

# Schweizer Banken: EU-Recht für EU-Kunden

SUSAN EMMENEGGER: Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privat- und Bankrecht  
Universität Bern/MIRJAM FRITSCHI: Dr. iur., ehemalige wissenschaftliche  
Assistentin am Zivilistischen Seminar Universität Bern<sup>1</sup>

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	75
II.	Der Fall des «Drogeriekönigs» Müller gegen die Bank Safra Sarasin.....	76
III.	Die Zuständigkeit des deutschen Wohnsitzgerichts.....	78
	A. Verbraucherrichterstand nach LugÜ .....	79
	1. Verbrauchereigenschaft eines Multimillionärs.....	79
	2. Tätigkeit im Wohnsitzstaat oder Ausrichtung auf den Wohnsitzstaat .....	81
	B. Fazit .....	82
IV.	Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts .....	83
	A. Günstigkeitsprinzip gemäss der Rom I-VO.....	84
	1. Tätigkeit im oder Ausrichtung auf den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts.....	84
	2. Ausnahmen.....	85
	3. Zwingende Normen des gewöhnlichen Aufenthalts.....	87
	B. Transparenzgebot der Klausel-Richtlinie .....	88
	C. Fazit .....	89
V.	Schluss .....	90
	Literaturverzeichnis .....	90

## I. Einleitung

Die Finanzkrise von 2008 legte deutliche Lücken im Anlegerschutz offen und führte insbesondere in der EU zu einer Reihe von Regulierungsvorhaben, die eben diesen Schutz stärken sollten. Auch in der Schweiz wurde im Nachgang zur Krise die Diskussion um neue Anlegerschutzinstrumente geführt. Der Vertriebsbericht der Eidgenössischen Bankenkommission (heute FINMA) im Jahr 2010 war der Startschuss zu einem Gesetzgebungsprozess, der im Jahr 2018 mit dem neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) zu einem Ende kommen soll. Im Vergleich zur EU scheint man aber in der Schweiz ein kür-

<sup>1</sup> Wir danken Herrn RAMIN PAYDAR, BLaw, für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

zeres Gedächtnis zu haben. Während die EU mit MiFID II die Anlegerschutzinstrumente noch weiter vorangetrieben hat, ist in der Schweiz der Reformeffekt erlahmt. In den acht Jahren des Gesetzgebungsprozesses hat man vor allem eines gemacht: Abstriche.

Ein ähnliches Bild zeigt sich in einem anderen Bereich der anlegerschutzrelevanten Finanzmarktgesetzgebung, nämlich dem Zahlungsverkehr. Die EU hat 2015 die erweiterte Zahlungsdiensterichtlinie – besser bekannt unter ihrem englischen Namen *Payment Services Directive II* bzw. PSD2 – verabschiedet. Sie musste von den Mitgliedstaaten bis zum 13. Januar 2018 umgesetzt werden. Wie schon ihre Vorgängerrichtlinie legt die PSD2 für Nutzer und Anbieter von Zahlungsdienstleistungen einheitliche Rechte und Pflichten fest. Eine zentrale Neuerung liegt darin, dass die PSD2 die Banken verpflichtet, Drittanbietern den Zugang zu den Konten und Daten der Bankkunden zu ermöglichen, damit sie am Zahlungsverkehr der Banken teilnehmen und mit diesen in einen Wettbewerb treten können. Gleichzeitig werden die Risiken für Bankkunden weiter abgebaut, indem die Haftungsregelungen den Grossteil der Risiken für unautorisierte Zahlungen den Banken zuweisen.

Die Schweizerische Bankiervereinigung hat in ihrem Positionspapier vom September 2017 eine Regulierung analog zu PSD2 abgelehnt. Einleitend hält sie fest, die PSD2 gelte in der Schweiz nicht.<sup>2</sup>

Kurz: Im Bereich des Anlegerschutzes bzw. des Kundenschutzes bestehen Unterschiede zwischen der schweizerischen und der EU-Rechtslage. Die AGB der Schweizer Banken sehen durchweg einen Gerichtsstand in der Schweiz und die Massgeblichkeit schweizerischen Rechts vor. Die Frage ist allerdings, ob sich die Schweizer Banken mit dieser AGB-Gestaltung von den EU-Entwicklungen im Anleger- bzw. Verbraucherrecht abschotten können. Der Fall des «Drogeriekönigs» Erwin Müller gegen die Basler Bank Safra Sarasin bietet hierfür reichlich Anschauungsmaterial.

## II. Der Fall des «Drogeriekönigs» Müller gegen die Bank Safra Sarasin

Der Fall Erwin Müller gegen die Bank Safra Sarasin steht im Zusammenhang mit den sogenannten *cum-ex* Geschäften. Diese Geschäfte haben in den Medien eine grosse Aufmerksamkeit erfahren; im Kern geht es um Anlagekonstrukte, die es erlaubten, von den deutschen Steuerbehörden eine Steuerrück-

erstattung zu erlangen, die man zuvor gar nicht abgeführt hatte.<sup>3</sup> Erwin Müller, bekannt durch seine Drogerien, hatte von der Bank Safra Sarasin solche Produkte erworben. Nachdem die Rückerstattung vom deutschen Fiskus verweigert wurde, erlitt er einen Totalschaden. Müller klagte an seinem deutschen Wohnsitz in Ulm gegen die Bank und machte Schadenersatz in Höhe von 50 Millionen Euro geltend.<sup>4</sup> Die AGB sahen einen Gerichtsstand in Basel und die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts vor.

Sowohl das Landgericht Ulm<sup>5</sup> als auch das Oberlandesgericht Stuttgart<sup>6</sup> bejahten gestützt auf das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) einen Gerichtsstand in Ulm. Die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den Entscheid des Oberlandesgerichts der Bank drang beim Bundesgerichtshof nicht durch.<sup>7</sup> Nach der Klageerhebung von Erwin Müller in Deutschland erhob die Bank beim Bezirksgericht Zürich parallel eine (Torpedo-)Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Schadenersatzforderung.<sup>8</sup> Das Gericht trat mangels Feststellungsinteresses nicht auf die Klage ein. Im Berufungsprozess hob das Obergericht Zürich<sup>9</sup> den Beschluss des Bezirksgerichts auf und wies dieses an, seine internationale Zuständigkeit zu prüfen. Das Bezirksgericht setzte zunächst das Verfahren aus (vgl. Art. 27 Abs. 1 LugÜ) und entschied Ende des Jahres 2016 erneut über die Sache; es erklärte sich gemäss Art. 27 Abs. 2 LugÜ als unzuständig, weil die Zuständigkeit des Landgerichts Ulm zwischenzeitlich rechtskräftig festgestellt sei.<sup>10</sup> Dieser Entscheid wurde ebenfalls an das Obergericht Zürich weitergezogen.

