

Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen

Das Internationale Finanzmarkt-, Privat- und
Zivilprozessrecht Deutschlands, Österreichs,
der Schweiz und Liechtensteins

herausgegeben von

Dirk A. Zetzsche und Matthias Lehmann

mit Beiträgen von

Georg Eckert, Johannes Gasser, Peter Jung, Christoph Kumpan,
Matthias Lehmann, Eva Micheler, Helene Rebholz,
Dörte Poelzig, Marlene Schmidt, Ulrich G. Schroeter,
Astrid Stadler, Christoph Thole, Rüdiger Wilhelmi,
Martin Winner und Dirk A. Zetzsche

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Dirk A. Zetzsche, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaften in Düsseldorf und Toronto; 2004 LL.M. und Promotion (Thema: „Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft“); 2012 Habilitation in Düsseldorf mit einer Arbeit zu den Prinzipien der kollektiven Vermögensanlage und Verleihung der Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Rechtsökonomie und Rechtsethik; von 2012 bis 2016 Universitätsprofessor an der Universität Liechtenstein und Inhaber des Propter Homines Lehrstuhls für Bank- und Finanzmarktrecht; seit 2016 Universitätsprofessor an der Universität Luxemburg und Inhaber des ADA Chairs in Financial Law/Inclusive Finance; Direktor des Instituts für Unternehmensrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Matthias Lehmann, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaften in Jena, Paris und New York; 1998 D.E.A. an der Universität Paris 2; 2002 erste Promotion in Jena (Thema: „Die Schiedsfähigkeit wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip“), 2004 LL.M. an der Columbia Universität, 2008 Habilitation in Bayreuth (Thema: „Vom Wertpapierrecht zum Recht der Finanzinstrumente“) und Verleihung der Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Internationales Privatrecht, Zivilprozessrecht und Rechtsvergleichung; 2011 zweite Promotion (J.S.D.) an der Columbia Universität, NYC (Thema: „From Conflict of Laws to Global Justice“); von 2009 bis 2014 Universitätsprofessor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg; seit 2014 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht und Wirtschaftsrecht sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

ISBN 978-3-16-155670-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XV
Allgemeines Literaturverzeichnis	XXXV
Abkürzungsverzeichnis	XXXIX

§ 1 Das Finanzmarktrecht im Internationalen Privatrecht

(von Matthias Lehmann)	1
----------------------------------	---

A. Finanzmarktrecht und IPR – ein schwieriges Verhältnis	5
B. Methodische Ansätze zur Bewältigung des Konflikts zwischen IVwR und IPR im Finanzmarktrecht	13
C. Verortung des Finanzmarktrechts im geltenden IPR	21
D. Die Zukunft: Globales Finanzmarktrecht	37
E. Fazit	47

§ 2 Acht Thesen zum Finanzmarktrecht im Internationalen Zivilprozessrecht (von Christoph Thole)

A. Einführung	50
B. Vertragsgerichtsstand (Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO/ Art. 5 Nr. 1 LugÜ)	52
C. Verbrauchergerichtsstand (Art. 17 f. Brüssel Ia-VO/ Art. 15 f. LugÜ)	56
D. Deliktgerichtsstand (Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO/ Art. 5 Nr. 3 LugÜ)	60
E. Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO/Art. 6 Nr. 1 LugÜ)	70
F. Kollektiver Rechtsschutz und Internationales Prozessrecht	72
G. Insolvenzrechtliche Fragen	72
H. Fazit	74

§ 3 Drittstaaten im Finanzmarktrecht – Überlegungen zum Brexit (von Matthias Lehmann und Dirk Zetzsche)

A. Einleitung	77
B. Grundsatzfragen der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen	78
C. Drittstaatenzugang über Äquivalenzprinzip	81
D. EU-Tochtergesellschaft	94

E. Drittstaatenzugang nach mitgliedstaatlichem Recht	95
F. Fazit	97
§ 4 Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln in Finanzdienstleistungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes (von Johannes Gasser)	99
A. Einleitung	100
B. Zulässigkeit der Vereinbarung	105
C. Formvorschriften	121
D. Zusammenfassung	125
§ 5 Das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht des elektronischen Vertriebs von Finanzdienstleistungen (von Peter Jung)	127
A. Einführung	129
B. Elektronische öffentliche Werbung und Offertstellung für Finanzdienstleistungen	131
C. Elektronische Direktwerbung	141
D. Elektronischer Vertragsschluss über das Internet	142
E. Online-Brokerage	162
F. Rechte und Pflichten aus elektronisch vertriebenen Finanzinstrumenten	173
G. Fazit	176
§ 6 Grenzüberschreitende Anlageberatung und Vermögensverwaltung (von Helene Rebholz)	177
A. Rechtliche Grundlagen	178
B. Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung	180
C. Internationales Verfahrens- und Privatrecht	188
D. Fazit	196
§ 7 Das grenzüberschreitende Investmentdreieck – das IPR und IZPR der Investmentfonds (von Dirk Zetzsche)	199
A. Einleitung	200
B. Das grenzüberschreitende Investmentdreieck	201
C. Anlagebeziehung (Anleger bzw. „Fonds“ zu Verwalter und Verwahrer)	209
D. Intermediärsbeziehung (Verwalter zum Verwahrer et vice versa)	252
E. Investitionsbeziehung („Fonds“ zum Anlagegegenstand)	257
F. Drittbeziehung (Schädigung des Fondsvermögens durch Dritte)	261
G. Fazit und Thesen	262

§ 8	Grenzüberschreitende Depotketten und Investorenrechte	
	(von Eva Micheler)	265
A.	Einführung	265
B.	Aufbau von Depotketten	267
C.	Konsequenzen	269
D.	Perspektive deutscher Anleger	276
E.	Fazit	280
§ 9	Börsen und außerbörsliche Handelssysteme –	
	Die kollisionsrechtliche Behandlung von grenzüberschreitenden Wertpapierdienstleistungen	
	(von Christoph Kumpan)	281
A.	Einleitung	283
B.	Rechtswahlklauseln in den Handelsbedingungen von Finanzmarktplätzen bzw Handelssystemen	283
C.	Objektive Anknüpfung bei Verträgen über die Dienstleistungen von multilateralen Handelssystemen und geregelten Märkten	285
D.	Objektive Anknüpfung bei Börsen- bzw Handelssystem- innengeschäften	296
E.	Besonderheiten bei Retailhandelssystemen	307
F.	Anknüpfung bei systematischen Internalisierern	308
G.	Anknüpfung bei dem Handel vorgelagerten Verträgen mit Wertpapierfirmen	310
H.	Zusammenfassung	313
§ 10	Grenzüberschreitende Derivate, zentrale Gegenparteien	
	und EMIR (von Rüdiger Wilhelmi)	315
A.	Einleitung	315
B.	Definition, Arten und Bedeutung der Derivate	316
C.	Rechtliche Grundlagen der Derivate	326
D.	Internationales Privatrecht der Derivate	332
E.	Internationales Zivilprozessrecht der Derivate	348
F.	Regulierung grenzüberschreitender Derivategeschäfte	349
G.	Fazit	355
§ 11	Grenzüberschreitende Verhaltenspflichten und Haftung	
	von Rating-Agenturen (von Ulrich G. Schroeter)	357
A.	Einführung	359
B.	Grenzüberschreitende Verhaltenspflichten der Rating-Agenturen	366
C.	Gerichtliche Zuständigkeit zur Durchsetzung der Haftung von Rating-Agenturen	374

D. Haftung der Rating-Agenturen gegenüber Emittenten oder Anlegern nach Art. 35a EU-RatingVO	381
E. Haftung der Rating-Agenturen gegenüber Emittenten: Anwendbares Recht	389
F. Haftung der Rating-Agenturen gegenüber Anlegern: Anwendbares Recht	394
G. Auswirkungen US-amerikanischer Schutzstandards zugunsten der Rating-Agenturen	401
H. Fazit	406
§ 12 Grenzüberschreitende Haftung für fehlerhafte Prospekte (von Martin Winner und Marlene Schmidt)	409
A. Vorbemerkung	409
B. Grundlagen	410
C. Der Gerichtsstand	414
D. Das anwendbare Recht	425
E. Zusammenfassung	434
§ 13 Grenzüberschreitendes Unternehmenskapitalmarktrecht für den Sekundärmarkt (von Georg Eckert)	437
A. Einleitung	438
B. Insiderrecht einschließlich Ad-hoc-Publizität	439
C. Wesentliche Beteiligungen	465
D. Übernahmerecht	470
E. Fazit	477
§ 14 Grenzüberschreitende Marktmanipulation (von Dörte Poelzig)	479
A. Marktmanipulationsverbot gem. Art. 12, 15 MAR	482
B. Räumlicher Anwendungsbereich von Art. 15 MAR	487
C. Ausländische Regelungen	491
D. Grenzüberschreitende Durchsetzung des Marktmanipulationsverbots	493
E. Zusammenfassung	517
§ 15 Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegermassenschäden (von Astrid Stadler)	519
A. Ausgangssituation	521
B. Prozessuale Instrumente zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen aus Anlegermassenschäden	525

C. Internationale Zuständigkeit für Massenklagen nach der Brüssel Ia-Verordnung	531
D. Kollektive Vergleiche	536
Autorenverzeichnis	547
Stichwortverzeichnis	549

§ 5 Das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht des elektronischen Vertriebs von Finanzdienstleistungen

