraus jedoch nicht. Denn es muss vorliegend weiter berücksichtigt werden, dass der Erblasser und seine Mutter, J, im

November 2007 mit der D S.A. fondsgebundene Lebensversicherungsverträge abgeschlossen hatten, demgemäß sie nach den tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts Beitragszahlungen von 1 Million (Erblasser) bzw. 2 Millionen (Mutter) € zu leisten hatten. Die Versicherungsbeiträge wurden als Investmentvermögen in einem individuellen Versicherungsfonds angelegt, der von der Beklagten gemäß den Verwaltungsaufträgen zwischen dieser und der D K S.A. verwaltet wurde (Verwaltungsaufträge B 20 und B 21). Danach sollte die Beklagte die Verwaltung der anvertrauten Werte ohne vorhergehendes Einholen besonderer Anweisungen nach freiem Ermessen in Bezug auf Anlageobjekt und Anlagezeitpunkt ausüben. Soweit es im Investmentauftrag weiter heißt, die Bank handele im Rahmen der Ergänzungsvereinbarung und unter Berücksichtigung von allfälligen speziellen Weisungen des Auftraggebers, ist zu beachten, dass Auftraggeber die D K S.A. – nicht aber der Erblasser oder seine Mutter - war. Die D K S.A. erteilte dem Erblasser und seiner Mutter Informationsvollmachten (Anlagen B 24 und B 26), welche den Bevollmächtigten ausschließlich dazu ermächtigten, von der Beklagten Informationen zu der Vermögensverwaltung einzuholen, nicht hingegen, der Bank Instruktionen betreffend die Vermögensverwaltung zu erteilen.

Angesichts dessen hätte es näherer Darlegungen dazu bedurft, warum die vom Kläger in Bezug genommenen – angeblichen – Gespräche in C als Anlageberatung, das heißt als Abgabe von persönlichen Empfehlungen an den Kunden oder dessen Vertreter, die sich auf Geschäfte in bestimmten Finanzinstrumenten beziehen (Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 111 Rn. 1), zu verstehen sind und nicht lediglich eine Information im Rahmen der urkundlich belegten Vermögensverwaltung im Auftrag der D K S.A. darstellten. Der Kläger hat zwar schriftsätzlich ausgeführt, der Erblasser habe auf Initiative des für die Beklagte handelnden Herrn I im Dezember 2010 für sich selbst sowie für seine Mutter Anteile an dem L ISIN E erworben (Klageschrift S. 3, GA 11) bzw. der Erblasser habe nach erfolgter Beratung Kaufaufträge für sich und seine Mutter an die Beklagte erteilt (Schriftsatz vom 18.06.2019 S. 1, GA 395). Nach den – mit der Urkundslage in Einklang stehenden - tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts erwarb jedoch die Beklagte für die D S.A. insgesamt 100 Anteile am M Irland (UA 4). An diese Feststellungen ist der Senat gemäß § 314 ZPO gebunden. Einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat der Kläger nicht gestellt. Allein aus der unstreitigen Tatsache, dass Anteile am M Irland – und später am M Malta – namens der D S.A. erworben wurden, folgt danach nicht, dass dies auf einer Anlageentscheidung des Erblassers beruhte. Die weitere Behauptung des Klägers, das in den Versicherungsmänteln gebuchte Vermögen sei allein auf Weisung des Erblassers angelegt worden (GA 130) bzw. es sei der Erblasser und nicht die Beklagte oder die D-Versicherung gewesen, der über die Anlagen der D-Versicherungsmäntel verfügt habe (GA 395), steht in Widerspruch zu den von dem Kläger selbst vorgelegten Urkunden. So ergibt sich aus der von dem Kläger in diesem Zusammenhang vorgelegten Anlage K 5, an deren Ende es heißt: „Mit diesen Aussagen wird der Investition in diesen Fond zugestimmt. C den 10.1.2011 A“, dass die „Zustimmung“ des Erblassers erst nach der streitgegenständlichen Investition in den M Irland erteilt worden ist. Denn die Anteile am M Irland wurden ausweislich der Anlagen B 34 und B 35 bereits am 22.12.2010 gekauft. Soweit der Kläger im Rahmen der Replik (GA 125) weiter ausgeführt hat, zwischen dem Erblasser und seiner Mutter einerseits sowie der Beklagten andererseits hätten konkludent geschlossene Anlageberatungsverträge bestanden, handelt es sich dabei um eine rechtliche Wertung, die durch Tatsachen nicht untermauert wird.