Mittlerweile hat das Landgericht Ulm die Klage materiell entschieden und die Bank verurteilt, Müller rund 44 Millionen Euro zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückübertragung der Anteile aus dem *cum-ex* Fonds.<sup>11</sup> Die materielle Beurteilung der Klage erfolgte ausschliesslich nach deutschem Recht. Das Land-

<sup>3</sup> Siehe hierzu Süddeutsche Zeitung, 5. Dezember 2012 (HVB-Affäre erfasst Bank Sarasin); NZZ, 5. April 2014, S. 31 (Bank J. Safra Sarasin unter Druck); NZZ, 25. Oktober 2014, S. 27 (Safra Sarasin im Steuerrücklicht). Für eine Zusammenfassung siehe EMMENEGGER/THÉVENOZ/DÖBELI/LEPORI, SZW 2017, S. 213 f.

<sup>4</sup> Handelszeitung, 3. Juni 2015 (Millionenklage geht vor deutschen BGH).

<sup>5</sup> LG Ulm, Zwischenurteil vom 31. Juli 2014, zitiert im Nachfolgeentscheid LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017, BeckRS 2017 125129, Rn. 71.

<sup>6</sup> OLG Stuttgart, 5 U 120/14 vom 27. April 2015, RIW 2015, S. 762–767, zusammengefasst in EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/PODA, SZW 2015, S. 410, r39. Siehe auch DIES., SZW 2015, S. 394 f. Für eine Besprechung siehe MANKOWSKI, RIW 2015, S. 768 ff.

<sup>7</sup> BGH, XI ZR 223/15 vom 26. Juli 2016, zusammengefasst in EMMENEGGER/THÉVENOZ/DÖBELI/LEPORI, SZW 2017, S. 242, r36.

<sup>8</sup> BezGer ZH, CG130125 vom 8. Mai 2014, zusammengefasst in EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/PODA, SZW 2015, S. 410 f., r40.

<sup>9</sup> OGer ZH, LB140049 vom 22. Oktober 2014.

<sup>10</sup> BezGer ZH, CG140142 vom 22. Dezember 2016.

<sup>11</sup> LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Fn. 5), Urteilstenor.

<sup>2</sup> Positionspapier der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg), September 2017, *Payment Services Directive* (PSD2), S. 1.

gericht Ulm sah in der Rechtswahlklausel der Bank-AGB keine zulässige Rechtswahl. Anwendbar sei gestützt auf die Rom I-VO<sup>12</sup> und die Rom II-VO<sup>13</sup> deutsches Recht. Die Klage ist vor dem Oberlandesgericht Stuttgart hängig.

Gleichzeitig liefen die Verfahren in der Schweiz weiter, das Obergericht hiess die Beschwerde gegen den Unzuständigkeitsbeschluss des Bezirksgerichts gut und wies die Sache zur neuen Entscheidung zurück, weil die rechtskräftige Zuständigkeit des Landgerichts Ulm nur hinsichtlich der eingeklagte Teilsumme (eine Million Euro) gegeben sei. Die Zuständigkeit des Landgerichts Ulm für die Gesamtklage sei, wie auch die materielle Beurteilung der Klage, vor dem Oberlandesgericht Stuttgart hängig.<sup>14</sup> Die Sache ist nun wieder beim Bezirksgericht Zürich. Dieses wird den Entscheid aussetzen, bis das Oberlandesgericht Stuttgart entschieden hat und auch der Bundesgerichtshof angerufen wurde. Angesichts der Erwägungen des Oberlandesgericht im Rahmen der Teilklage ist allerdings für die Gesamtklage kein anderes Ergebnis zu erwarten als in der ersten Runde.

Die im Grunde aussichtslosen Verfahren in der Schweiz zeigen, dass die Bank nichts unversucht lassen will, um sowohl den deutschen Gerichtsstand wie auch die Anwendbarkeit des deutschen Rechts zu vermeiden. Angesichts der Tatsache, dass in der EU generell und namentlich in Deutschland das Schutzniveau für Anlegerinnen und Anleger deutlich höher ist als in der Schweiz, erstaunt dies nicht. Das zeigt sich übrigens auch am konkreten Fall: Das Landgericht Ulm hatte eine von zwei Pflichtverletzungen der Bank darin gesehen, dass Erwin Müller nicht rechtsgenügend über erhaltene Retrozessionen aufgeklärt wurde, was nach deutschem Recht dazu führt, dass Erwin Müller das (verlustreiche) Geschäft Zug um Zug rückabwickeln kann.

### III. Die Zuständigkeit des deutschen Wohnsitzgerichts

Die Gerichtsstandsvereinbarung stellt im internationalen Verkehr eines der wichtigsten und häufigsten verfahrensrechtlichen Instrumentarien dar.<sup>15</sup> Es erstaunt deshalb nicht, dass auch Banken von dieser Möglichkeit der Regelung der Zuständigkeit rege Gebrauch machen, um ausländische Gerichts-

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU vom 4. Juli 2008, Nr. L 177/6.

<sup>13</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juni 2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. EU vom 31. Juli 2007, Nr. L 199/40.

<sup>14</sup> OGer ZH, LB170012-O/U vom 22. August 2017.

<sup>15</sup> MARKUS, IZPR, Rn. 331 und 1152; RÜHL, Consumer Protection, S. 586.

stände auszuschliessen. Das tat auch die Bank Safra Sarasin in ihrer Beziehung zu Erwin Müller; in den verschiedenen AGB war jeweils als Gerichtsstand Basel angegeben. Allerdings schränken die meisten Rechtssysteme im Verkehr mit Konsumenten (beziehungsweise mit Verbrauchern) solche parteiautonomen Regelungen der Zuständigkeit aber auf die eine oder andere Art ein<sup>16</sup> – so auch das LugÜ.

#### A. Verbrauchergerichtsstand nach LugÜ

Das Landgericht Ulm hatte seine Zuständigkeit zunächst gestützt auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 5 Nr. 1b LugÜ) bejaht; es hielt es als nicht erwiesen, dass die AGB dem Kläger vorgelegen oder die Bank eine formgemässe Erklärung abgegeben habe (Art. 23 LugÜ).<sup>17</sup> Das Oberlandesgericht Stuttgart liess diese Frage offen und wies die von der Bank erhobene Berufung mit der Begründung zurück, die Gerichtsstandsvereinbarung sei unwirksam und das Landgericht Ulm sei gestützt auf den zwingenden Verbrauchergerichtsstand (Art. 16 LugÜ) international für die Klage zuständig. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Bank hat der Bundesgerichtshof anschliessend abgewiesen.<sup>18</sup>

Im materiell begründeten Urteil verweist das Landgericht Ulm auf seine vom Oberlandesgericht bindend festgestellte Zuständigkeit.<sup>19</sup> Für die Frage der Zuständigkeit deutscher Gerichte für Klagen von deutschen Kunden gegen ihre Schweizer Banken sind vor allem zwei Aspekte hervorzuheben: Die Verbrauchereigenschaft eines nachweislich sehr wohlhabenden Anlegers und die Frage des Auffangtatbestandes gemäss Art. 15 lit. c LugÜ (Tätigkeit oder Ausrichtung der Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers).