Literatur

Acocella, Domenico, Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr, 1989; *Arter, Oliver*, Gerichtsstand und anwendbares Recht bei elektronischen Geschäftstransaktionen und unerlaubten Handlungen, in: *Arter, Oliver/Jörg, Florian S.* (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law I, 2003, S. 157; *Banholzer, Felix*, Die internationale Gerichtszuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, 2011; *Bauer, Thomas*, Börsenmässige Termingeschäfte und Differenzeinwand im schweizerischen und deutschen IPR, 1988; *Bernasconi, Christophe/Keijser, Thomas*, The Hague and Geneva Securities Conventions: a Modern and Global Legal Regime for Intermediated Securities, *Uniform Law Review* 17 (2012), 549; *Biermann, Bart/Struycken, Teun*, Rome I on Contracts Concluded within Multilateral Systems, *NIPR* 2009, 416; *Bizzozero, Alessandro/Robinson, Christopher*, Cross-border Finanzgeschäfte aus der und in die Schweiz, 2011; *Blessing, Marc*, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, 1999; *Borges, Georg*, Electronic Banking, in *Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg* (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009; *Brandenberg Brandl, Beatrice*, Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht, 1991; *Brenncke, Martin*, Regelung der Werbung im Bank- und Kapitalmarktrecht, 2013; *Brödermann, Eckart*, Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht – Zum Beginn einer neuen Ära seit 17.12.2009, *NJW* 2010, 807; *Bucher, Andreas* (Hrsg.), Commentaire Romand – Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, 2011; *Clausnitzer, Jochen*, Gerichtsstand bei Verbraucherverträgen via Internetangebot, *EuZW* 2011, 98; *Ganssaue, Niklas*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet, 2004; *Garcimartín Alférez, Francisco*, The Special Provisions on Financial Market Contracts, in: *Cashin Ritaine, Eleanor/Bonomi, Andrea* (Hrsg.), Le nouveau règlement européen „Rome I“ relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, 2008, S. 161; *Girsberger, Daniel/Hess, Martin*, Das Haager Wertpapierübereinkommen, *AJP* 2006, 992; *Girsberger, Daniel/Weber-Stecher, Urs*, E-Banking und Internationales Privatrecht, in: *Wiegand, Wolfgang* (Hrsg.), E-Banking – Rechtliche Grundlagen, *BBT* Bd. 8, 2001, S. 195; *Goossens, Thomas/Feniello, Lucien*, Les prestataires de services financiers suisses face à la Convention de Lugano révisée, *GesKR* 2011, 217; *Hahn, Anne-Catherine*, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln im grenzüberschreitenden Bankgeschäft mit Privatkunden, *recht* 2012, 157; *Heiderhoff, Bettina*, Eine europäische Kollisionsregel für Pressedelikte, *EuZW* 2007, 428; *Hoffmann, Jochen/Primaczenko, Vladimir*, Verbraucherschutz beim grenzüberschreitenden Internetkredit, *WM* 2007, 189; *Huber, Stefan*, Haftung für Kapitalanlageprodukte: Lugano-Übereinkommen und Fragen des internationalen Insolvenzrechts (BGH, S. 423), *IPRax* 2015, 403; *Jung, Peter*, Die Bundesklage zum Schutz des Ansehens der Schweiz, in: *Lilie, Hans/Kern, Bernd-Rüdiger* (Hrsg.), Festschrift für Gerfried Fischer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 105; *Jung, Peter/Spitz, Philippe* (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren

Peter Jung

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Wettbewerb (UWG), 2. Aufl. 2016; *Junker, Abbo*, Der Reformbedarf im Internationalen Deliktsrecht der Rom II-Verordnung drei Jahre nach ihrer Verabschiedung, RIW 2010, 257; *Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 34. Aufl. 2016; *Kondorosy, Kinga Maria*, Die Prospekthaftung im internationalen Privatrecht unter Berücksichtigung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts, 1999; *Kren Kostkiewicz, Jolanta*, Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR, ZBJV 2001, 161; *Lehmann, Matthias*, Financial Instruments, in: *Leible, Stefan/Ferrari, Franco* (Hrsg.), Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009, S. 85; *ders.*, Finanzinstrumente – Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände, 2009; *Leible, Stefan/Lehmann, Matthias*, Die neue EG-Verordnung über das außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), RIW 2007, 721; *Looschelders, Dirk*, Internationale Zuständigkeit für Ansprüche aus Darlehen nach dem EuGVÜ – Ausweitung der besonderen Gerichtsstände kraft Sachzusammenhangs? (zu BGH, 7.12.2004 – XI ZR 366/03), IPRax 2006, 14; *Mankowski, Peter*, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ 63 (1999), 203, 262; *Micklitz, Hans-Werner/Rott, Peter*, Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, EuZW 2001, 325; *Millauer, Stephanie*, Sonderanknüpfung fremder zwingender Normen im Bereich von Schuldverträgen (Art. 19 IPRG und Art. 7 Abs. 1 EVÜ), 2001; *Müller, Michael*, Finanzinstrumente in der Rom I-VO, 2011; *Oppliger, Damien*, Le for du consommateur au sein de la Convention de Lugano appliqué aux investissements spéculatifs des Ultra High Net Worth Individuals – L'exemple de l'affaire Erwin Müller c/ J. Safra Sarasin SA, Jusletter vom 14. September 2015; *Peschel, Oliver*, Kommt das Geoblockingverbot?, GPR 2016, 194; *Rizvi, Salim/Alonso, Silvio*, Zum Begriff des „Ausrichtens“ in der EuGVVO und dem Lugano-Übereinkommen sowie der Bedeutung für den E-Commerce: Bemerkungen zum Entscheid des EuGH, verbundene Rechtssachen C-585/08 und C-144/09 vom 7. Dezember 2010 in der Sache Peter Pammer gegen Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH gegen Oliver Heller, recht 2010, 77; *Sachse, Kathrin*, Der Verbrauchervertrag im internationalen Privat- und Prozessrecht, 2006; *Schaller, Jean-Marc*, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, 2013; *Schmelzer, Mikael*, Der Konsumentenvertrag – Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung, 1995; *Schnyder, Anton K./Bopp, Lukas*, Kollisionsrechtliche Anknüpfung von Prospektspflicht und Prospekthaftung als Fragestellung des Internationalen Kapitalmarktrechts, in: *von der Crone, Hans Caspar et al.* (Hrsg.) Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Dieter Zobl, 2004, S. 391; *Schücking, Christoph*, Internationale Devisentermingeschäfte in der Insolvenz, in: *Aderhold, Eltje et al.* (Hrsg.), Festschrift für Hans Hanisch, 1994; *Schwind, Fritz*, Internationales Privatrecht, 1990; *Spindler, Gerald*, Kapitalmarktgeschäfte im Binnenmarkt, IPRax 2001, 400; *Eggert, Winter* (Hrsg.), Gabler Wirtschaftslexikon, 18. Aufl. 2014; *Vischer, Frank*, Geld- und Währungsrecht im nationalen und internationalen Kontext, 2010; *Vischer, Frank/Huber, Lucius/Oser, David*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000; *Voser, Nathalie*, Die Theorie der lois d'application immédiate im Internationalen Privatrecht, 1993; *Weber-Stecher, Urs*, Internationales Konsumvertragsrecht – Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB), 1997; *Zulauf, Urs*, Koregulierung statt Selbstregulierung. Erfahrungen mit der Selbstregulierung im Schweizer Finanzmarktrecht seit der Finanzkrise von 2007, in: *Jung, Peter/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Finanzmarktregulierung in der Krise, 2014, S. 83

Peter Jung

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

A. Einführung

Die Formen des grenzüberschreitenden elektronischen Vertriebs sind fast ebenso vielfältig wie die auf diesen Wegen angebotenen und erbrachten Finanzdienstleistungen. So kann das Internet über eine Website im World Wide Web zur Publikumswerbung oder über den E-Mail-Dienst zur individuellen Kontaktaufnahme mit einzelnen bzw einer Vielzahl von Kunden genutzt werden. Der angesprochene Kunde, bei dem es sich um einen Verbraucher handeln kann oder nicht, agiert zumeist über seinen an ein Rechner- oder Telefonnetz angeschlossenen Computer oder mobile Kommunikationsmittel. Dabei kann er sich mittels des PIN/TAN-Verfahrens (dann sog. Online-Banking) oder einer elektronischen Signatur (dann sog. Homebanking) für Transaktionen legitimieren¹. Es besteht die Möglichkeit, den Vertragsschluss über diese Kanäle nur anzubahnen oder auch zu vollenden. Schließlich kann die Vertragserfüllung, d. h. die Erbringung der Finanzdienstleistung selbst und/oder der für sie vorgesehenen Gegenleistung, über das Internet erfolgen. Der Finanzdienstleister mag Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung direkt mit den Kunden oder über selbständige Vertriebsmittler bzw Handelsplattformen tätigen. Das grenzüberschreitende Element kann darin bestehen, dass die Finanzdienstleisterin und der Kunde Wohnsitz bzw Sitz in verschiedenen Staaten haben, dass der Finanzdienstleister über eine Tochtergesellschaft, eine Zweigniederlassung oder eine Hilfsperson im Ausland zu Kunden in Kontakt tritt und/oder dort den Vertrag schließt oder dass die Finanzdienstleistung selbst grenzüberschreitend erbracht wird. Der Finanzdienstleister mag insofern im Zielland physisch präsent sein oder – wie es für die über das Internet tätigen Finanzdienstleister typisch ist – auch nicht. Nirgendwo sonst wird der Widerspruch zwischen globaler Vernetzung der Märkte und weitgehender territorialer Gebundenheit der Rechtsregeln so deutlich wie beim Internet-Vertrieb der unkörperlichen Finanzdienstleistungen².

Der rechtliche Rahmen des grenzüberschreitenden elektronischen Vertriebs von Finanzdienstleistungen setzt sich ebenfalls aus einer ganzen Reihe von Bausteinen zusammen. So kommt es zu einem Zusammenspiel von Aufsichts-, Privat- und Strafrecht sowie von internationaler, supranationaler und nationaler Regulierung, die als Selbst- bzw Koregulierung³ zudem teilweise privaten Ursprungs sein kann. Dabei betrifft nur ein kleiner Teil dieser Normen speziell den elektronischen Geschäftsverkehr. Die klassische Trennung zwischen verwaltungs-, privat- und strafrechtlichen Kollisionsregeln stellt dies vor Herausforderungen, wenn es etwa um eine privatrechtliche Schadensersatzverpflichtung aufgrund der Verletzung aufsichtsrechtlicher Schutznormen oder um die Be-

¹ Zu dieser Unterscheidung *Borges*, in: Derleder/Knops/Bamberger, § 9 (Electronic Banking), Rn. 1.

² Vgl auch *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 10 und 12.