49

Der Einwand des Klägers, die Beklagte habe nicht behauptet, dass sie ohne Zustimmung der Begünstigten und nur auf Grundlage von Vermögensverwaltungsverträgen M Aktien für die Depots ihrer Vermögensverwaltungskunden erworben habe, rechtfertigt keine andere

50

Beurteilung. Derartigen Vortrag musste die Beklagte nicht halten. Denn die Vermögensverwaltung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie im Interesse des Vermögensinhabers aufgrund selbständiger Anlageentscheidungen durch den Vermögensverwalter erfolgt, der im Einzelfall keine Weisungen des Kunden einholen muss (Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, Rn. 1). Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Verwaltungsverträgen zwischen der Beklagten und der D K S.A., ausweislich derer die Beklagte die Verwaltung der anvertrauten Werte ohne vorhergehendes Einholen besonderer Anweisungen nach freiem Ermessen in Bezug auf Anlageobjekt und Anlagezeitpunkt ausüben sollte. Hierauf hat die Beklagte sich zudem bereits erstinstanzlich in der Klageerwiderung (dort S 14, GA 54) ausdrücklich berufen. Angesichts dessen bedurfte es auch keines Vortrags der Beklagten dazu, dass sie einen Ansprechpartner bei der D K S.A. über den beabsichtigten Erwerb der Beteiligung an dem M Irland beraten habe.

Soweit der Kläger sich im (nicht nachgelassenen) Schriftsatz vom 31.07.2019 auf einen Schriftwechsel zwischen den Herren N und O von der Beklagten aus dem Jahr 2011 bezieht, wonach P Produkte nur den R Kunden, nicht aber Kunden mit Vermögensverwaltungsvertrag angeboten werden sollten, erlaubt auch dieser Schriftverkehr – seine Richtigkeit unterstellt - nicht die Annahme, mit dem Erblasser – und seiner Mutter - sei in Bezug auf den Erwerb der Anteile an dem M Irland ein Anlageberatungsvertrag geschlossen worden. Vielmehr ist er für den Erwerb der Anteile an dem M Irland ohne Relevanz. Wie sich aus der vom Kläger wiedergegebenen E-Mail des Herrn O vom 29.03.2011 ergibt, hat die Bank „gestern den Entscheid getroffen, das P Produkt nicht in unseren Mandaten einzusetzen.“ Zum Zeitpunkt dieses Entscheids gehörten die Anteile an dem M Irland, die am 22.12.2010 gekauft worden waren, bereits zum Versicherungsfonds des Erblassers und seiner Mutter bei der D K S.A.

bb. 52

In Bezug auf den Erwerb von Anteilen an dem M Malta erschöpft sich der Vortrag des Klägers in der Ausführung, ein weiterer Erwerb von Fondsanteilen habe im Jahr 2012 stattgefunden. Eine wie auch immer geartete Empfehlung, wie sie eine Anlageberatung voraussetzen würde, wird damit nicht dargetan. Nur zur Klarstellung weist der Senat deshalb darauf hin, dass sich auch insoweit aus dem vorstehend erwähnten Schriftwechsel zwischen den Herren N und O von der Beklagten aus dem Jahr 2011 nicht ableiten lässt, dem Erwerb der Anteile habe ein Anlageberatungsvertrag zugrunde gelegen. Denn unstreitig erfolgte der Anteilserwerb im Rahmen des zwischen der Beklagten und der D K S.A. abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrages. Angesichts dessen lässt sich nicht ausschließen, dass das Produkt weisungswidrig für den Versicherungsfonds bei der D K S.A. angeschafft worden ist.