##### 1. Verbrauchereigenschaft eines Multimillionärs

Eine Verbrauchersache im Sinne von Art. 15 Abs. 1 LugÜ bedingt, dass der Verbraucher den Vertrag zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, während die andere Vertragspartei als Anbieterin im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit tätig wird.<sup>20</sup> Während Letzteres im Hinblick auf die

<sup>16</sup> RÜHL, Consumer Protection, S. 586.

<sup>17</sup> LG Ulm, Zwischenurteil vom 31. Juli 2014, zitiert in OLG Stuttgart, 5 U 120/14 vom 27. April 2015 (Fn. 6), Rn. 31.

<sup>18</sup> BGH, XI ZR 223/15 vom 26. Juli 2016 (Fn. 7).

<sup>19</sup> LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Fn. 5), Rn. 85.

<sup>20</sup> BSK-GEHRI, Art. 15 LugÜ, N 12; SHK-FURRER/GLARNER, Art. 15 LugÜ, N 12.

Bank offensichtlich zutraf, bestritt diese die Verbrauchereigenschaft ihres Klienten. Sie fand vor dem Oberlandesgericht Stuttgart aber kein Gehör.

In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass der Begriff des Verbrauchervertrages zum Zwecke der einheitlichen Anwendung des Übereinkommens autonom ausgelegt wird.<sup>21</sup> Der Anwendungsbereich des LugÜ ist im Vergleich zu den Bestimmungen von Art. 32 ZPO und Art. 120 IPRG insofern weiter, als das Übereinkommen nicht voraussetzt, dass es sich um «Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs» handelt.<sup>22</sup> Zwar ist der Begriff des Verbrauchers eng auszulegen, da der Verbrauchergerichtsstand schutzwürdigen Personen vorbehalten bleiben soll.<sup>23</sup> Die effektive Schutzwürdigkeit des Verbrauchers im Einzelfall ist dabei jedoch nicht entscheidend.

Das Oberlandesgericht Stuttgart qualifizierte den Vertrag zwischen Müller und der Bank als konkludent geschlossenen Anlageberatungsvertrag bzw. als private Vermögensverwaltung und damit als Verbrauchergeschäft im Sinne des LugÜ.<sup>24</sup> Es stellte unter anderem darauf ab, dass sämtliche relevanten Vertragsunterlagen Erwin Müller unter seiner Privatschrift als Vertragspartei nennen und dass die Abwicklung der streitigen Anlage über ein Konto, welches für ihn als Privatperson geführt wurde, stattfand. Sodann spreche weder die Vermögenslage von Erwin Müller noch die Komplexität der Anlage gegen die Verbrauchereigenschaft. Es widerspräche, so das Oberlandesgericht, dem Zweck des Art. 15 LugÜ, solche Geschäfte grundsätzlich aus seinem Anwendungsbereich herauszunehmen, denn auch vermögende Anleger könnten schutzbedürftig sein, erst recht, wenn es sich um eine komplexe Kapitalanlage handle. Es gehe nicht an, bestimmten Personen gleichsam aus Statusgründen die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften zu versagen. Auch komme es nicht in Betracht, ein Verbrauchergeschäft deswegen abzulehnen, weil der Kläger ein erfahrener und risikofreudiger Anleger sei. Massgebend sei die Zugehörigkeit zum abstrakt als schutzbedürftig definierten Personenkreis, auch wenn sich konkret begründen liesse, dass wegen Sachkunde das typische Schutzbedürfnis nicht bestand. Schliesslich spreche auch die Inanspruchnahme (externer) Beratung nicht gegen die Verbrauchereigenschaft. Auch ein Verbraucher könne bei einem Rechtsanwalt oder bei

einem Steuerberater Rat einholen, ohne dass das Geschäft deshalb zur beruflichen bzw. gewerblichen Sphäre zuzuordnen sein müsse.<sup>25</sup>

Das «Take-Away» für Schweizer Banken mit Privatkundinnen und Privatkunden aus dem EU-Raum lautet also: Auch Millionäre sind Verbraucher.

## 2. Tätigkeit im Wohnsitzstaat oder Ausrichtung auf den Wohnsitzstaat

Nicht jeder zu privaten Zwecken abgeschlossene Vertrag fällt unter den Begriff der Verbrauchersache nach Art. 15 LugÜ. Die Anwendung der Bestimmung bedingt das Vorliegen eines bestimmten Vertragstypus (Teilzahlungskauf [lit. a], kreditfinanzierter Kauf [lit. b]) oder das Vorliegen einer bestimmten Abschlussmodalität.<sup>26</sup> Letzteres liegt vor, wenn die Angebotstätigkeit des Anbieters im Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgeübt oder auf den Staat des Verbrauchers *ausgerichtet* wird (lit. c).

Die Voraussetzung der Ausübung einer Tätigkeit im Vertragsstaat ist erfüllt, wenn die Bank dort eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung unterhält oder wenn sie dort Verträge abschliesst oder erfüllt.<sup>27</sup> Dies sah das Oberlandesgericht Stuttgart als gegeben an, denn die Mitarbeitenden der Bank hätten den Kläger in Ulm aufgesucht und beraten.

Das Gericht fügte dieser Erwägung noch Folgendes hinzu: Überdies sei die Bank ohnehin strukturell in Deutschland tätig, denn sie verfüge über eine eigene für Privatkunden in Deutschland zuständige Abteilung in ihrer Zweigniederlassung in Zürich.<sup>28</sup> Damit erachtet das Oberlandesgericht Stuttgart auch die zweite Tatbestandsvariante in Art. 15 lit. c LugÜ als erfüllt, nämlich das Ausrichten der Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers.

Die «strukturelle» Tätigkeit im EU-Wohnsitzland des Kunden wird sich als Fallstrick für manch eine Gerichtsstandsklausel erweisen, jedenfalls bei Banken, die einen Fokus auf das Cross-Border-Geschäft legen. Hinzu kommt, dass der EuGH die Schwelle für die «Ausrichtung» der Tätigkeit auf einen bestimmten Staat insgesamt relativ tief anlegt. Bei Webseiten etwa gelten als

<sup>21</sup> BSK-GEHRI, Art. 15 LugÜ, N 19; MARKUS, IZPR, Rn. 1009; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, Rn. 2026; OFK-DIES., Art. 15 LugÜ, N 4.

<sup>22</sup> BSK-KAISER JOB, Art. 32 ZPO, N 23; SHK-FURRER/GLARNER, Art. 15 LugÜ, N 26; MARKUS, IZPR, Rn. 1011.