³ *Zulauf*, in: Jung/Schwarze, S. 83, 83 ff.

rücksichtigung ausländischen Aufsichtsrechts geht⁴. So gelten im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht für Delikte und Verträge im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Es ist daher in diesem sog. Internationalen Finanzmarkttransaktionsrecht wie auch sonst im Wesentlichen nach der Art des Schuldverhältnisses (vertraglich oder außervertraglich) und dem Zweck eines Vertrags (persönlich bzw familiär oder gewerblich bzw beruflich) sowie zwischen subjektiver (Gerichtsstandsvereinbarung, Rechtswahl) und objektiver Anknüpfung zu differenzieren, wobei nur ein Teil der Anknüpfungsregeln inter- oder supranational vereinheitlicht ist. Im Kollisionsrecht stellt aber dann noch das mögliche Einwirken ausländischen öffentlichen Finanzmarktaufsichtsrechts eine Besonderheit dar (sog. Internationales Finanzmarktprivatrecht).

- 4 In sachlicher Hinsicht beschränkt sich dieser Beitrag auf Dienstleistungen von Kreditinstituten iSv Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 VO (EU) Nr. 575/2013, E-Geld-Instituten iSv Art. 2 Nr. 1 RL 2009/110/EG, Zahlungsinstituten iSv Art. 4 Nr. 4 iVm Art. 10 RL 2007/64/EG, Wertpapierfirmen iSv Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 RL 2004/39/EG bzw RL 2014/65/EU und Marktbetreiber iSv Art. 4 Abs. 1 Nr. 13 RL 2004/39/EG bzw Art. 4 Abs. 1 Nr. 18 RL 2014/65/EU. Dienstleistungen betreffend Versicherungen⁵, die Vermögensverwaltung, Investmentfonds⁶, Pensionsfonds, die Datenbereitstellung, die Registrierung und Ratings⁷ bleiben ausgeklammert⁸. Behandelt werden zentrale und exemplarische Fragen der objektiven direkten internationalen Zuständigkeit staatlicher Gerichte und des objektiven Kollisionsrechts, nicht jedoch solche der Schiedsgerichtsbarkeit, der subjektiven Anknüpfung (Gerichtsstandsvereinbarung und Rechtswahl)⁹ sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen. Räumlich soll es nur um grenzüberschreitende Sachverhalte im deutschsprachigen Raum und damit um die Zuständigkeitsregelungen bzw Kollisionsrechte Deutschlands, Liechtensteins, Österreichs und der Schweiz gehen.

4 Dazu nur *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 175, 177 und 182.

5 Für diese gelten besondere Regelungen etwa nach Art. 10ff. Brüssel Ia-VO, Art. 7 Rom I-VO, Art. 8ff. LugÜ sowie in Liechtenstein nach dem Gesetz über das internationale Versicherungsvertragsrecht (IVersVG) vom 13. Mai 1998 (LGBL. 1998/120).

6 Vgl dazu die Beiträge in diesem Band von *Rebholz*, § 6, sowie *Zetzsche*, § 7.

7 Vgl dazu den Beitrag von *Schroeter*, in diesem Band, § 11; zur vereinheitlichten zivilrechtlichen Haftung von Ratingagenturen s. Art. 35a VO (EU) Nr. 462/2013.

8 S. zur Definition der verschiedenen Finanzdienstleistungstätigkeiten im EU-Recht näher *Jung/Bischof*, Rn. 65 ff.

9 S. dazu näher den Beitrag von *Gasser*, in diesem Band, § 4, sowie *Hahn*, recht 2012, 157, 157 ff.

B. Elektronische öffentliche Werbung und Offertstellung für Finanzdienstleistungen

I. Formen der öffentlichen Werbung bzw Offertstellung

Eine Website kann im World Wide Web prinzipiell von jedermann weltweit durch Direkteingabe der URL oder über einen Hyperlink aufgerufen werden. Werden Werbeinhalte über eine Website verbreitet, handelt es sich daher um ein Musterbeispiel grenzüberschreitender öffentlicher Werbung, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass sie sich an einen unbestimmten bzw nicht abgegrenzten internationalen Personenkreis richtet¹⁰. Insofern zielt die Werbung dann zu-
meist als sog. Publikumswerbung auf jedermann und nicht als sog. Fachwerbung lediglich auf besonders qualifizierte Personen wie etwa qualifizierte Anleger¹¹. Soll die Werbung allein an Maßstäben der Fachwerbung gemessen werden, muss sie ihre Beschränkung auf die betreffenden Kreise zB durch ein sich automatisch im Sichtfeld des Betrachters öffnendes Fenster klar zum Ausdruck bringen.

Die Werbung für Finanzdienstleistungen über eine Website kann unzulässig sein¹². Aufsichtsrechtlich unzulässig ist sie, wenn die öffentliche Form der Werbung (insbesondere als Publikumswerbung) für (bestimmte) Finanzdienstleistungen überhaupt verboten ist¹³. Sie kann zudem bei unrichtigen, irreführenden oder sonst unzulässig die Kunden beeinflussenden Inhalten sowie bei unzulässigen Nachahmungen und Anlehnungen privatrechtlich unlauter sein¹⁴. Sowohl aufsichtsrechtlich unzulässig wie privatrechtlich unlauter ist die Verwendung bestimmter Bezeichnungen (zB „Bank“, „Effektenhändler“, „Sparen“) durch einen nicht über die entsprechende Erlaubnis/Bewilligung verfügenden Finanz-

¹⁰ So etwa für das schweizerische Recht Art. 2 lit. k RTVG; s. zur Konkretisierung des etwa im schweizerischen Recht u. a. in Art. 2 lit. d BEHG verwendeten Begriffs des öffentlichen Angebots das FINMA-RS 08/5 Effektenhändler vom 20.11.2008 Rn. 14, wonach in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 BankV aF ein Angebot als öffentlich gilt, „wenn es sich an unbestimmt viele richtet, d. h. insbesondere durch Inserate, Prospekte, Rundschreiben oder elektronische Medien verbreitet wird“.

¹¹ S. dazu etwa im früheren schweizerischen Recht Art. 3 KAG aF (bis 1.3.2013): „Als öffentliche Werbung im Sinne dieses Gesetzes gilt jede Werbung, die sich an das Publikum richtet. [...] Die Werbung gilt als nicht öffentlich, wenn sie sich ausschließlich an qualifizierte Anleger gem. Artikel 10 Absatz 3 richtet“.

¹² S. eingehend und rechtsvergleichend zur Regulierung der Werbung im deutschen, europäischen und schweizerischen Bank und Kapitalmarktrecht *Brenncke*.

¹³ S. dazu etwa § 12 des Gesetzentwurfs der deutschen Bundesregierung für ein Kleinanlegerschutzgesetz (BT-Drucks. 18/3994), welcher dann allerdings nicht Gesetz wurde; zur Möglichkeit eines aufsichtsrechtlichen Verbots der einen Missstand darstellenden Werbung s. § 92 WpHG; zu den aufsichtsrechtlichen Werbevorgaben insb. nach § 23 KWG und Art. 4^{quater} CH-BankG eingehend *Brenncke*, S. 11 ff., 523 ff. bzw 1173 ff.

¹⁴ S. zu den verschiedenen Tatbeständen unlauteren Werbens nur *Jung*, in: Jung/Spitz, Art. 2 UWG Rn. 35 ff.

dienstleister¹⁵. Schließlich mag bereits das öffentliche Anerbieten zur Erbringung von Finanzdienstleistungen wie etwa im schweizerischen Recht das öffentliche Angebot zur Entgegennahme von Publikumseinlagen¹⁶ sowie das öffentliche Angebot von Effekten auf dem Primärmarkt (sog. Emissionshäuser) und von Derivaten (sog. Derivathäuser)¹⁷ die Bewilligungs- bzw Erlaubnispflicht auslösen, so dass die entsprechende Offertstellung nur zulässig ist, wenn die notwendige Bewilligung erteilt wurde. Lediglich eine allgemein gehaltene und nicht auf bestimmte Produkte bezogene bloße Aufmerksamkeitswerbung wäre dann nicht erlaubnispflichtig¹⁸.

II. Internationale Zuständigkeit

1. Übersicht über die Zuständigkeitsregelungen

- 7 Soweit es darum geht, ob und inwiefern durch eine unzulässige öffentliche Werbung bzw Offertstellung zivilrechtliche Rechtsfolgen unter insbesondere lauterkeits- und allenfalls noch persönlichkeits- oder immaterialgüterrechtlichen Gesichtspunkten ausgelöst werden, kommen die deliktsrechtlichen Regelungen zur direkten internationalen Zuständigkeit zur Anwendung. So gelten im Falle einer fehlenden wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung und bei einem Wohnsitz bzw Sitz des Finanzdienstleisters (Art. 62f. Brüssel Ia-VO) in einem EU-Mitgliedstaat für die Zuständigkeitsprüfung durch deutsche und österreichische Gerichte die Art. 4ff. Brüssel Ia-VO. Danach bestehen alternative Gerichtsstände im Staat des Wohnsitzes/Sitzes des Finanzdienstleisters (Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 62f.)¹⁹, am Handlungs- oder Erfolgsort (Art. 7 Nr. 2) sowie am Ort einer den Ausgangspunkt der Streitigkeit bildenden Niederlassung (Art. 7 Nr. 5). Die schweizerischen Zivilgerichte werden für den Fall, dass der Wohnsitz/Sitz (Art. 59f. LugÜ) des Finanzdienstleisters in einem durch das LugÜ gebundenen Staat (Art. 1 Abs. 3 LugÜ) liegt, zur Prüfung der eigenen internationalen Zuständigkeit die Parallelregelungen in Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Nr. 3 und Nr. 5 LugÜ

¹⁵ S. etwa im schweizerischen Recht Art. 1 Abs. 4 und Art. 15 CH-BankG sowie Art. 10 Abs. 7 BEHG.

¹⁶ Art. 3 Abs. 1 CH-BankG iVm Art. 2 lit. a BankV.

¹⁷ Art. 10 Abs. 1 iVm Art. 2 lit. d BEHG.

