



Du	EINGANG				WV mA
Kop	Tilp RECHTSANWÄLTE				zd A
mZ a.P.	09. Juli 2004				Erl:
mFax a.P.	zk	Erl	Stn	Tel RRuf	Term
mZ a.KoA					

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

4 U 156/03
327 O 246/02

Verkündet am:
23. Juni 2004
Jagla
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Kläger,
Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte: Tilp pp., Einhornstr. 21,72138
Kirchentellinsfurt

gegen

Bank von Ernst & Cie AG, vertreten durch ihren Verwaltungsrat,
dieser vertreten von seinem Präsidenten Dr. Hans Niederer,
sowie vertreten durch ihre Geschäftsleitung, diese vertreten
durch ihren Vorsitzenden Heinrich Speich, Stauffacherplatz 6,
CH-8026 Zürich

~~Beklagte,~~
~~Berufungsbeklagte~~

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte White pp., Jungfernstieg
51, 20354 Hamburg - GK 310 -

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 4. Zivilsenat, durch die Richter

Ruhe

Dr. Bischoff

Albrecht-Schäfer

nach der am 9. Juni 2004 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 27, vom 18.07.2004 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Hamburg zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1.

Der Kläger macht gegen die Beklagte Ansprüche wegen bei Börsentermingeschäften erlittener Verluste geltend. Auf die tatsächlichen Feststellungen im landgerichtlichen Urteil vom 18.07.2003 wird Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage wegen fehlender internationaler Zuständigkeit der deutschen Gerichte abgewiesen. Eine Zuständigkeit nach Art. 13 Abs. 1 LugÜ scheitert jedenfalls daran, dass der Kläger die zum Vertragsschluss erforderlichen Rechtshandlungen in der Schweiz und nicht in Deutschland vorgenommen habe. Auch sei dem Vertragsschluss der Parteien keine Werbung der Beklagten in Deutschland vorausgegangen. Hierzu hätte die Beklagte den Verwalter gezielt als Vermittler einsetzen müssen.

Gegen dieses ihm am 25.07.2003 zugestellte Urteil hat der Kläger am 7.08.2003 Berufung eingelegt, die er mit bei Gericht am 24.11.2003 eingegangenen Schriftsatz nach erfolgter Fristverlängerung bis zum 24.11.2003 begründet hat.

Der Kläger meint, dass auf die einzelnen von Hamburg aus getätigten Termingeschäfte abzustellen sei. Zudem regelt erst der in Hamburg unterzeichneten DTB - Vertrag (Anl. K 3) die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien für diese Art von Geschäften. Vorher hätte es hierzu noch keine Vereinbarungen zwischen ihnen gegeben.

Dem Vertragsschluss sei auch eine Werbung in Deutschland vorausgegangen, weil die Beklagte dem Vermögensverwalter [REDACTED] den dem Kläger anlässlich des 1. Gespräches in Hamburg übergebenen Prospekt zu dem Zwecke überlassen habe, damit dieser in Deutschland Kunden für sie akquiriere.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 18.07.2003 abzuändern und

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger

1. USD 618.536,32 nebst Zinsen wie folgt:

von	bis	aus USD	%
24.07.1991	22.08.1991	7.400,00	8,7
23.08.1991	25.09.1991	14.800,00	8,7
26.09.1991	22.10.1991	22.200,00	8,7
23.10.1991	31.12.1991	29.600,00	8,7
01.01.1992	23.01.1992	29.600,00	8,1
24.01.1992	24.02.1992	37.000,00	8,1
25.02.1992	29.03.1992	44.400,00	8,1
30.03.1992	03.12.1992	51.800,00	8,1
04.12.1992	31.12.1992	171.800,00	8,1
01.01.1993	27.01.1993	171.800,00	6,4
28.01.1993	09.03.1993	274.800,00	6,4
10.03.1993	04.05.1993	374.800,00	6,4
05.05.1993	31.12.1993	718.559,99	6,4
01.01.1994	04.10.1994	718.559,99	6,7
05.10.1994	31.12.1994	618.536,32	6,7
01.01.1995	31.12.1995	618.536,32	6,5
01.01.1996	31.12.1996	618.536,32	5,6
01.01.1997	31.12.1997	618.536,32	5,1
01.01.1998	31.12.1998	618.536,32	4,5
01.01.1999	31.12.1999	618.536,32	4,3
01.01.2000	31.12.2000	618.536,32	5,4
01.01.2001	31.12.2001	618.536,32	4,8
01.01.2002	07.11.2002	618.536,32	4,7