<sup>23</sup> BGE 133 III 295 E. 7.2 S. 300 mit Hinweis auf EuGH, C-464/01 vom 20. Januar 2005, *Gruber gegen Bay Wa*, Slg. 2005 I-439, Rn. 32 f.; BSK-GEHRI, Art. 15 LugÜ, N 19 m.w.H.; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, Rn. 2027; OFK-DIES., Art. 15 LugÜ, N 7; SHK-FURRER/GLARNER, Art. 15 LugÜ, N 17; MARKUS, IZPR, Rn. 1009.

<sup>24</sup> OLG Stuttgart, 5 U 120/14 vom 27. April 2015 (Fn. 6), Rn. 58 ff.

<sup>25</sup> OLG Stuttgart, 5 U 120/14 vom 27. April 2015 (Fn. 6), Rn. 59 ff.

<sup>26</sup> EuGH, C-375/13 vom 28. Januar 2015, *Kolassa gegen Barclays Bank*, Rn. 23; BSK-GEHRI, Art. 15 LugÜ, N 13; MARKUS, IZPR, Rn. 998. Siehe auch BGE 121 III 336 E. 5a S. 338.

<sup>27</sup> BSK-GEHRI, Art. 15 LugÜ, N 64; STEHLE, SRIEL 2017, S. 52; CR-BONOMI, Art. 15 CL, N 37.

<sup>28</sup> OLG Stuttgart, 5 U 120/14 vom 27. April 2015 (Fn. 6), Rn. 87. Dass sich diese Abteilung in Zürich befand, ergibt sich aus LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Fn. 5), Rn. 117.

Indizien für die Ausrichtung der internationale Charakter des Geschäfts, die verwendete Sprache oder Währung, die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl oder die Erwähnung internationaler Kundschaft aus diversen Mitgliedstaaten.<sup>29</sup> Unerheblich ist dabei, wo der Vertrag abgeschlossen wird;<sup>30</sup> Art. 15 lit. c LugÜ ist also auch anwendbar, wenn der EU-Kunde den Vertrag mit der Bank in der Schweiz abschliesst.

Ferner ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht von Belang, ob ein kausaler Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Tätigkeit des Anbieters und dem Vertragsschluss mit dem Verbraucher besteht oder nicht.<sup>31</sup> Das Bundesgericht, das bei der Auslegung des LugÜ grundsätzlich der Rechtsprechung des EuGH folgt,<sup>32</sup> hat zwar in einem neueren Urteil anders entschieden.<sup>33</sup> Es hat sich aber mit dem einschlägigen Urteil des EuGH nicht auseinandergesetzt. EU-Kundinnen und Kunden werden sich auf die EuGH-Rechtsprechung berufen können, wenn sie die Bank in ihrem Wohnsitzstaat einklagen. Relevant wird die abweichende Rechtsprechung des Bundesgerichts höchstens, wenn die Bank gegen ihren Kunden Klage in der Schweiz erheben will.

## B. Fazit

Im Ergebnis können Verträge der Schweizer Bank mit ihren EU-Kunden regelmässig als Verbraucherverträge im Sinne des LugÜ qualifiziert werden. Dies einerseits aufgrund der autonomen Auslegung sowohl des Begriffes der Verbrauchersache als auch des Verbrauchers. Handelt der Kunde also im Rahmen seiner privaten Angelegenheiten, so stehen namentlich weder allfällige sonstige unternehmerische Tätigkeiten, der Umfang des Geschäftes, noch die Vermögensverhältnisse einer Qualifikation des Kunden als Verbraucher entgegen. Andererseits führt auch die verbraucherfreundliche Rechtsprechung

<sup>29</sup> EuGH, C-585/08 und C-144/09 vom 7. Dezember 2010, *Pammer gegen Reederei Schlüter und Hotel Alpenhof gegen Heller*, Slg. 2010 I-12527, Rn. 92 f. m.w.Bsp. Siehe zu diesem Urteil WITTEW, AJP 2012, S. 287.

<sup>30</sup> EuGH, C-218/12 vom 17. Oktober 2013, *Emrek gegen Sabranovic*, Rn. 19, unter Hinweis auf EuGH, C-190/11 vom 6. September 2012, *Mühlleitner gegen Yusufi*, Rn. 45.

<sup>31</sup> EuGH, C-218/12 vom 17. Oktober 2013 (Fn. 30), Rn. 21 ff. und 32 (betreffend lit. c, zweite Alternative). So auch ein Teil der Lehre, siehe OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 15 LugÜ, N 19 (betreffend lit. c, zweite Alternative); STEHLE, SRIEL 2017, S. 52 f. (betreffend lit. c, beide Alternativen); differenzierend MARKUS, IZPR, Rn. 1028 (betreffend lit. c, zweite Alternative).

<sup>32</sup> BGE 141 III 382 E. 3.3 S. 385.

<sup>33</sup> BGE 142 III 170 E. 3.2 S. 172 f. = Pra 2017 Nr. 21 S. 203.

des EuGH und der Gerichte der Mitgliedstaaten<sup>34</sup> zur Auslegung des Ausrichtens der Tätigkeit auf einen anderen Staat (Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ) zu einer vermehrten Bejahung des Verbrauchergerichtsstandes.

Schweizer Banken haben bei Verträgen mit EU-Kunden demnach folgendes zu beachten: In vielen Fällen können ihre Kunden an ihrem Wohnsitz in der EU klagen, unabhängig davon, ob sich die Bank einen anderen Gerichtsstand ausbedungen hat. Da das vertragliche Verhältnis zwischen ihr und ihrem Kunden oft als Verbrauchervertrag qualifiziert werden kann, zeigen ihre Gerichtsstandsklauseln keine rechtlichen Wirkungen (Art. 17 i.V.m. Art. 23 Abs. 5 LugÜ).

## IV. Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts

Rechtswahlklauseln erlauben es den Parteien, den privatrechtlichen Rahmen zu bestimmen, dem sie ihr Rechtsverhältnis unterstellen wollen. Als Ausdruck der Parteiautonomie ist die Rechtswahl im Vertragsrecht ein anerkanntes Strukturierungselement.<sup>35</sup> Sie gilt aber bei Vorliegen eines Verbrauchervertrages regelmässig nur eingeschränkt, wobei sich die spezifischen Regelungen im internationalen Vergleich durchaus unterscheiden.<sup>36</sup> Für die EU-Kundinnen und Kunden von Schweizer Banken unterliegt die Rechtswahl insbesondere den Einschränkungen der beiden Rom-Verordnungen über das anwendbare Recht, namentlich der Rom I-VO<sup>37</sup> (Vertragsrecht) bzw. der Rom II-VO<sup>38</sup> (Deliktsrecht).

Gestützt auf diese Verordnungen kam das Landgericht Ulm zum Schluss, die in den AGB der Bank Safra Sarasin enthaltenen Rechtswahlklauseln, die an verschiedener Stelle eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts getroffen hatten, seien unbeachtlich. Der Fokus dieses Beitrags liegt auf der primär anwendbaren Rom I-VO.