¹⁸ S. dazu etwa für grenzüberschreitende Werbeaktivitäten das von der deutschen Aufsichtsbehörde BaFin herausgegebene „Merkblatt – Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen“ vom 1. April 2005, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_050401_grenzueberschreitend.html (besucht am 17.8.2017), Ziff. 1 Punkt „Werbung“.

¹⁹ Die örtliche Zuständigkeit im Wohnsitz-/Sitzstaat richtet sich nach dessen autonomem internationalem Zuständigkeitsrecht, so dass sich etwa in der Schweiz nach Art. 2 CH-IPRG ein Gerichtsstand am Ort des Wohnsitzes/Sitzes ergibt.

heranziehen²⁰. Liechtenstein ist zwar EWR- und EFTA-Mitglied, doch gelten dort weder die Brüssel Ia-VO noch das LugÜ, so dass für die Zuständigkeit des liechtensteinischen Landgerichts die Jurisdiktionsnorm (LI-JN)²¹ mit den §§ 30f. (Beklagtenforum), § 42 Abs. 1 (Gerichtsstand am Ort gewisser Niederlassungen) und § 50 (exorbitanter Gerichtsstand für vermögensrechtliche Ansprüche bei inländischer Belegenheit von Vermögensgegenständen) maßgeblich ist. Einen besonderen Gerichtsstand für unerlaubte Handlungen kennt das liechtensteinische Recht nicht. Liegt der Wohnsitz/Sitz des Finanzdienstleisters nicht in einem EU-Mitgliedstaat bzw nicht in einem durch das LugÜ gebundenen Staat, wenden auch die deutschen und österreichischen bzw die schweizerischen Zivilgerichte ihr autonomes internationales Zuständigkeitsrecht für unerlaubte Handlungen (zB Art. 129 CH-IPRG, § 32 D-ZPO) bzw lauterkeitsrechtliche Klagen (zB § 14 D-UWG) bzw immaterialgüterrechtliche Verletzungsklagen (zB Art. 109 Abs. 2 CH-IPRG) an.

Geht es um eine Haftung der Verantwortlichen für unrichtige oder irreführende öffentliche Bekanntmachungen („Prospekt“) im Zusammenhang mit der öffentlichen Ausgabe von Beteiligungspapieren oder Anleihen, dann besteht für diese sog. Prospekthaftung nach autonomem schweizerischem Recht nicht nur eine zwingende Zuständigkeit am Ausgabeort (Art. 151 Abs. 3 CH-IPRG), sondern auch am Sitz der Gesellschaft (Art. 151 Abs. 1 CH-IPRG). Im Anwendungsbereich des LugÜ sind diese Regelungen allerdings durch die genannten Normen des LugÜ verdrängt²². 8

Bei der Werbung, die anschließend zu einem Vertragsschluss zwischen dem Finanzdienstleister und einem Kunden führt, stellt sich für Ansprüche aus culpa in contrahendo wegen unrichtiger oder irreführender Angaben in der Werbung die Frage der Abgrenzung zu den vertragsrechtlichen Zuständigkeitsregelungen. Während derartige Ansprüche im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO²³ und des LugÜ²⁴ als deliktsrechtlich zu qualifizieren sein dürften, scheint dies im Anwendungsbereich des CH-IPRG²⁵ fraglich. 9

²⁰ *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 204ff. (allgemein) und Rn. 209 (speziell für persönlichkeits- und immaterialgüterrechtliche Verletzungsklagen).

²¹ Gesetz vom 10. Dezember 1912 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm), LGBl 1912 Nr. 9/2.

²² Als Ausgabeort soll der Sitz der Bank gelten, welche Prospekte auflegt bzw über das Internet öffentliche Bekanntmachungen vornimmt und Zeichnungserklärungen entgegennimmt; dazu etwa *Eberhard/von Planta*, in: Basler Kommentar, Art. 151 IPRG Rn. 11 mwN.

²³ Vgl noch zum Brüsseler Übereinkommen EuGH vom 17.9.2002, Rs. C-334/00 (*Taccioni/Wagner*), Slg. 2002 I, 7357, Rn. 21 ff. (betreffend den Abbruch von Vertragsverhandlungen).

²⁴ Dazu unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH und zugleich kritisch *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 50ff. und 214; anders allerdings BGHZ 190, 28 Rn. 42f.

²⁵ Generell für eine vertragsrechtliche Qualifikation der culpa in contrahendo *Bonomi*,

2. Einzelne Gerichtsstände

a) Gerichtsstand am Handlungsort

- 10 Soweit es nach der maßgeblichen Zuständigkeitsregel auf den Handlungsort ankommt, ist dieser bei der öffentlichen Werbung über eine Website dort zu verorten, wo die die Rechtsverletzung bewirkenden Daten in das World Wide Web eingespeist wurden²⁶. Besteht die Verletzungshandlung darin, dass ein Werber auf der Website einer Suchmaschine, die unter der Top-Level-Domain eines anderen Mitgliedstaats betrieben wird, ein mit dieser Marke identisches Schlüsselwort verwendet hat, liegt der Handlungsort am Ort der Niederlassung des Werbenden. Dort wurde nämlich über das Auslösen des technischen Anzeigevorgangs entschieden. Außerdem handelt es sich um einen feststehenden und für beide Parteien feststellbaren Ort, der geeignet ist, die Beweiserhebung und die Gestaltung des Prozesses zu erleichtern²⁷. Die Entwicklung einer unzulässigen Werbung ist hingegen als bloße Vorbereitungshandlung für die Bestimmung des Handlungsorts ebenso irrelevant wie der dem Finanzdienstleister häufig gar nicht bekannte Standort des die Daten speichernden Servers²⁸.

b) Gerichtsstand am Erfolgsort

- 11 Wirkt wie nach allen im deutschsprachigen Raum maßgeblichen deliktsrechtlichen Zuständigkeitsregelungen auch der Erfolgsort zuständigkeitsbegründend, liegt dieser an dem Ort, an dem das haftungsauslösende Ereignis den unmittelbar Betroffenen direkt geschädigt hat, also am Ort der primären Rechtsgutsverletzung²⁹. Bloße finanzielle Folgeschäden aus einer primären Rechtsgutsverletzung bleiben außer Betracht. Im Falle der bei Finanzdienstleistungen häufigen sog. reinen Vermögensschäden bereitet die Bestimmung des Ortes der primären Rechtsgutsverletzung allerdings Schwierigkeiten. Hier kann man nur auf den

in: Bucher, Art. 112–149 LDIP Rn. 23 ff.; differenzierend zwischen Aufklärungspflichtverletzungen (Vertrag) und Schutzpflichtverletzungen (Delikt) *Amstutz/Wang*, in: Basler Kommentar, Art. 112 IPRG Rn. 5.

²⁶ Dazu generell *Geimer*, Rn. 1500b; für unlautere und Immaterialgüterrechte verletzende Handlungen *Nagel/Gottwald*, § 3 Rn. 86 (alternativ neben dem Serverstandort); für Art. 5 Nr. 3 LugÜ *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 243.

²⁷ Für Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO EuGH vom 19.4.2012, Rs. C-523/10 (*Wintersteiger*), NJW 2012, 2175, Rn. 37; *Geimer*, Rn. 1518b.

²⁸ Für Art. 5 Nr. 3 LugÜ *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 243; zur fehlenden Eignung der Anknüpfung an den Serverstandort auch EuGH vom 19.4.2012, Rs. C-523/10 (*Wintersteiger*), NJW 2012, 2175, Rn. 36 (zu Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO) und *Nagel/Gottwald*, § 3 Rn. 86.

²⁹ EuGH vom 11.1.1990, Rs. 220/88 (*Dumez France/Hessische Landesbank*), Slg. 1990, I-49, Rn. 15 ff.; weniger genau EuGH vom 28.1.2015, Rs. C-375/13 (*Kolassa*) EuZW 2015, 218, Rn. 54 (Eintritt des Schadens an dem Ort, an dem der Investor ihn erleidet); für Art. 5 Nr. 3 LugÜ *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 244 mwN.

Ort der ersten Vermögensdisposition³⁰ oder den Ort der Belegenheit des konkret geminderten Teilvermögens³¹ abstellen. Nur nach der zweiten Ansicht kommt bei Vermögensschäden auch ein Gerichtsstand am Ort der Führung desjenigen Bankkontos in Betracht, von dem aus die erste belastende Überweisung an einen Dritten erfolgte, was tendenziell den geschädigten Kläger bevorzugt, weil das betreffende Konto häufig an seinem Wohnsitz geführt werden wird³². Für deliktsrechtliche Ansprüche aufgrund von Publikationen im Internet besteht ein Erfolgsort jedenfalls dort, wo die Website bestimmungsgemäß abrufbar ist³³. Dies setzt zunächst voraus, dass die Werbung im Staat des angerufenen Gerichts überhaupt abrufbar ist, so dass sich ein Finanzdienstleister bislang noch³⁴ durch eine regionale Sperrung der Zugriffsmöglichkeit auf seine Website (sog. Geoblocking) gegen eine entsprechende internationale Zuständigkeit verwehren kann³⁵. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die Website zwar zugänglich ist, aber ein Angebot im Gerichtsstaat ausdrücklich ausgeschlossen wird. Nach der Praxis der schweizerischen Aufsichtsbehörde FINMA soll ein solcher Disclaimer die Annahme eines Vertriebs in der Schweiz bereits dann ausschließen, wenn er beim Aufruf der Website (auch mittels eines sog. Deep Link) automatisch und deutlich sichtbar platziert wird und nicht umgangen werden kann, ohne dass der Anleger bestätigt hat, davon Kenntnis genommen zu haben³⁶. Der Disclaimer muss darüber hinaus in dem Augenblick erscheinen und dessen Kenntnisnahme bestätigt werden, in dem der Anleger den Anbieter online kontaktiert, um eine Zeichnung vorzunehmen. Auf das internationale Zivilverfahrensrecht dürfte dies aber nur zu übertragen sein, wenn der Inhalt des Disclai-

30 EuGH vom 16.6.2016, Rs. C-12/15 (*Universal Music International Holding/Schilling u. a.*), EuZW 2016, 583, Rn. 31 f.; zum Erfolgsort bei einem aufsichtsrechtlich unzulässigen Vertrieb von Finanzdienstleistungen am Ort der ersten Vermögensdisposition auch BGH IPRax 2015, 423 mit Anm. *Huber*, IPRax 2015, 403, 403 ff.