Zug um Zug gegen Bezahlung von EUR 141.286,18 nebst Zinsen wie folgt:

von	bis	aus EUR	
23.11.1992	31.12.1992	12.910,12	8,1
01.01.1993	18.01.1993	12.910,12	6,4
19.01.1993	21.03.1993	28.402,26	6,4
22.03.1993	10.05.1993	48.894,84	6,4
11.05.1993	21.07.1993	59.222,94	6,4
22.07.1993	20.09.1993	79.715,52	6,4
21.09.1993	05.12.1993	95.207,66	6,4
06.12.1993	31.12.1993	115.721,59	6,4

von	bis	aus EUR	
01.01.1994	18.04.1994	115.721,59	6,7
19.04.1994	16.05.1994	123.390,96	6,7
17.05.1994	04.10.1994	131.060,34	6,7
05.10.1994	31.12.1994	141.286,18	6,7
01.01.1995	31.12.1995	141.286,18	6,5
01.01.1996	31.12.1996	141.286,18	5,6
01.01.1997	31.12.1997	141.286,18	5,1
01.01.1998	31.12.1998	141.286,18	4,5
01.01.1999	31.12.1999	141.286,18	4,3
01.01.2000	31.12.2000	141.286,18	5,4
01.01.2001	31.12.2001	141.286,18	4,8
01.01.2002	07.11.2002	141.286,18	4,7

nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus USD 618.536,32 ab dem 08.11.2002 Zug um Zug gegen Bezahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 141.286,14 ab dem 08.11.2002,

2. sowie weitere € 53.278,99 nebst Zinsen aus € 92.827,10 ab dem 01.01.1998 in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank bzw. dem jeweiligen Basiszinssatz

zu zahlen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen,

die bei ihr vom Kläger geführten Konten Nr. [REDACTED] (DM) sowie Nr. [REDACTED] (USD) neu abzurechnen, nämlich unter valutagerechter Stornierung sämtlicher über diese Konten verbuchten Buchungen aus Termingeschäften und Optionsausübungen und weiterhin, die sich nach erfolgter Kontoneuberechnung auf den beiden Konten ergebenden Guthabensbeträge an den Kläger auszubehalten.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise,

5
die Sache an das Landgericht Hamburg zurückzuverweisen.

Soweit das Landgericht die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 lit a) und b) verneint habe, sei dem zuzustimmen. Schon bei der Eröffnung der Konten im Frühjahr 1991 in der Schweiz habe Einvernehmen der Parteien über die geplante Durchführung von Börsentermingeschäften bestanden. Die spätere Verwaltungsvollmacht an Dritte habe lediglich die Rechtsziehungen zwischen dem Kläger und den externen Vermögensverwaltern [REDACTED] geregelt und sei damit für die vertraglichen Beziehungen der Parteien nicht erforderlich gewesen. Der spätere DTB-Vertrag vom 25.11.1992 habe nichts substantiell Neues enthalten, sondern primär der Risikoaufklärung des Klägers gedient. Bereits bei dem ersten Treffen in Zürich sei zwischen den Parteien vereinbart worden, dass die Beklagte als Händlerin die von den Herren [REDACTED] im Namen des Klägers in Auftrag gegebenen Termingeschäfte abwickeln und auf die aus diesem Grunde und zu diesem Zwecke errichteten Konten verbuchen solle. An die einzelnen Börsentermingeschäfte sei, wie das Landgericht zutreffend begründet habe, nicht anzuknüpfen. Alle entscheidungsrelevanten Voraussetzungen für die Durchführung der Termingeschäfte seien bereits von den Parteien in der Schweiz getroffen worden, was auch die noch vor Unterzeichnung des DTB-Vertrages durchgeführten Termingeschäfte verdeutlichten. Wesentliche Neuerungen habe der DTB-Vertrag nicht mit sich gebracht, insbesondere seien auch die vor dem DTB-Vertrag durchgeführten Geschäfte nach den üblichen Margen abgerechnet worden. Mit dem DTB-Vertrag sei nur das schriftlich festgehalten worden, was die Parteien schon früher praktiziert hätten. Sie hätten sich also früher schon mündlich konkludent hierauf geeinigt.

Zu Recht habe das Landgericht auch festgestellt, dass ihr die Übergabe des Prospektes durch den unabhängigen Vermögensverwalter nicht zuzurechnen sei. Mit ihrem Wissen und Willen sei der Prospekt der WPZ jedenfalls nicht übergeben worden. Auch könne die Übergabe des Prospektes schon nicht als unstreitige Tatsache zugrunde gelegt werden. Der Kläger habe weder den Zeitpunkt noch die Übergabe in Deutschland bewiesen.