<sup>34</sup> Siehe etwa OLG Dresden, 8 U 1855/04 vom 15. Dezember 2004, IPRax 2006, S. 45: «Der Begriff «Ausrichtung» ist weit auszulegen».

<sup>35</sup> Siehe etwa BGE 132 III 285 E. 1.1 S. 287. Rechtsvergleichend RÜHL, Statut und Effizienz, S. 327 ff. m.w.H.

<sup>36</sup> Für eine Darstellung siehe etwa RÜHL, Statut und Effizienz, S. 547 ff.

<sup>37</sup> Siehe Fn. 12. Gemäss Art. 2 Rom I-VO findet die Verordnung auch auf Nicht-EU-Mitgliedstaaten wie die Schweiz Anwendung, und zwar auf die ab dem 17. Dezember 2009 abgeschlossenen Verträge (Art. 28 Rom I-VO).

<sup>38</sup> Siehe Fn. 13.

## A. Günstigkeitsprinzip gemäss der Rom I-VO

Art. 6 Abs. 1 der Rom I-VO enthält einen sogenannten Verbrauchergeri-  
stand. Danach ist auf Verbrauchergeschäfte das Recht des gewöhnlichen Auf-  
enthalts des Verbrauchers anwendbar, wenn der Unternehmer entweder seine  
berufliche oder gewerbliche Tätigkeit am gewöhnlichen Aufenthaltsort des  
Verbrauchers ausübt oder er eine solche Tätigkeit auf irgendeine Weise auf  
diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschliesslich dieses Staates, *ausrich-*  
*tet*.<sup>39</sup>

Im Kontrast zu Art. 120 IPRG, der bei gegebenen Voraussetzungen eine  
Rechtswahl bei Konsumentenverträgen ausschliesst, ist aber gemäss Art. 6  
Abs. 2 der Rom I-VO eine Rechtswahl auch bei Verbrauchergeschäften zu-  
lässig. Allerdings darf sie dem Verbraucher nicht den Schutz der zwingenden  
Normen seines gewöhnlichen Aufenthalts entziehen.

Die Verbrauchereigenschaft des Drogeriekönigs konnte das Landgericht Ulm  
ohne Weiteres bejahen, weil Art. 16 Abs. 1 LugÜ und Art. 6 Abs. 1 Rom I-  
VO denselben Verbraucherbegriff verwenden.<sup>40</sup> Eine Parallelität herrscht  
auch im Hinblick auf die Tätigkeit oder die Ausrichtung des Unternehmers  
auf den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers. Trotzdem soll  
dieser Punkt hier noch einmal aufgegriffen werden, denn im Gegensatz zum  
LugÜ enthält Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO davon gewisse Ausnahmen.

### 1. Tätigkeit im oder Ausrichtung auf den Staat des gewöhn- lichen Aufenthalts

Eine gewerbliche Tätigkeit am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Drogeriekö-  
nigs Müller war klar zu bejahen, weil die Berater der Bank ihn in Ulm be-  
sucht hatten. Das ist eine der beiden Möglichkeiten, mit der das Günstigkeits-  
prinzip in Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO aktiviert wird. Schweizer Banken mit ef-  
fektiven Cross-Border-Aktivitäten fallen daher ohne Weiteres unter die ein-  
schlägige Rechtswahlbegrenzung in der Rom I-VO.

Wie schon bei Art. 15 LugÜ genügt für die Sonderanknüpfung des Art. 6  
Abs. 2 Rom I-VO, dass die Bank ihre Tätigkeit in irgendeiner Weise auf den  
Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes ausrichtet.<sup>41</sup> Gemäss EuGH genügt es,  
dass das Unternehmen zum Ausdruck bringe, es sei zum Abschluss von Ver-

<sup>39</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. b Rom I-VO.

<sup>40</sup> Zur materiellen Parallelität siehe auch MÜKO-MARTINY, Art. 6 Rom I-VO, N 6.

<sup>41</sup> Die inhaltliche Übereinstimmung mit Art. 15 LugÜ ist gewollt, siehe die Nachweise  
bei MÜKO-MARTINY, Art. 6 Rom I-VO, N 31.

trägen mit Verbrauchern in dem jeweiligen Land bereit.<sup>42</sup> Eine effektive Tä-  
tigkeit im Sitzstaat des Verbrauchers ist also nicht zwingend notwendig; das  
Ausrichten unterliegt geringeren Anforderungen als das Ausüben einer Tätig-  
keit.<sup>43</sup> Werbung im Verbraucherstaat fällt auf jeden Fall darunter.<sup>44</sup> Immerhin  
wird in der Lehre einschränkend erwähnt, das Ausrichten greife nur in den  
Fällen, in denen der Unternehmer die Ware oder Dienstleistung gezielt, also  
intentional, auf den Verbraucherstaat abzusetzen versuche.<sup>45</sup>

Im Fall der Bank Safra Sarasin war das Kriterium des Ausrichtens nach Auf-  
fassung des Gerichts erfüllt, weil die Zürcher Zweigniederlassung der Bank  
organisatorisch darauf ausgerichtet war, sich um vermögende Kunden in  
Deutschland zu kümmern.<sup>46</sup> In praktischer Hinsicht bedeutet dies, dass Ban-  
ken mit EU-Länderdesks als Unternehmen gelten, die ihre Tätigkeit auf den  
Sitzstaat des Verbrauchers ausrichten. Das dürfte den Kreis derjenigen Finanz-  
institute, die sich nicht auf eine heimische Rechtswahlklausel berufen können,  
zusätzlich erweitern.

### 2. Ausnahmen

In gewissen Konstellationen hat eine Rechtswahlklausel selbst bei Vorliegen  
einer Verbrauchersache und einer Tätigkeit im bzw. Ausrichtung auf den  
Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verbrauchers Bestand. Diese Kon-  
stellationen sind in Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO geregelt. Zwei davon enthalten  
Ausnahmen, welche auf den ersten Blick für Schweizer Banken relevant sein  
könnten. Sie erweisen sich aber bei genauerer Betrachtung nicht als erfolgs-  
versprechend und sie kamen auch im Fall Erwin Müller gegen Safra Sarasin  
nicht zum Tragen.

Die erste Ausnahme betrifft Dienstleistungen, die *ausschliesslich im Ausland*  
bzw. in einem anderen Staat als dem gewöhnlichen Aufenthaltsstaat des Ver-  
brauchers erbracht werden (Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO). Im hier relevanten  
Fall kam diese Ausnahme nicht zur Anwendung, denn im Zusammenhang mit  
dem Anlagevertrag fanden Besuche der Kundenberater bei Erwin Müller in  
Ulm statt.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> EuGH, C-585/08 und C-144/09 vom 7. Dezember 2010 (Fn. 29), Rn. 76 und 92.