31 *GA Szpunar*, Schlussanträge vom 10.3.2016 Rs. C-12/15 (*Universal Music International Holding/Schilling u. a.*), ECLI:EU:C:2016:161, Rn. 38 Fn 22 mit Hinweis auf *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski*, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 328.

32 Für eine Zuständigkeit am Ort der unmittelbaren Kontobelastung EuGH vom 28.1.2015, Rs. C-375/13 (*Kolassa*) EuZW 2015, 218, Rn. 54 ff.; aA EuGH vom 16.6.2016, Rs. C-12/15 (*Universal Music International Holding/Schilling u. a.*), EuZW 2016, 583, Rn. 29 ff. (Überweisung mit Kontobelastung als Erfüllungshandlung lediglich mittelbare Folge einer eingegangenen vertraglichen Verpflichtung).

33 Dazu näher *Banholzer*, S. 62 ff.; ferner *Nagel/Gottwald*, § 3 Rn. 86; für die Verletzung von Kennzeichenrechten durch Domain-Namen BGER 4C.341/2005 E. 4; speziell für die sonderdeliktsrechtlichen Ansprüche des Lauterkeitsrechts *Arter*, in: *Arter/Jörg*, 157, 186 f.

34 Zu dem nach Art. 3 des Vorschlags vom 25.5.2016 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen gegen Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts sowie zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, COM(2016) 289 final, geplanten Geoblockingverbot näher und krit. *Peschel*, GPR 2016, 194, 194 ff.

35 Vgl zur Zugangsbeschränkung durch Online-Abfragen *Rizvi/Alonso*, recht 2010, 77, 81.

36 FINMA-RS 2013/09 „Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen“, Rn. 77.

mers eindeutig und ernst gemeint ist und auch tatsächlich „gelebt“ wird³⁷. Richtigerweise bildet der Disclaimer daher im internationalen Zivilverfahrensrecht nur ein Indiz gegen die Ausrichtung der Werbung auf den Gerichtsstaat.

- 12 Die technische Zugänglichkeit der Website oder die Angabe einer elektronischen Adresse ist allein jedoch nicht ausreichend³⁸. Vielmehr ist erforderlich, dass sich die Website bei einer Gesamtbetrachtung auch an Kunden im Gerichtsstaat richtet, wozu sie den einzelnen Verbraucher aber nicht gezielt erreichen muss, sondern auch nur zufällig von ihm wahrgenommen werden kann³⁹. Wird die Werbung von einem Vertriebspartner verbreitet, ist erforderlich, dass dies mit Wissen und Wollen des Finanzdienstleisters geschieht⁴⁰. Nach der Leitentscheidung des EuGH im Fall *Pammer und Hotel Alpenhof*⁴¹ orientiert sich die Prüfung des Erfordernisses des Ausrichtens im Einzelnen an ganz ähnlichen Kriterien wie die Beurteilung der aufsichtsrechtlichen Erlaubnispflicht bei grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen durch die deutsche Aufsichtsbehörde BaFin⁴². Indizien für das Ausrichten auf den Gerichtsstaat sind danach unter anderem die Sprache, die Verwendung eines anderen ausländischen oder neutralen Domännennamens oberster Stufe als desjenigen des Mitgliedstaats der Niederlassung des Gewerbetreibenden, die Verwendung von Meta-Tags in der Sprache des Gerichtsstaats⁴³, die Erwähnung einer internationalen Kundenschaft, die sich auch aus im Gerichtsstaat wohnhaften Kunden zusammensetzt, Anfahrtsbeschreibungen vom Gerichtsstaat aus, länderspezifische Angaben zum Finanzprodukt und seinen rechtlichen Rahmenbedingungen sowie den Zahlungsmodalitäten, Preisangaben in der Landeswährung sowie die Nennung von Ansprechpartnern im Gerichtsstaat oder von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl⁴⁴. Insbesondere die Tatsache des tatsächlichen E-Mail-Kontakts mit Kunden bzw des Absatzes der angebotenen Finanzdienstleistungen im Gerichtsstaat spricht für einen dortigen Erfolgsort. Unerheblich ist, ob ein Ver-

37 So auch BGHZ 167, 91; *Peschel*, GPR 2016, 194, 196 f.; *Geimer/Schütze*, Art. 15 Rn. 38; *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 258.

38 EuGH vom 7.12.2010, Rs. C-585/08 und C-144/09 (*Pammer und Hotel Alpenhof*), Slg. 2010, I-12527, Rn. 94; BGH EuZW 2009, 26; *Geimer/Schütze*, Art. 15 Rn. 38.

39 OLG Hamburg vom 23.6.2004 (4U 156/03 und 327 O 246/02).

40 S. dazu EuGH vom 7.12.2010, Rs. C-585/08 und C-144/09 (*Pammer und Hotel Alpenhof*), Slg. 2010, I-12527, Rn. 89; OLG Hamburg vom 23.6.2004 (4U 156/03 und 327 O 246/02), wonach es ausreichte, dass zur Werbung zwar kein ausdrücklicher Auftrag erteilt wurde, zwischen dem Werbenden und der Bank jedoch eine Retrozessionsvereinbarung bestand.

41 EuGH vom 7.12.2010, Rs. C-585/08 und C-144/09 (*Pammer und Hotel Alpenhof*), Slg. 2010, I-12527, Rn. 80 ff.; dazu auch *Rizvi/Alonso*, recht 2010, 77 ff.; teils krit. *Leible*, in: Hüßtege/Mansel, Art. 6 Rom I-VO Rn. 55 ff.

42 S. dazu etwa das Merkblatt der BaFin zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG (Fn 18), Ziff. 1 Punkt „Internetangebote“ sowie das FINMA-RS 2013/09 „Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen“, Rn. 68 ff.

43 S. dazu die Botschaft zur Genehmigung des rev. LugÜ BBl 2009, 1777, 1794 f.

44 Vgl. dazu auch *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 258 und die zuvor genannten Nachweise; teils kritisch *Clausnitzer*, EuZW 2011, 98, 104 f.

tragsschluss über die dann sog. aktive Website per E-Mail oder Mausklick möglich ist. Erfasst werden also auch sog. passive Websites, sofern über sie eine bestimmungsgemäße Kontaktaufnahme mit dem Kunden erfolgt, was insbesondere der Fall ist, wenn die Website zur Bestellung auffordert⁴⁵. Bei Klagen aufgrund unlauteren Wettbewerbs sollte allerdings verlangt werden, dass die Werbung geeignet ist, im Gerichtsstaat den Wettbewerb zu beeinflussen⁴⁶, was voraussetzt, dass die Finanzdienstleistungen dort auch tatsächlich angeboten werden bzw demnächst angeboten werden sollen.

Regelmäßig wird es sich bei einer unlauteren oder Persönlichkeitsrechte verletzenden öffentlichen Werbung im Internet wegen der bestimmungsgemäßen Betroffenheit zahlreicher Staaten um ein sog. Streudelikt handeln, für welches die sog. Mosaiktheorie⁴⁷ gilt⁴⁸. Danach kann an einzelnen Erfolgsorten nur der im jeweiligen Land entstandene Schaden und nicht der Gesamtschaden eingeklagt werden, was nur am Wohnsitz/Sitz des Finanzdienstleisters, am Handlungsort und am Ort des Mittelpunkts der verletzten Interessen⁴⁹ möglich ist. Entsprechendes gilt für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowie für Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz⁵⁰. 13

c) Gerichtsstand am Ort einer Niederlassung

Für Streitigkeiten aus dem Betrieb einer Niederlassung des Beklagten besteht am Ort der Niederlassung ein Gerichtsstand, sofern der Beklagte seinen Wohnsitz/Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat bzw einem anderen durch das LugÜ gebundenen Staat hat (Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia-VO, Art. 5 Nr. 5 LugÜ). Niederlassung ist nach der Rechtsprechung des EuGH „ein Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit [...], der auf Dauer als Außenstelle eines Stammhauses hervortritt, eine Geschäftsführung hat und sachlich so ausgestattet ist, dass er in der Weise Geschäfte mit Dritten betreiben kann, dass diese, obgleich sie wissen, dass möglicherweise ein Rechtsverhältnis mit dem im Ausland ansässigen Stammhaus begründet wird, sich nicht unmittelbar an diese zu wenden brauchen, sondern Geschäfte an dem Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit abschließen können, der 14

⁴⁵ *Geimer/Schütze*, Art. 15 Rn. 38; anders allerdings noch die gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zu den Art. 15 und 73 EuGVO (Anhang II), Ziff. 1 (Dokument des Rates der EU 14139/00 JUSCIV 137, S. 5).

⁴⁶ Dazu *Leible*, in: Rauscher, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 131 mwN.

⁴⁷ Dazu nur EuGH vom 7.3.1995, Rs. 68/93 (*Shevill/Presse Alliance*), Slg. 1995 I 415, Rn. 40.

⁴⁸ Für die Brüssel Ia-VO *Nagel/Gottwald*, § 3 Rn. 87; für Art. 5 Nr. 3 LugÜ *Aocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 257.

⁴⁹ Nach EuGH vom 25.10.2011, Rs. C-509/09 und C-161/10 (*eDate Advertising GmbH*), NJW 2012, 137, Rn. 48f. befindet sich der Mittelpunkt der verletzten Interessen regelmäßig am gewöhnlichen Aufenthalt des mutmaßlichen Opfers, kann uU aber auch an einem anderen Ort (zB demjenigen der Berufstätigkeit) liegen.

⁵⁰ *Leible*, in: Rauscher, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 111.

dessen Außenstelle ist⁵¹. Durch den bloßen Standort eines Servers wird daher noch keine Niederlassung begründet⁵². Von der Niederlassung aus muss zudem für den Beklagten gehandelt worden sein, was im rechtsgeschäftlichen Bereich ein zumindest geduldetes Handeln in fremdem Namen und im außervertraglichen Bereich ein Handeln als Verrichtungsgehilfe im Zusammenhang mit der Wahrnehmung zumindest stillschweigend übertragener Verrichtungen voraussetzt⁵³. Aus dem Betrieb einer Niederlassung des Beklagten heraus entsteht die Streitigkeit, wenn die Werbung bzw. Offerte dort konzipiert, erstellt oder von dort verbreitet wurde.