5. 54

Auch ein deliktischer Gerichtsstand in C gemäß Art. 5 Nr. 3 LugÜ ist nicht begründet. 55

Nach dieser Vorschrift kann eine Person, die, wie die Beklagte, ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat, in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. Ist der Ort, an dem das für die Begründung einer Schadensersatzpflicht in Betracht kommende Ereignis stattgefunden hat, nicht mit dem Ort identisch, an dem durch dieses Ereignis ein Schaden entstanden ist, kann der Beklagte nach Wahl des Klägers sowohl an dem Ort, an dem der Schaden eingetreten ist (Erfolgsort), als auch an dem Ort des ursächlichen Geschehens (Handlungsort) verklagt werden (BGH BKR 2012, 78, 79). Die 56

Zuständigkeit hängt nicht davon ab, dass tatsächlich eine unerlaubte Handlung begangen wurde; die schlüssige Behauptung der erforderlichen Tatsachen durch den Kläger reicht aus. Die Feststellung dieser Tatsachen ist erst zur Begründetheit der Klage erforderlich (BGH BKR 2012, 78, 79).

a. 57

Handlungsort ist nicht C. Zugunsten des Klägers ist zwar im Rahmen der Zulässigkeit davon auszugehen, dass Gespräche mit dem Mitarbeiter I der Beklagten in C im Dezember 2010 stattgefunden haben, in deren Rahmen die Anlage als sicher bezeichnet worden ist. 58

aa. 59

Auch bei Zugrundelegung dessen sind aber die Tatbestandsvoraussetzungen eines Kapitalanlagebetrugs i.S.v. § 264a StGB nicht schlüssig vorgetragen. 60

Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder von Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen, oder dem Angebot, die Einlage auf solche Anteile zu erhöhen, in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt. 61

Bezugsobjekt der Tat können zwar auch Anteile an geschlossenen Fonds sein (MüKoStGB/Ceffinato, 3. Aufl. 2019, § 264a Rn. 29). Aber bereits zum Adressatenkreis hat der Kläger nicht hinreichend vorgetragen. Denn der Täter muss mit seinem Verhalten darauf abzielen, auf einen größeren Kreis von Personen einzuwirken (MüKoStGB/Ceffinato, 3. Aufl. 2019, § 264a Rn. 69), was vorliegend nicht ersichtlich ist. Hinzu kommt, dass die unrichtige vorteilhafte Angabe und auch die verschwiegene nachteilige Tatsache sich auf Umstände beziehen müssen, die für die Anlageentscheidung erheblich sind (MüKoStGB/Ceffinato, 3. Aufl. 2019, § 264a Rn. 51). Ist aber nach Vorstehendem eine Anlageberatung und damit zugleich eine eigene Anlageentscheidung des Erblassers nicht schlüssig dargetan, so können etwaig unrichtige oder verschwiegene Angaben hierfür auch nicht erheblich geworden sein. 62

bb. 63

Ferner ist die Begehung eines Betruges nach § 263 StGB in C zu Lasten des Erblassers und seiner Mutter nicht schlüssig dargetan. Der Betrugstatbestand setzt eine Täuschung voraus, die einen Irrtum hervorrufen und den Irrenden veranlassen muss, eine Vermögensverfügung vorzunehmen (MüKoStGB/Hefendehl, 3. Aufl. 2019, StGB § 263 Rn. 9). Der Erblasser mag sich auf der Grundlage des Sachvortrags des Klägers über die Seriosität des Geschäfts und das diesem innewohnende Risiko geirrt haben, er hat nach Vorstehendem aufgrund dessen aber keine Vermögensverfügung getroffen. Der Irrende verfügt, wenn er sich eines Teils seines Vermögens begibt, er also auf dieses im Anschluss faktisch oder rechtlich verschlechterte Zugriffsmöglichkeiten hat (MüKoStGB/Hefendehl, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 301). Der Erblasser und seine Mutter hatten aber bereits vor den streitgegenständlichen Geschäften Beitragszahlungen an die D K S.A. geleistet, die als Investmentvermögen in einem individuellen Versicherungsfonds verwaltet wurden. Da eine Anlageberatung – wie vorstehend ausgeführt – nicht schlüssig dargetan ist, hat der Kläger ebenfalls nicht schlüssig vorgetragen, dass der Erblasser im Zuge der angeblichen Gespräche in C Gelder zur 64

Investition in den M Irland „freigegeben“ und in diesem Sinne hierüber verfügt hat.