Entgegen den Ausführungen des Landgerichts sei der Kläger nicht als Verbraucher anzusehen. Spekulationsgeschäfte an der Börse gehörten nicht zur privaten

Sphäre. Vielmehr sprächen die Herkunft des Geldes sowie der Umfang und die Größenordnung der getätigten Geschäfte für eine berufliche Betätigung.

Auch läge keine Dienstleistung der Beklagten im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ vor. Ihre Tätigkeit sei hauptsächlich auf ihre Funktion als Depotbank beschränkt gewesen und habe nicht eine eigenständige Geschäftsbesorgung von Kommissionsgeschäften zum Gegenstand gehabt.

Im Falle der Zulässigkeit der Klage sei die Sache an das Landgericht Hamburg zurückzuverweisen, weil sie noch nicht entscheidungsreif sei. Die Frage, welches materielle Recht zur Anwendung komme, und die Voraussetzungen einer etwaigen Aufklärungspflicht der Beklagten seien zu klären. Auch sei eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich. Zudem habe keine umfassende und sachgerechte Aufklärung zur materiellen Rechtslage in der ersten Instanz stattgefunden. Aus diesem Grunde sei eine Zurückverweisung auch offenkundig sachdienlich.

Demgegenüber meint der Kläger, die Klage sei - ohne weitere Beweisaufnahme - entscheidungsreif. Allenfalls seien die Zeugen [REDACTED] zu der Frage zu vernehmen, ob und gegebenenfalls wann der Kläger über die „kick-back“ - Abrede, mit der dem Vermögensverwalter Rückvergütungen aus den Transaktionskosten zugesagt worden seien, informiert worden sei.

Für die weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf ihre in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

1. Die Berufung ist zulässig und begründet. Der Kläger kann die von ihm behaupteten Ansprüche nach Art. 13 Abs. 1, 14 LugÜ¹ bei dem für seinen Wohnsitz zuständigen Gericht geltend machen.

Der in Hamburg ansässige Kläger hat als Verbraucher einen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen, der eine Dienstleistung zum Gegenstand hat. Dem Vertragsabschluss ist ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung im Wohnsitzstaat des Klägers vorausgegangen und der Kläger hat auch die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen in Deutschland vorgenommen.

¹ Lugano - Übereinkommen vom 16.09.1988

Mit zutreffenden Gründen hat das Landgericht die Verbrauchereigenschaft des Klägers bejaht. Auf seine Ausführungen kann verwiesen werden. Ergänzend soll insoweit nur noch folgendes angemerkt werden:

Die Gewinnerzielungsabsicht begründet für sich keine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit. Entscheidend ist allein, ob der Warenterminspekulant seine Geschäfte außerhalb seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit vornimmt (BGH, Beschl. v. 29.01.1991, ZIP 1991, 1209, 1210²).

Weder die Herkunft des Geldes noch die Höhe der zur Verfügung stehenden Beträge deuten daraufhin, wofür das Geld angelegt werden soll. Vielmehr trat der Kläger erkennbar als privater Anleger auf. Hierauf deutet auch die Einschaltung eines Vermögensberaters hin, worauf das Landgericht bereits zutreffend hingewiesen hat. Die Zurechnung der Geschäfte zur privaten Sphäre entfällt nicht etwa deshalb, weil sich der Kläger professioneller Hilfe bediente. Die Verbrauchereigenschaft des Klägers ist nicht von der Person des die Geschäfte unmittelbar Ausführenden abhängig, sondern von der Art seiner Geschäfte.

Dem Landgericht kann auch in seiner Beurteilung gefolgt werden, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen ist, weil mit ihm eine tätigkeitsbezogene Leistung der Beklagten für den Kläger vereinbart wurde.

Der Beklagten oblag es gerade nicht, die Entscheidungen zu treffen, wie das Vermögen des Klägers zu verwalten, respektive anzulegen war. Vielmehr hatte sie in erster Linie die Investitionsentscheidungen umzusetzen, die der Vermögensverwalter und Anlageberater [REDACTED] für den Kläger traf. Der kommerzielle Charakter ihrer Tätigkeit prägte daher das Vertragsverhältnis. Wenn darüber hinaus allgemeine Treue- und Geheimhaltungspflichten bestanden, standen diese nicht im Vordergrund der vertraglichen Beziehungen (vgl. auch Schlosser EuGVÜ 1996, Art. 13, Rdn. 7).

Dem Vertragsschluss ist auch eine Werbung in Deutschland vorausgegangen.