III. Anwendbares Recht

1. Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb

- 15 Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb unterstehen vor deutschen und österreichischen Gerichten nach dem gem. Art. 6 Abs. 4 zwingenden Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO grundsätzlich dem Recht desjenigen Staates, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden⁵⁴. Diese sog. Marktortregel wird grundsätzlich auch von den liechtensteinischen und schweizerischen Zivilgerichten herangezogen (Art. 52 Abs. 2 LI-IPRG, Art. 136 Abs. 1 CH-IPRG⁵⁵). Sollte allerdings nach Art. 10 Abs. 3 CH-UWG der Bund, grundsätzlich vertreten durch das Sekretariat für Wirtschaft (SECO)⁵⁶, eine negatorische Privatklage vor schweizerischen Zivilgerichten erheben, weil er es zum Schutz des öffentlichen Interesses (zB Rufschädigung des Finanzplatzes Schweiz durch die Internetwerbung) als nötig erachtet⁵⁷, wäre unabhängig von der Marktortregel das schweizerische Lauterkeitsrecht als international zwingendes Recht anwendbar (Art. 10 Abs. 5 CH-UWG)⁵⁸.

51 EuGH vom 22.11.1978, Rs. 33/78 (*Somafer/Saar-Ferngas*), Slg. 1978, 2183, Rn. 12.

52 *Girsberger/Weber-Stecker*, in: Wiegand, 195, 202.

53 Für Art. 5 Nr. 3 LugÜ *Siebr*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 5 LugÜ Rn. 9f.; generell zum Niederlassungsbezug EuGH vom 22.11.1978, Rs. 33/78 (*Somafer/Saar-Ferngas*), Slg. 1978, 2183, Rn. 13.

54 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, Einl UWG Rn. 5.27 ff.

55 Näher *Grolimund*, in: Jung/Spitz, Einl. Rn. 110 ff.

56 Art. 1 der Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 12. Oktober 2011, SR 241.3.

57 Näher zu dieser Voraussetzung der Bundesklage *Jung/Spitz*, in: Jung/Spitz, Art. 10 UWG Rn. 34a ff.

58 In diesem Sinne bereits vor Einführung des Art. 10 Abs. 5 CH-UWG (zum 1.4.2012) BGE 136 III 23, 35 ff.; s. dazu *Jung*, FS Fischer, 2010, S. 105, 105 ff.; krit. dazu *Grolimund*, in: Jung/Spitz, Einl. Rn. 137a.

2. Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung

Auf Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus einer Verletzung von Persönlichkeitsrechten (Schadensersatz-, Beseitigungs-, Widerrufs- und Unterlassungsansprüche) kommt die Rom II-VO nach deren Art. 1 Abs. 2 lit. g nicht zur Anwendung⁵⁹. Soweit es sich nicht um Immaterialgüterrechtsverletzungen handelt, die auch bei einem persönlichkeitsrechtlichen Einschlag (zB Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts) von Art. 8 Rom II-VO erfasst werden⁶⁰, haben daher deutsche Gerichte das anwendbare Recht nach Art. 40 EGBGB zu bestimmen⁶¹. Österreichische Gerichte müssen in derartigen Fällen § 48 A-IPRG heranziehen. Für schweizerische Gerichte gilt bei Persönlichkeitsverletzungen durch unlauteren Wettbewerb Art. 136 Abs. 1 CH-IPRG und ansonsten die Sonderanknüpfungsregelung von Art. 139 CH-IPRG, weil das Internet ein Informationsmittel i.S. dieser für eine großzügige alternative Anknüpfung sorgenden Vorschrift darstellt⁶². Im liechtensteinischen Kollisionsrecht sind außervertragliche Schadensersatzansprüche – vorbehaltlich einer stärkeren Beziehung beider Beteiligten zum Recht ein und desselben anderen Staates – nach dem Recht des Staates zu beurteilen, „in dem das den Schaden verursachende Verhalten gesetzt worden ist“ (Art. 52 Abs. 1 LI-IPRG⁶³). Die nach den genannten Vorschriften⁶⁴ maßgeblichen Anknüpfungskriterien des Handlungs- und Erfolgsortes bzw des Marktortes sollten wie im Internationalen Zivilverfahrensrecht bzw Lauterkeitsrecht bestimmt werden. So liegt der Handlungsort nicht am Ort der Konzeption der Werbung⁶⁵ oder am Standort des maßgeblichen Servers⁶⁶, sondern am Ort des Einspeisens der verletzenden Werbeinformation⁶⁷. Erfolgs-

⁵⁹ Zu den Gründen *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 1 Rom II-VO Rn. 7; zu einer möglichen künftigen EU-Regelung *Junker*, RIW 2010, 257, 257 ff.

⁶⁰ *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 8 Rom II-VO Rn. 2.

⁶¹ *Heiderhoff*, EuZW 2007, 428, 429 f.; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 40 EGBGB, Rn. 19.

⁶² *Bonomi*, in: Bucher, Art. 139 LDIP Rn. 2 f.

⁶³ Die Vorschrift entspricht weitgehend wörtlich § 48 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 A-IPRG, so dass deren Auslegung nach st. Rspr. des LI-OGH unter Berücksichtigung der österreichischen Lehre und Rechtsprechung zu erfolgen hat; zu § 48 A-IPRG *Schwind*, Rn. 467 ff.

⁶⁴ In § 48 Abs. 2 S. 1 A-IPRG und Art. 52 Abs. 1 S. 1 LI-IPRG wird zwar vorrangig auf den Handlungsort abgestellt, doch kann unter Umständen iSv § 48 Abs. 2 S. 2 A-IPRG bzw Art. 52 Abs. 1 S. 2 LI-IPRG von einer stärkeren Beziehung zum Recht des Erfolgsortes ausgegangen werden, wenn der Schädiger mit dem dortigen Eintritt des Erfolges rechnen musste; vgl dazu auch den Parteivortrag in LI-OGH vom 6.11.2003 (9 Cg 2001.101-46), Punkt 5.5.

⁶⁵ So aber generell für deliktrechtlich relevante Internetangebote (weiterer Handlungsort neben dem Ort der Einspeisung) *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999) 203, 262 ff.

⁶⁶ So aber etwa für wettbewerbswidrige Internetangebote LG Düsseldorf NJW-RR 1998, 979.

⁶⁷ So auch generell für deliktrechtlich relevante Internetangebote und Art. 40 EGBGB etwa *Spickhoff*, in: Bamberger/Roth, Art. 40 EGBGB Rn. 42.

orte⁶⁸ und Marktorte⁶⁹ sollten nur dort liegen, wo die Werbung bestimmungsgemäß abgerufen werden konnte. Ein Disclaimer ist auch kollisionsrechtlich nur beachtlich, wenn er ernst gemeint ist und mithin „gelebt“ wird⁷⁰. Der für Art. 139 Abs. 1 lit. a CH-IPRG maßgebliche gewöhnliche Aufenthalt des Geschädigten bestimmt sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. a CH-IPRG, so dass in der Praxis auf den für eine gewisse Dauer bestehenden und für Dritte erkennbaren Schwerpunkt der Lebensverhältnisse des Geschädigten abzustellen ist⁷¹.

3. Ansprüche aus einer Verletzung von Immaterialgüterrechten

- 17 Für Ansprüche aus der Verletzung von Immaterialgüterrechten erfolgt in den hier behandelten Rechtsordnungen zumeist eine objektive Anknüpfung an das Recht des Staates, für den der Schutz des Immaterialgüterrechts beansprucht wird (sog. Schutzlandprinzip nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO⁷² bzw. Art. 110 Abs. 1 CH-IPRG⁷³). Nur für die Verletzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte (Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO⁷⁴) und im liechtensteinischen Recht (Art. 38 Abs. 1 LI-IPRG⁷⁵) kommt es auf den Ort an, an dem die Verletzungshandlung begangen bzw. gesetzt wurde, also den sog. Handlungsort. Während das schweizerische Recht nach Art. 110 Abs. 2 CH-IPRG eine beschränkte Rechtswahl zugunsten der *lex fori* ermöglicht, ist eine Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 3 Rom II-VO generell ausgeschlossen.

4. Ansprüche aus culpa in contrahendo und Prospekthaftung

- 18 Deutsche und österreichische Gerichte haben bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo, die auf die Verletzung von Aufklärungspflichten in der elektronischen Werbung gestützt werden, das anwendbare Recht zwar zunächst nach der Rom II-VO zu bestimmen⁷⁶, doch sorgt deren Art. 12 Abs. 1 für eine akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut, das nach den Regeln der Rom I-VO ermittelt

⁶⁸ Vgl. dazu generell für Persönlichkeitsverletzungen in der Presse *Wagner*, in: NK, BGB, Art. 40 EGBGB Rn. 47; für Urheberrechtsverletzungen OLG München MMR 2009, 118, 119.

⁶⁹ Dazu bereits oben Rn. 15.

⁷⁰ S. dazu bereits im Zusammenhang mit der internationalen direkten Zuständigkeit oben bei Fn 37; vgl. zudem zur Arzneimittelwerbung im Internet BGH NJW 2006, 2630, 2632.

⁷¹ S. dazu nur BGE 129 III 288, 292.

⁷² *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 8 Rom II-VO Rn. 4.

⁷³ Näher *Göksu*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 110 IPRG Rn. 5ff.

⁷⁴ *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 8 Rom II-VO Rn. 5.

⁷⁵ Dazu LI-OGH vom 5.7.2001 (9 Cg 24/99-72).

⁷⁶ ErwGr 30 S. 2 Rom II-VO nennt die Verletzung einer Offenlegungspflicht als Beispiel für Art. 12 Rom II-VO; in diesen Fällen hingegen für eine direkten Rückgriff auf die Rom I-VO *Leible/Lehmann*, RIW 2007, 721, 733.

wird. Nach schweizerischem und liechtensteinischem Recht dürften die Ansprüche sogar direkt dem Vertragsstatut unterstehen⁷⁷.