<sup>43</sup> Vgl. auch STEHLE, SRIEL 2017, S. 54.

<sup>44</sup> KLUTH, Verbraucherschutz, S. 290.

<sup>45</sup> Statt vieler: MANKOWSKI, IHR 2008, S. 142.

<sup>46</sup> Siehe FERRARI-STAUDINGER, Art. 6 Rom I-VO, N 47.

<sup>47</sup> LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Fn. 5), Rn. 117.

Das LG Ulm erzog zusätzlich, der dem Geschäft zugrundeliegende Darlehensvertrag  
der Bank falle nicht unter die Ausnahme, weil Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO nicht für  
die Finanzierung von Dienstleistungsverträgen gelte, siehe LG Ulm, 4 O 66/13 vom

Allerdings fand das Landgericht Ulm auch in anderer Hinsicht eine in Deutschland erbrachte Dienstleistung, und diese dürfte für Schweizer Banken durchaus häufiger zutreffen als die erwähnten Kundenbesuche. Zwar erfolgte der Erwerb der streitigen Fondsanteile von der Schweiz aus, auch wurden sie auf das Schweizer Depot des Kunden übertragen und es wurde der Erwerb auch seinem Schweizer Konto belastet. Nach Auffassung des Landgericht Ulm beinhaltet aber ein Ordervertrag zum Erwerb von Wertschriften die *auftragsrechtliche Pflicht* zur Abrechnung gegenüber dem Kläger (§ 666 BGB). Auch die *Rechenschaftspflicht* sei eine geschuldete Dienstleistung im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO. Die Abrechnung sei in der Schweiz erstellt, aber nach Ulm verschickt und dort zur Kenntnis genommen worden. Damit seien also nicht alle Dienstleistungen der Bank in ausschliesslich anderen Staaten als in Deutschland zu erbringen.

Nachdem auf Bankdienstleistungen generell das Auftragsrecht zur Anwendung kommt und dieses eine (zwingende) Rechenschaftspflicht beinhaltet, genügt also der Versand von Abrechnungen in einen EU-Mitgliedstaat, um die Ausnahme der ausschliesslich im Ausland erbrachten Dienstleistung gegenstandslos werden zu lassen. Diese Auffassung findet sich auch im deutschen Schrifttum, wo zudem darauf hingewiesen wird, dass für den Fall, dass die Bank dem Anleger einen Konto- oder Depotzugang von Deutschland aus ermögliche, dieselbe Rechtslage gelten müsse. Das Fazit lautet, dass «mit Ausnahme des sprichwörtlichen Nummernkontos die meisten Finanzdienstleistungen für deutsche Kunden nicht ausschliesslich im Ausland erbracht [werden].»<sup>48</sup>

Die Ausnahme gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO dürfte mithin den Schweizer Banken kaum je zur Verfügung stehen.

Die zweite Ausnahme greift bei Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument und – neben anderen Konstellationen – im Zusammenhang mit Rechten und Pflichten bei der Zeichnung oder dem Rückkauf von Fonds, *sofern* es sich dabei *nicht* um die Erbringung von *Finanzdienstleistungen* handelt (Art. 6 Abs. 4 lit. d Rom I-VO).<sup>49</sup> Die Ausnahme von der Ausnahme betrifft gemäss den Erwägungen zur Rom I-VO die Finanzdienstleistungen von Intermediären wie Banken, z.B. Wertpapierdienstleis-

tungen, Anlagetätigkeit sowie Kauf und Verkauf von Wertpapieren. Konkret genannt werden auch die Dienstleistungen nach MiFID I.<sup>50</sup>

Im hier relevanten Fall, bei dem die Rechtsbeziehungen sich über einen Anlageberatungsvertrag, einen Ordervertrag und einen dem Geschäft zugrunde liegenden Darlehensvertrag erstreckten, kam daher gemäss dem Landgericht Ulm die Rückausnahme («sofern nicht») der Ausnahme zum Tragen.

Generell ergibt sich aber, dass für das Kundengeschäft der Schweizer Banken die Ausnahme in Art. 6 Abs. 4 lit. d Rom I-VO nicht greift, weil die Finanzdienstleistungen davon ausgenommen sind.

### 3. *Zwingende Normen des gewöhnlichen Aufenthalts*

Nach dem Gesagten wird die weite Auslegung dessen, was als Ausrichtung der Tätigkeit auf den Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verbrauchers gilt, häufig zur Anwendung eben dieses Rechts führen. Das schliesst eine Rechtswahl noch nicht aus. Hingegen ist die Rechtswahl dann ausgeschlossen, als im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts zwingende Bestimmungen bestehen, deren Schutzniveau höher liegt als dasjenige nach dem gewählten Recht. Grundsätzlich sind also die Inhalte der beiden relevanten Rechtsordnungen zu vergleichen.<sup>51</sup> Allerdings nimmt die hier interessierende deutsche Rechtsprechung regelmässig keinen solchen Vergleich vor;<sup>52</sup> es sei – so die Erklärung der Doktrin – meist unbestritten gewesen, dass das gewählte Recht keine entsprechenden verbraucherschützenden Normen enthält.<sup>53</sup> Für das schweizerische Recht wird man dem wohl uneingeschränkt zustimmen können.

Als hier relevante zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts nennt das Landgericht Ulm die §§ 305 ff. BGB (AGB-Recht), die §§ 491 ff. BGB (Verbraucherdarlehensrecht), und die deutschen Rechtsprechungsgrundsätze zu den Kapitalanlageberatungspflichten.<sup>54</sup> Dafür finden sich in Lehre und Rechtsprechung reichlich Nachweise.<sup>55</sup>

22. Mai 2017 (Fn. 5), Rn. 122, unter Hinweis auf BGH, XI ZR 42/93 vom 26. Oktober 1993, BGHZ 123, 380–393, 387, sowie unter Hinweis auf PALANDT-THORN, Art. 6 Rom I-VO, N 4.

<sup>48</sup> ENGERT/GROH, IPRax 2011, S. 468. Immerhin lässt sich daraus schliessen, dass die Ermöglichung eines Online-Zugangs oder der Versand von Kontounterlagen *per se* noch keine Ausrichtung auf den Heimatstaat des Verbrauchers bedeutet. Siehe dazu auch OLG München, 5 U 4254/09 vom 28. Mai 2010, BKR 2010, 377–385, S. 380: Das blosse Zusenden von Vertragsunterlagen auf Initiative eines Beraters der Anlegerin bedeutet keine Absatztätigkeit nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a LugÜ a.F.

<sup>49</sup> Zur dieser Ausnahme ausführlich MANKOWSKI, RIW 2009, S. 98 ff.

<sup>50</sup> Siehe Erwägungsgrund 26 zu Rom I-VO, abgedruckt bei MANKOWSKI, RIW 2009, S. 98 f. Siehe zur Ausnahme der Finanzdienstleistungen auch MÜKO-MARTINY, Art. 6 Rom I-VO, N 27 f. m.w.N.