² Für die Auslegung des Lugano-Übereinkommens können die zur EUGVO ergangenen Entscheidungen herangezogen werden, Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Einl. Rz. 59

Der Begriff „Werbung“ umfasst *alle* „absatzfördernden Handlungen“ des Dienstleisters im Wohnsitzstaat des Verbrauchers. Gleichgültig ist dabei auch, ob die Werbung den Verbraucher gezielt oder nur zufällig erreicht (Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht 1997, Art. 13, Rdn. 34). Ferner ist es ausreichend, wenn der Dienstleister mit einem selbständigen Kontaktbüro zusammenarbeitet, das die Beziehungen zu Kunden herstellen soll (Geimer/Schütze, a.a.O. Rdn. 35).

Unstreitig hat der Vermögensverwalter [REDACTED] dem Kläger noch in Deutschland vor Vertragsschluss die WPZ als die für die Vermögensverwaltung geeignete Depotbank empfohlen. Dass [REDACTED] dabei dem Kläger die Unterlagen der Anlage K 1 übergab, ist erstinstanzlich, wie richtig festgestellt, nicht substantiiert bestritten worden. Die Formulierungen im Schriftsatz vom 21.03.2003 machen deutlich, dass die Beklagte diese Tatsache nicht in Abrede nimmt. So hat sie die Übergabe durch den Vermögensverwalter [REDACTED] als mögliche Alternative ausdrücklich nicht ausgeschlossen (Schriftsatz vom 21.03.2003, S. 5), vielmehr im Kern ihres Vortrags bestritten, Herrn [REDACTED] mit der Werbung von neuen Kunden der Bank beauftragt und ihm zu diesem Zweck Prospekte oder Informationsschriften überlassen zu haben. Mit ihrer Berufungserwiderung vom 03.02.2004 wiederholt sie das Bestreiten in diesem Sinne (S. 3), so dass der Hinweis im Schriftsatz vom 16.06.2004 (S. 2) als verspätetes Verteidigungsmittel zurückzuweisen wäre (§ 531 Abs. 2 Nr. ZPO), sofern nunmehr auch die Tatsache der Übergabe selbst negiert werden sollte. Darüber hinaus ist unstreitig, dass der Vermögensverwalter [REDACTED] bereits vor dem ersten Gespräch mit dem Kläger in Hamburg mit Wissen und Willen der WPZ Kunden für seine geschäftlichen Tätigkeiten der Vermögensverwaltung und –anlage unter vertraglicher Bindung an die als geeignete Depotbank empfohlene Beklagte (unter damaliger Firma) akquirierte und zwischen ihm und der WPZ schon damals eine „kick back“- Abrede bestand, nach der er an Provisionen teilhatte, die aus den Aktivitäten der Bank für die so gewonnenen Kunden anfallen würden. Herr [REDACTED] wurde damit nicht ausschließlich im eigenen Interesse, sondern gleichzeitig auch für die Beklagte aktiv. Auch wenn die Beklagte Herrn [REDACTED] keinen ausdrücklichen Auftrag erteilt hatte, für sie zu werben, geschah dies jedenfalls mit ihrem Wissen und Willen, so dass sie sich diese Werbung durch ihn auch zurechnen lassen muss.

Die zum Abschluss des Vertrags erforderlichen Rechtshandlungen haben in Deutschland stattgefunden.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der „DTB-Vertrag“ (Anl. K 3) sowie die in Deutschland zugunsten der Herren [REDACTED] am 2. September 1992 erteilte Vollmacht (Anl. K 4), auf deren Grundlage die Ordergeschäfte getätigt wurden, keinerlei weitere vertragliche Relevanz hatten.

Nach den im März 1991 unterzeichneten Vereinbarungen war die Beklagte jedenfalls nicht befugt, die später getätigten Anlagegeschäfte auszuführen, sondern durfte nur in dem nach der „Anlagevollmacht für treuhänderische Festgelder“ (Anl. B 6) ausgewiesenen Umfang für den Kläger tätig werden. Weitere schriftliche Vereinbarungen im Hinblick auf die in Aussicht genommenen Termingeschäfte wurden nicht getroffen. Insbesondere wurde in der Schweiz aber auch keine separate Verwaltungsvollmacht zugunsten des Vermögensverwalters [REDACTED] erteilt.