Geht es um eine Haftung der Verantwortlichen für unrichtige oder irreführende öffentliche Bekanntmachungen im Zusammenhang mit der öffentlichen Ausgabe von Beteiligungspapieren oder Anleihen, dann können diese sog. Prospekthaftungsansprüche nach schweizerischem Kollisionsrecht aus Gründen der Favorisierung entweder nach dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht (*lex societatis*) oder nach dem Recht des Ausgabestaates (*lex loci emissionis*)⁷⁸ geltend gemacht werden (Art. 156 CH-IPRG)⁷⁹. Dabei haben die schweizerischen Gerichte Fragen der aufsichtsrechtlichen Prospektspflicht und des Prospektinhalts nicht nach der Regel von Art. 154 CH-IPRG, sondern als international zwingende Normen gesondert nach Art. 18 CH-IPRG anzuknüpfen⁸⁰.

19

C. Elektronische Direktwerbung

Im Gegensatz zur öffentlichen Werbung handelt es sich bei einer Direktwerbung um eine individuelle Form werblicher Kommunikation zwischen Anbietern und potentiellen Kunden⁸¹. Im Prinzip gelten auch für diese Form der Werbung die soeben zur öffentlichen Werbung und Offertstellung ausgeführten Grundsätze⁸². Da sich aus dem individuellen Kontakt häufiger Vertragsbeziehungen ergeben, stellt sich lediglich in besonderer Weise die Frage der vertragsrechtlichen oder deliktsrechtlichen Qualifikation von Ansprüchen aus culpa in contrahendo⁸³, wobei noch zu berücksichtigen ist, dass anders als bei der öffentlichen Werbung durch die individuelle Kontaktaufnahme bereits eine vorvertragliche Sonderverbindung zwischen den späteren Vertragspartnern besteht. Den EuGH dürfte freilich auch dies nicht von einer deliktsrechtlichen Qualifikation abhalten.

20

Die elektronische Direktwerbung per unaufgefordert gesendeter E-Mail oder mit Hilfe einer unerbetene Anrufe generierenden Anrufmaschine kann zudem als belästigende Werbung unter das Verbot von Spamming bzw Cold Calling fallen und damit unlauter sein. In diesem Zusammenhang stehende negatorische oder reparatorische Ansprüche unterstehen vor deutschen und österreichischen Gerichten den deliktsrechtlichen Zuständigkeitsregeln der Brüssel Ia-VO bzw

21

⁷⁷ Näher für das schweizerische Recht BGer 4C.100/2000 E. 4b; *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 1154; *Kren Kostkiewicz*, ZBJV 2001, 161, 178 ff. (zum Meinungsstand), 187 ff.

⁷⁸ Der Ausgabeort liegt dort, wo die Titel tatsächlich zur Zeichnung aufgelegt werden; dazu etwa *Kondorosy*, S. 126; *Vischer*, in: ZürcherKomm. IPRG, Art. 156 IPRG Rn. 5.

⁷⁹ Näher *Schnyder*, FS Zobl, S. 399 ff.

⁸⁰ *Schnyder*, FS Zobl, S. 399 ff.

⁸¹ S. im schweizerischen Recht zB Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG-CH.

⁸² Dazu auch BGHZ 190, 28 Rn. 27.

⁸³ Dazu bereits oben Rn. 9 und 18.

vor schweizerischen Gerichten des LugÜ⁸⁴. Die liechtensteinischen Gerichte werden ihre direkte internationale Zuständigkeit hingegen in Ermangelung besonderer deliktsrechtlicher Gerichtsstände nach §§ 30 f. LI-JN (allgemeines Beklagtenforum) und § 42 Abs. 1 LI-JN (Gerichtsstand am Ort einer inländischen Niederlassung) beurteilen. Im Kollisionsrecht kommt es nach allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Grundsätzen zu einer Anknüpfung nach dem Grundsatz der Marktortregel⁸⁵.

D. Elektronischer Vertragsschluss über das Internet

I. Formen des elektronischen Vertragsschlusses

- 22 Der Vertragsschluss über eine Website erfolgt durch das Anklicken eines Buttons oder das Ausfüllen und Absenden eines Formulars, mit dem das regelmäßig auf der entsprechenden Website gemachte Angebot des Finanzdienstleisters von Seiten des Kunden angenommen wird. Das Angebot auf der Website stellt dabei zum Beispiel nach deutschem Recht allerdings nur dann eine bindende Offerte und nicht lediglich eine den Kunden zur Abgabe eines Angebots auffordernde *invitatio ad offerendum* dar, wenn der Kunde von einem Bindungswillen des Finanzdienstleisters ausgehen durfte. Fraglich kann der Bindungswille des Finanzdienstleisters sein, wenn dieser die Erbringung der angebotenen Dienstleistung (zB Kontoführung) ausdrücklich unter einen Vorbehalt stellt (zB neutrales Ergebnis der geldwäscherechtlichen Prüfung). Ansonsten ist prinzipiell von einem annahmefähigen Angebot des Finanzdienstleisters auszugehen, da die Erbringung von Finanzdienstleistungen in aller Regel keinen praktisch relevanten Kapazitätsgrenzen unterliegt⁸⁶. Auch Allgemeine Geschäftsbedingungen können nach Maßgabe des anwendbaren Rechts in einen derart geschlossenen Vertrag einbezogen werden⁸⁷.
- 23 Daneben kann das Angebot zum Abschluss eines Finanzdienstleistungsvertrags ebenso wie dessen Annahme in einer E-Mail enthalten sein. Sofern für den Vertragsschluss nach dem anwendbaren Recht ein Schriftformerfordernis besteht, wäre zu klären, ob nach diesem Recht dem Schriftformerfordernis nur mit einer eigenhändigen Unterschrift beider Vertragspartner bzw ihrer Vertreter

⁸⁴ Speziell für die besondere alternative Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 209.

⁸⁵ Dazu bereits oben Rn. 15.

⁸⁶ Das unterscheidet den Internetvertrieb von Finanzdienstleistungen vom Produktvertrieb über das Internet, für den etwa nach deutschem Recht ein Bindungswille des Verkäufers nur bei Systemen anzunehmen ist, die eine stete Online-Überprüfung der Produktbestände vornehmen (s. dazu nur *Brinkmann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 145 BGB Rn. 6).

⁸⁷ Ist eine Gerichtsstandsklausel in den AGB enthalten, entspricht diese nach BGE 139 III 345 allerdings nur dann dem Formerfordernis von Art. 23 Abs. 1 S. 3 lit. a LugÜ, wenn der Verwender dem Vertragspartner vor Vertragsschluss eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB verschafft.

oder auch mit einer elektronischen Signatur, einer E-Mail mit automatisch generierter Absenderangabe oder einer einfachen E-Mail genüge getan ist.

II. Internationale Zuständigkeit

1. Verbraucher- bzw Konsumentenverträge

a) Zuständigkeit von Zivilgerichten in einem EU-Mitgliedstaat

Hat die beklagte Partei ihren Wohnsitz/Sitz (Art. 62f. Brüssel Ia-VO) oder hat der Finanzdienstleister in einem EU-Mitgliedstaat eine Niederlassung (Art. 17 Abs.2 Brüssel Ia-VO), haben die deutschen und österreichischen Gerichte bei Streitigkeiten um das Zustandekommen eines elektronisch geschlossenen Vertrags zunächst zu prüfen, ob es sich um eine Verbrauchersache iSd Art. 17ff. Brüssel Ia-VO handelt⁸⁸. Dies ist nach Art. 17 Abs.1 lit. b Brüssel Ia-VO zunächst dann der Fall, wenn der Vertrag von dem Kunden als Verbraucher zu einem Zweck geschlossen wurde, der weder seiner beruflichen noch seiner gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann und wenn es sich um ein in Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder ein anderes Kreditgeschäft handelt, das zur Finanzierung eines Kaufs beweglicher Sachen bestimmt ist⁸⁹. Andere Finanzdienstleistungsverträge sind nur dann nach Art. 17 Abs. 1 lit. c Brüssel Ia-VO ein Verbrauchervertrag, wenn sie von dem Kunden als Verbraucher zu einem Zweck geschlossen wurden, der weder seiner beruflichen noch seiner gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, und wenn der Finanzdienstleister in dem Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgendeinem Wege – insbesondere in Form von Werbemaßnahmen – zumindest auch auf diesen Mitgliedstaat konkret⁹⁰ ausrichtet⁹¹ und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt (aus der Sicht des Anbieters sog. aktives Cross-Border-Geschäft⁹²). Es ist

⁸⁸ Vgl zu Art. 15 EuGVVO näher *Ganssaugue*, S. 39ff. und zum zweckbezogenen Ansatz der Begriffsbestimmung *Sachse*, S. 86ff.

⁸⁹ Nach *Schlosser*, in: *Schlosser/Hess*, Art. 17 EuGVVO Rn. 6 fallen frei verfügbare Darlehen nicht unter Art. 17 Abs. 1 lit. b Brüssel Ia-VO.

⁹⁰ Vgl für die Parallelregelung in Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ BGE 142 III 170, 173, wonach die allgemein bekannte und im Ausland über Jahre gewachsene Reputation schweizerischer Banken, ein vergleichsweise stabiles, sicheres und diskretes Anlageumfeld zu bieten, für sich allein nicht ausreicht, um das Kriterium des Ausrichtens auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers anzunehmen.

⁹¹ S. zum Kriterium des Ausrichtens bereits eingehend oben bei Rn. 11 f.; vgl auch zum Ausrichten iSd Parallelregelung in Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ BGE 142 III 170, 173: „Un fournisseur „dirige“ ses activités vers un autre pays lorsque, par un effort conscient et approprié à ce but, il cherche à entrer ou à se maintenir lui aussi, avec ses propres produits ou services, sur le marché de ce pays. L'art. 15 par. 1 let. c CL appréhende ici toute espèce de publicité ou de prospection pratiquée à dessein, dans ou à destination de l'Etat dans lequel le consommateur a son domicile [...]“.