<sup>51</sup> MÜKO-MARTINY, Art. 6 Rom I-VO, N 51 f.

<sup>52</sup> Siehe dazu BASEDOW, S. 15 ff.

<sup>53</sup> MÜKO-MARTINY, Art. 6 Rom I-VO, N 52.

<sup>54</sup> LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Fn. 5), Rn. 113. Die Qualifikation der Rechtsprechungsgrundsätze zu den Kapitalanlageberatungspflichten als zwingende Bestimmungen erfolgte durch BGH, XI ZR 78/04 vom 25. Januar 2005, WM 2005, 423–426, S. 424 f.

<sup>55</sup> Vgl. nur MÜKO-MARTINY, Art. 6 Rom I-VO, N 49 f.

Für die Schweizer Banken bedeutet dies, dass ihre Rechtsbeziehung zum Kunden jedenfalls in Deutschland praktisch vollumfänglich den zwingenden Schutzbestimmungen unterstellt und insofern die Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts unbeachtlich ist.

## B. Transparenzgebot der Klausel-Richtlinie

Nachdem sich das Landgericht Ulm ausführlich mit den Voraussetzungen für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips in Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO befasst und diese Voraussetzungen auch bejaht hatte, hielt es in den weiteren Erwägungen die Vereinbarungen zugunsten des Schweizer Rechts noch aus einem anderen Grund für unwirksam. Dies erlaubte es dem Gericht, auf den in Art. 6 Rom I-VO vorgesehenen Vergleich zwischen dem schweizerischen und dem deutschen Verbraucherschutz zu verzichten – obwohl dieser zweifellos zugunsten des deutschen Rechts ausgefallen wäre.

Das Landgericht Ulm wies vielmehr darauf hin, dass die in den AGB der Bank vereinbarten Rechtswahlklauseln unwirksam seien.

Das Gericht sah in den Rechtswahlklauseln einen Verstoss gegen das Transparenzgebot gemäss Art. 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>56</sup> Die Rechtswahlklauseln waren nach schweizerischen Gesichtspunkten standardmässig verfasst: «Sämtliche Rechtsbeziehungen aller unterzeichneten Personen mit der Bank unterstehen dem schweizerischen Recht» oder «Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen materiellem schweizerischem Recht».<sup>57</sup>

Das Landgericht Ulm verweist auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach eine AGB-Klausel, die eine Wahl zugunsten des Rechts des Mitgliedstaates des Gewerbetreibenden enthält, missbräuchlich sei, wenn sie dem Verbraucher den Eindruck vermittelt, auf den Vertrag sei nur das Recht dieses Mitgliedstaates anwendbar, ohne ihn darüber zu unterrichten, dass er nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts genieße, das ohne die Klausel anzuwenden wäre.<sup>58</sup> Die Entscheidung sei auf den vorliegenden Fall übertragbar, auch wenn es sich bei der Schweiz nicht um einen EU-Mitgliedstaat handle. Denn die Rom I-VO sei unstreitig

<sup>56</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG vom 21. April 1993, Nr. L 95/29.

<sup>57</sup> Wörtliche Zitierung in LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Fn. 5), Rn. 128.

<sup>58</sup> LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Fn. 5), Rn. 131, unter Hinweis auf EuGH, C-191/15 vom 28. Juli 2016, *Verein für Konsumenteninformation gegen Amazon*, Rn. 61 ff.

anwendbar, und nach deren Günstigkeitsklausel dürfe dem Verbraucher der Schutz des zwingenden Rechts nicht entzogen werden. Hierzu gehöre auch das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB als vollkommen deckungsgleiche mitgliedstaatliche Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 der Klausel-RL («klar und verständlich»). Unter diesem Massstab seien alle streitgegenständlichen Rechtswahlklauseln der Bank intransparent, weil sie Erwin Müller nicht auf die Günstigkeitsregel in Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO hingewiesen hätten. Somit komme auf den Vertrag Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO zur Anwendung: Es gelte das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe – in diesem Fall also Deutschland.

## C. Fazit

Bei Rechtsverhältnissen mit EU-Kunden dringen die Schweizer Banken mit ihren Rechtswahlklauseln zugunsten des schweizerischen Rechts häufig nicht durch. Dabei ist es nicht einmal notwendig, dass die Bank im Aufenthaltsland des EU-Kunden über Zweigniederlassungen verfügt oder sie den Kunden dort trifft und eine bankrelevante (Beratungs-)Tätigkeit ausübt. Wie schon unter dem LugÜ genügt es, dass man ihr eine Ausrichtung auf den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kunden zuschreibt. Hierfür reicht es aus, dass sie organisatorisch für die Betreuung solcher Kunden eingerichtet ist, etwa mit einem Länderdesk oder mit spezialisierten Kundenberatern. Wie weit die «Ausrichtung» im Einzelfall gefasst wird, ist schwer abzusehen. Jedenfalls in Deutschland wird die Rechtsprechung des BGH zum Internationalen Kapitalanlegerschutz wie folgt zusammengefasst: «Die Grundnote ist dabei anlegerfreundlich: Zugunsten der inländischen Kläger wurden die Streitigkeiten fast durchweg der deutschen Gerichtsbarkeit und dem deutschen Recht unterworfen.»<sup>59</sup> Über diese Einzelbetrachtung hinaus ist es nicht abwägend, davon auszugehen, dass die Zivilgerichte in den EU-Mitgliedstaaten geneigt sein werden, ihre Zuständigkeit zu bejahen und das ihnen bekannte eigene Recht anzuwenden. Bezüglich des anwendbaren Rechts steht ihnen das Günstigkeitsprinzip in Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO zur Verfügung. Der gerade in Bankgeschäften stark ausgebaute EU-Verbraucherschutz lässt kaum Platz für die Anwendung des schweizerischen Rechts. Sollte sich zudem die Sichtweise des Landgerichts Ulm hinsichtlich der Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie in den oberen Instanzen bewahrheiten, so liegt darin angesichts der fehlenden Hinweise auf die Schutzbestimmung von Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO der sichere Tod jeglicher Rechtswahlklauseln von Schweizer Banken.

<sup>59</sup> ENGERT/GROH, IPRax 2011, S. 458.