Zu etwaigen mündlichen Absprachen der Parteien bei dem Besuch des Klägers im März 1991 in der Schweiz hat die Beklagte Konkretes nicht vorgetragen. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der Kläger schon bei der Einrichtung des Kontos - anerkanntermaßen, wenn auch in begrenztem Rahmen - mit einer spekulativen Anlageform einverstanden war. Auch war ihm bekannt, dass Herr [REDACTED] Börsentermingeschäfte als mögliche Anlageform in Betracht zog, (wenn er auch das damit verbundene Risiko nicht gekannt haben will). Ob und welche Absprachen die Parteien im Hinblick auf die von Herrn [REDACTED] avisierten Optionsgeschäfte bereits im März 1991 trafen, hat die Beklagte aber nicht dargelegt. Die Geschäfte mögen daher zwar mit der Einrichtung der Konten vorbereitet worden sein; nach welchen Kriterien sie aber im Einzelnen auszuführen und abzuwickeln waren, wurde verbindlich erst mit der Anl. K 3 festgeschrieben. Ebenso wurde die umfassende „Verwaltungs-Vollmacht an Dritte“ erst im September 1992 in Hamburg unterzeichnet. Die Erteilung einer Vollmacht an den Vermögensverwalter [REDACTED] war aber gerade nach dem Vortrag der Beklagten unabdingbare Voraussetzung für die in Aussicht genommenen Börsentermingeschäfte.

Im Übrigen hat der Kläger aber auch etwaige Absprachen zu den Termingeschäften zwischen den Parteien bei seinem ersten Besuch in der Schweiz bestritten, ohne dass die Beklagte für ihren gegenteiligen Vortrag Beweise angeboten hätte.

Nicht ersichtlich ist, dass der DTB-Vertrag nur der Risikoaufklärung diene, weil mangels Konkretisierung etwa bereits bestehender vertraglicher Beziehungen ein

Vergleich mit den in der Anl. K 3 festgehaltenen wechselseitigen Rechten und Pflichten, wie sie u.a. in Ziff. 1, aber auch zu verschiedenen Unterpunkten der Ziff. 2 festgehalten sind, nicht möglich ist. Im Übrigen beruft sich auch die Beklagte auf Regelungen des DTB-Vertrags, um die geltend gemachten Ansprüche abzuwehren (Schriftsatz vom 21. März 2002, S. 9 und 10).

Wenn noch vor Unterzeichnung des DTB-Vertrags die ersten drei Termingeschäfte (am 23. bzw. 26.06.1992) getätigt wurden, ändert dies hieran nichts. Auch insoweit ist nämlich nicht klar, auf welcher Grundlage diese getätigt wurden. Erst nach Unterzeichnung des DTB-Vertrags (in Hamburg) und nach der (in Hamburg) erteilten schriftlichen Vollmacht (Anl. K 4) wurden zudem von den avisierten USD 850.000,- (aus dem Verkaufserlös) USD 120.000,- überwiesen, also Gelder, deretwegen das Konto bei der Beklagten eingerichtet und um deretwillen der Vermögensverwalter [REDACTED] von dem Kläger eingeschaltet worden war.

2. Das landgerichtliche Urteil ist aufzuheben und die Sache ist auf den Hilfsantrag der Beklagten an das erstinstanzliche Gericht zurückzuverweisen (§ 538 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO).

Das Landgericht hat nur über die Zulässigkeit der Klage entschieden. Dabei ist unerheblich, dass dies nicht nach abgesonderter Verhandlung geschehen ist (Zöller/Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 538 Rn 36).

Die Sache ist noch nicht spruchreif.

Die Beklagte hat bestritten, dass der Kläger die Termingeschäfte bei Aufklärung über die „kick-back“ – Abrede nicht getätigt hätte. Insoweit wird eine weitere Aufklärung des Sachverhalts durch eine persönliche Anhörung des Klägers nach § 141 ZPO erforderlich sein, deren Ergebnis zu würdigen sein wird (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 286 Rn 14). Gleiches gilt für seine Behauptung anderweitiger gewinnbringender Geldanlage.

Daneben sind aber auch die vom Kläger geltend gemachten Schadenspositionen nach Grund und Höhe nicht sämtlich unstrittig. Der Kläger wird insbesondere zu den von der Beklagten getätigten Verkaufstransaktionen, für die diese Kommissionen berechnet hat, weiter vorzutragen haben. Außerdem ist ihm Gelegenheit zu geben, die entsprechenden Abrechnungsunterlagen zur

Gerichtsakte zu reichen, anhand derer die geltend gemachten Ansprüche zu erläutern sein werden.

Neben der erforderlichen Beweisaufnahme ist es auch wegen des Umfangs der betreffenden Einzelpositionen sachgerecht, die notwendigen Erörterungen mit den Parteien erstinstanzlich vorzunehmen und den Prozess dort bis zur Spruchreife aufzubereiten und zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung wird – auch soweit Rechtsmittelkosten betroffen sind – dem Landgericht überlassen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Ziff. 10 ZPO.

Ruhe

Bischoff

Albrecht-Schäfer