Geschädigter des – angeblichen - Cum-Ex-Geschäfts sollte deshalb - jedenfalls nach der Sachdarstellung des Klägers - das Finanzamt sein, das doppelt Kapitalertragsteuer erstatten sollte. Ersatzberechtigt nach § 823 Abs. 2 BGB ist aber nur der unmittelbar Geschädigte, der durch die schädigende Handlung in eigenen Rechten oder Rechtsgütern verletzt worden ist (BeckOK BGB/Förster, 50. Ed. 1.5.2019, § 823 Rn. 4).

cc. 66

Auch der Handlungsort einer Untreue befände sich nicht in C. Bei treuwidriger Verwendung von Geldbeträgen ist Deliktort in dem Staat, in dem das Anlagekonto geführt wird (vgl. Zöller/Geimer, a.a.O., Art. 7 EuGVVO Rn. 70), also in der Schweiz.

dd. 68

Auf der Grundlage des klägerischen Sachvortrags ergibt sich schließlich nicht, dass in Bezug auf einen Anspruch aus § 826 BGB C der Ort des ursächlichen Geschehens war.

Der Tatbestand des § 826 BGB setzt voraus, dass ein sittenwidriges Verhalten des Täters zum Eintritt eines Schadens führt und der Schädiger mit Vorsatz handelte (MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 8). Anknüpfungspunkt hierfür kann nur die Investition in die M sein. Unabhängig davon, ob diese Investition sittenwidrig war, hat in C nach Vorstehendem allenfalls eine Information über die beabsichtigte Vermögensverwaltung stattgefunden. Der Ankauf der Anteile ist in der Schweiz veranlasst worden, weil die Beklagte als depotführende Bank dort ihren Geschäftssitz hat.

b. 71

Der Erfolgsort liegt ebenfalls in der Schweiz. Der Schaden besteht in der Verminderung des Investmentvermögens infolge der Anlage in die beiden M. Der Versicherungsbeitrag ist aber vereinbarungsgemäß auf das Konto bei der Beklagten in B eingezahlt worden (Anlagen B 9 und B 11). Der Wohnsitz des Erblassers bzw. seiner Mutter in C ist als „Ort des Mittelpunkts des Vermögens“ nicht relevant, wenn – wie auch vorliegend – das betroffene Vermögen in einem anderen Staat belegen ist und dort infolge der unerlaubten Handlung verloren geht (vgl. Zöller/Geimer, a.a.O., Art. 7 EuGVVO Rn. 80).

6. 73

Das Landgericht hat schließlich zu Recht angenommen, dass auch für etwaige Ansprüche aus einem möglichen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kein Gerichtsstand im Inland begründet wäre. Deliktische Ansprüche sind solche, „mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einen Vertrag i. S. v. Art. 5 Nr. 1 anknüpfen“, wobei die „Anknüpfung“ voraussetzt, dass der Geschädigte Vertragspartner ist (Schlosser/Hess/Schlosser, 4. Aufl. 2015, Brüssel Ia-VO Art. 7 Rn. 13). In diesem Sinne sind Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter deliktisch zu qualifizieren (MüKoZPO/Gottwald, 5. Aufl. 2017, Brüssel Ia-VO Art. 25 Rn. 55).

7. 75

Die nicht nachgelassenen Schriftsätze des Klägers vom 31.07.2019 und 07.08.2019 geben nach Vorstehendem keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

77

8.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

9.

79

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 80

Streitwert für das Berufungsverfahren: 639.954,72 € 81