## V. Schluss

Die EU ist für die Schweizer Finanzbranche der weitaus wichtigste Markt. Zu den offiziellen Zielen der Schweizer Finanzmarktpolitik gehört deshalb auch die Äquivalenz mit dem EU-Recht.<sup>60</sup> Als langfristige Option will man selbst ein Finanzdienstleistungsabkommen nicht ausschliessen.<sup>61</sup> Im Kontrast dazu stehen die Entwicklungen bei den einzelnen anlegerschutzrelevanten Finanzmarktregulierungen und überhaupt beim Verbraucherrecht. Die Schweiz verfügt nach wie vor nicht über eine griffige AGB-Kontrolle. Beim FIDLEG ist man vom Schutzstandard der EU deutlich entfernt. Bei Regulierungsvorhaben wie der PSD2 wird hervorgehoben, dass diese für die Schweiz nicht gelten. Zu bedenken ist aber, dass die EU-Kundinnen und -Kunden von Schweizer Banken sich regelmässig auf die EU-Standards berufen können. Letztlich entsteht damit bei den Bankkunden eine Zweiklassengesellschaft. Für einen nachhaltig wettbewerbsfähigen Finanzplatz sind dies nicht unbedingt gute Perspektiven

## Literaturverzeichnis

- BASEDOW JÜRGEN, Internationales Verbrauchervertragsrecht – Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform, in: HEINZ-PETER MANSEL ET AL. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Bd. I, München 2004, S. 3–23 (zit. BASEDOW)
- BONOMI ANDREA, Art. 15 CL, in: ANDREAS BUCHER (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011 (zit. CR-BEARBEITER/IN)
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC/REBER MARTINA/PODA ENDRIT, Das schweizerische Bankprivatrecht 2014–2015, SZW 2015, S. 386–416 (zit. EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/PODA, SZW 2015)
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC/DÖBELI THIRZA/LEPORI LEANDRO, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2017, S. 210–247 (zit. EMMENEGGER/THÉVENOZ/DÖBELI/LEPORI, SZW 2017)
- ENGERT ANDREAS/GROH GUNNAR, Internationaler Kapitalanlegerschutz vor dem Bundesgerichtshof, IPRax 2011, S. 458–469 (zit. ENGERT/GROH, IPRax 2011)

<sup>60</sup> Bericht des Bundesrates, Oktober 2016, Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz, S. 15.

<sup>61</sup> *Id.*

- FURRER ANDREAS/GLARNER ANDREAS, Art. 15 LugÜ, in: DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl., Bern 2011 (zit. SHK-FURRER/GLARNER)
- GEHRI MYRIAM A., Art. 15 LugÜ, in: OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-GEHRI)
- KAISER JOB N., Art. 32 ZPO, in: SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-KAISER JOB)
- KLUTH DAVID, Die Grenzen des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes, Jena 2009 (zit. KLUTH)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012 (zit. KREN KOSTKIEWICZ, IPR)
- DIES., Art. 15 LugÜ, in: DIES. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, IPRG/LugÜ, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, Zürich 2015 (zit. OFK-KREN KOSTKIEWICZ)
- MANKOWSKI PETER, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, S. 133–152 (zit. MANKOWSKI, IHR 2008)
- DERS., Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I-VO, RIW 2009, S. 98–118 (zit. MANKOWSKI, RIW 2009)
- DERS., RIW-Kommentar, RIW 2015, S. 768–770 (zit. MANKOWSKI, RIW 2015)
- MARKUS ALEXANDER R., Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014 (zit. MARKUS, IZPR)
- MARTINY DIETER, Art. 6 Rom I-VO, in: VON HEIN JAN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24), 6. Aufl., München 2015 (zit. MüKo-BEARBEITER/IN)
- RÜHL GISELA, Consumer Protection in Choice of Law, Cornell International Law Journal 44 (2011), S. 569–601 (zit. RÜHL, Consumer Protection)
- DIES., Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, Tübingen 2011 (zit. RÜHL, Statut und Effizienz)

STAUDINGER ANSGAR, Art. 6 Rom I-VO, in: FERRARI FRANCO ET AL. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ, 2. Aufl., München 2012 (zit. FERRARI/STAUDINGER)

STEHLE BERNHARD, Der Anwendungsbereich von Art. 15–17 LugÜ: Zugleich Besprechung von BGE 142 III 170, SRIEL 2017, S. 41–67 (zit. STEHLE, SRIEL 2017)

THORN KARSTEN, Art. 6 Rom I-VO, in: PALANDT OTTO (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München 2017 (zit. PALANDT-THORN)

WITTWER ALEXANDER, EuGH, Urteil vom 7.12.2010, verbundene Rechtssachen Peter Pammer gegen Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08) und Hotel Alpenhof GesmbH gegen Oliver Heller (C-144/09), AJP 2012, S. 286–288 (zit. WITTWER, AJP 2012)

## Von der (Un-)Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts

PASCAL GROLIMUND: Prof. Dr. iur., Titularprofessor an den Universitäten Basel und Zürich, Partner bei Kellerhals Carrard (Basel)/EVA BACHOFNER: Dr. iur., Gerichtsschreiberin Zivilgericht Basel-Stadt

### Inhaltsübersicht

I. Zwei Regelungsmodelle als Ausgangspunkt.....	93
II. Überlegenheit des einen Regelungsmodells gegenüber dem anderen? .....	96
III. Die Koexistenz der Regelungsmodelle als eigentliche Herausforderung.....	99
Literaturverzeichnis .....	103

### I. Zwei Regelungsmodelle als Ausgangspunkt

Soll das auf die güterrechtlichen Verhältnisse anwendbare Recht zu Beginn der Ehe ein für allemal festgelegt werden oder soll das Güterrechtsstatut ändern, wenn die Ehegatten den Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse – so namentlich ihren gemeinsamen Wohnsitz – während der Dauer der Ehe in einen anderen Staat verlegen? Dies ist die Fragestellung, der wir nachfolgend zu Ehren der Jubilarin nachgehen wollen.

Wohl seit jeher ist die Antwort auf diese Ausgangsfrage umstritten und wird je nach Rechtsordnung der eine oder andere Regelungsansatz – in mehr oder minder puristischer Form – verfolgt. So sieht etwa das noch geltende autonome deutsche Recht in Art. 15 Abs. 1 EGBGB vor, dass die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe *dem bei der Eheschliessung* für die allgemeinen Wirkungen der Ehe *massgebenden Recht* unterstehen. Damit halte, so KEGEL/SCHURIG, das deutsche Recht entgegen einem Vorschlag des Deutschen Rates für IPR an der *Unwandelbarkeit* des Güterrechtsstatuts fest. Man wollte damit *Schwierigkeiten* beim Wechsel von Güterständen und nach Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung vermeiden.<sup>1</sup>

Auch das Schweizer IPR folgte zu Zeiten des NAG dem Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts. So sollte nach Art. 19 Abs. 1 NAG – zwischen den Ehegatten – das Güterrecht der Ausländer mit Wohnsitz in der

<sup>1</sup> KEGEL/SCHURIG, S. 846; vgl. auch RAUSCHER, S. 190 f. und MANKOWSKI, Art. 15 EGBGB N 6 ff.

Festschrift für  
Jolanta Kren  
Kostkiewicz

Zivilprozess und Vollstreckung national und  
international – Schnittstellen und Vergleiche

# Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez

ISBN 978-3-7272-2289-4



Stämpfli Verlag