⁹² Zur Terminologie *Bizzozero/Robinson*, S. 36.

nicht (mehr) erforderlich, dass der Verbraucher auch Vertragsschlusshandlungen in seinem Wohnsitzstaat vornimmt⁹³. Auch eine Kausalität zwischen dem zum Ausrichten der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers eingesetzten Mittel und dem Vertragsschluss hält der EuGH für entbehrlich, so dass der Verbraucher die Website des Finanzdienstleisters oder seines Vertriebsmittlers nicht vorgängig konsultiert zu haben braucht⁹⁴. Der Verbrauchergerichtsstand kann ferner dann anwendbar sein, wenn der betreffende Vertrag nur eine „enge Verbindung“ zu einer auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichteten Vertragsbeziehung aufweist⁹⁵. Da es allein auf die private Zwecksetzung ankommt (zB Anlage von Privatvermögen⁹⁶, Kreditaufnahme für private Investitionen), können auch vermögende und geschäftserfahrene Personen⁹⁷ oder Personen, die für den Professionellenstatus nach Anh. II MiFID/MiFID II optiert haben⁹⁸, Verbraucherverträge schließen. Das Transaktionsvolumen spielt ebenfalls keine Rolle, so dass zB auch große Vermögensanlagegeschäfte Verbrauchersachen sein können⁹⁹. Bei dem Verbraucher muss es sich allerdings um eine natürliche Person handeln, die den Prozess im eigenen Namen führt, so dass die Art. 17 ff. Brüssel Ia-VO insbesondere auch auf Verbraucherschutzverbände keine Anwendung finden¹⁰⁰. Erforderlich ist auch eine direkte vertragliche Beziehung zwischen Verbraucher und Unternehmer, so dass die verbraucherschützenden Sonderregelungen bei der Zwischenschaltung von professionellen Kommissionären oder Treuhändern nicht zur Anwendung gelangen¹⁰¹.

- 25 Sind die genannten Voraussetzungen gegeben, kann die Anwendung der Art. 17 ff. Brüssel Ia-VO auch nicht durch einen sog. Disclaimer (zB „Nur für professionelle Anleger“) abgewendet werden, weil es grundsätzlich nur auf die tatsächlichen Verhältnisse und das damit verbundene Schutzbedürfnis des Verbrauchers ankommt und die Berufung auf den Disclaimer entgegen dem tatsächlichen Verbrauchervertragsschluss zudem ein *venire contra factum proprium* darstellt¹⁰². Das gilt jedenfalls dann, wenn der Finanzdienstleister die priva-

⁹³ EuGH vom 6. September 2012, Rs. C-190/11 (*Mühlleitner*), Rn. 35 ff.; *Bizzozero/Robinson*, S. 66.

⁹⁴ EuGH vom 17.10.2013, Rs. C-218/12 (*Emrek*), NJW 2013, 3504, Rn. 20 ff.; *Schlosser*, in: *Schlosser/Hess*, Art. 17 EuGVVO Rn. 8; anders etwa noch *Geimer/Schütze*, Art. 15 Rn. 38.

⁹⁵ EuGH vom 23.12.2015, Rs. 297/14 (*Hobohm/Kampik*) EuZW 2016, 266, Rn. 28 ff.

⁹⁶ BGHZ 190, 28 Rn. 22; OLG Frankfurt/M. ZIP 2013, 387; *Mankowski*, in: *Reithmann/Martiny*, Rn. 6.1652.

⁹⁷ OLG Stuttgart WM 2015, 2185; *Schaller*, Rn. 587.

⁹⁸ *Mankowski*, in: *Reithmann/Martiny*, Rn. 6.1654 ff.; *Schaller*, Rn. 589.

⁹⁹ OLG Stuttgart WM 2015, 2185 (in casu ging es um das private Anlagegeschäft eines Unternehmers über 50 Mio. EUR; dazu aus schweizerischer Sicht *Oppliger*, Jusletter vom 14. September 2015); *Dicke*, S. 317 ff.; *Mankowski*, in: *Reithmann/Martiny*, Rn. 6.1652; aA OLG Hamm 25U 23/03 IPRspr. 2004, Nr. 98a S. 206.

¹⁰⁰ *Schlosser*, in: *Schlosser/Hess*, Art. 17 EuGVVO Rn. 3.

¹⁰¹ EuGH vom 28.1.2015, Rs. C-375/13 (*Kolassa*) EuZW 2015, 218, Rn. 25 ff.

¹⁰² So auch zum schweizerischen Recht *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 744.

te Zwecksetzung der entsprechenden Verträge kannte oder hätte kennen müssen. Erkennbar ist die private Zwecksetzung etwa dann, wenn der Kunde offen einen Vermögensberater hinzuzieht¹⁰³. Insoweit besteht eine zumeist auch aus anderen Gründen aufsichtsrechtlich¹⁰⁴ gebotene Abklärungspflicht des Finanzdienstleisters, von der er sich durch den Disclaimer allein nicht befreien kann. Etwas anderes gilt nur, wenn der Finanzdienstleister von seinem sich als professioneller Anleger ausgebenden Kunden über dessen Verbrauchereigenschaft getäuscht wurde¹⁰⁵.

Bei derartigen Verbrauchersachen sind die von dem Verbraucher angerufenen deutschen und österreichischen Gerichte international zuständig, wenn der Wohnsitz/Sitz oder eine Niederlassung des Finanzdienstleisters (Art. 17 Abs. 2 Brüssel Ia-VO) im Staat des angerufenen Gerichts liegt oder wenn sich dort der Wohnsitz des Verbrauchers befindet (Art. 18 Abs. 1 Brüssel Ia-VO). Im Gegensatz zum Verbraucher hat der Finanzdienstleister kein Wahlrecht und kann daher den Verbraucher – vorbehaltlich der Widerklage (Art. 18 Abs. 3 Brüssel Ia-VO) – nur in dessen Wohnsitzstaat verklagen (Art. 18 Abs. 2 Brüssel Ia-VO). Gerichtsstandsvereinbarungen sind nur nach Maßgabe von Art. 19 Brüssel Ia-VO zulässig¹⁰⁶. Die Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher lässt dieses Ergebnis unberührt¹⁰⁷. 26

b) Zuständigkeit der schweizerischen Zivilgerichte

Für die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Zivilgerichte in Verbrauchervertragssachen gilt zunächst Entsprechendes nach den genau parallel formulierten Art. 15 ff. LugÜ¹⁰⁸. An die Stelle des Bezugs zu einem EU-Mitgliedstaat tritt dort lediglich der Bezug zu einem durch das LugÜ gebundenen Staat iSv Art. 1 Abs. 3 LugÜ. 27

¹⁰³ S. dazu den Fall OLG Hamburg vom 23.6.2004 (4U 156/03 und 327 O 246/02).

¹⁰⁴ Abklärungspflichten hinsichtlich der Eigenschaften, Umstände und Zielsetzungen des Kunden bestehen etwa im Bereich der Geldwäschebekämpfung (Art. 8 RL 2005/60/EG, Art. 3 ff. GwG-CH), bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen (Art. 24 ff. MiFID II, Art. 11 CH-BEHG) und beim Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen in der Schweiz und von der Schweiz aus (Art. 13 Abs. 1, 120 CH-KAG, wonach die Bewilligungspflicht nur für den Vertrieb an nicht qualifizierte Anlegerinnen und Anleger besteht).

¹⁰⁵ Vgl dazu zB auch zur Überprüfung der Zugangseigenschaft als qualifizierter Anleger im schweizerischen Aufsichtsrecht das FINMA-RS 2013/09 Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen, Rn. 88: „Die Anbieter von kollektiven Kapitalanlagen dürfen sich auf die Angaben der Besucher im Zeitpunkt des Zugangs zur Website verlassen“.

¹⁰⁶ S. dazu den Beitrag von *Gasser*, in diesem Band, § 4 Rn. 39 f.

¹⁰⁷ S. dazu ErwGr 8 der RL 2002/65/EG.

¹⁰⁸ S. dazu etwa BGer 4A_430/2015 E. 3 (Ausrichtung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers nach Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ in casu verneint, weil der Verbraucher den E-Banking-Vertrag von sich aus im Ausland geschlossen habe) und *Goossens/Feniello*, GesKR 2011, 217, 218 f.

- 28 Ist für Klagen des Konsumenten das LugÜ räumlich nicht anwendbar, weil weder der Wohnsitz/Sitz noch eine Niederlassung (vgl dazu Art. 15 Abs. 2 LugÜ) des beklagten Finanzdienstleisters in einem durch das LugÜ gebundenen Staat liegen (also zB in Liechtenstein) ist Art. 114 CH-IPRG einschlägig. Dieser begründet für Konsumentenverträge einen Klägergerichtsstand des Konsumenten an dessen Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz, auf welchen der Konsument nicht im Voraus verzichten kann. Dabei definiert Art. 114 Abs. 1 CH-IPRG den Konsumentenvertrag durch Verweis auf Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG leicht abweichend von Art. 17 Abs. 1 Brüssel Ia-VO bzw Art. 15 Abs. 1 LugÜ: So kommen zunächst nur Verträge des üblichen Verbrauchs mit einem privaten oder familiären Gebrauchszweck als Konsumentenverträge in Betracht. Auch wenn die Formulierung des Gesetzes sich auf Warenkaufverträge bezieht, wird sie allgemein entsprechend auf andere Verträge wie insbesondere auch Finanzdienstleistungsverträge übertragen. Ziel der Beschränkung auf Verträge des üblichen Verbrauchs ist es, den Konsumenten kollisionsrechtlich nur bei der Deckung seiner Grundbedürfnisse und nicht auch bei Investitionen besonders zu schützen¹⁰⁹. Finanzgeschäfte, die nach Art oder Umfang als unüblich zu qualifizieren sind¹¹⁰, fallen daher nicht unter Art. 114 CH-IPRG. Das gilt etwa für Lebensversicherungsverträge¹¹¹, für Vermögensverwaltungsverträge¹¹², für in der Schweiz allenfalls verbotene Finanzgeschäfte¹¹³ und für Geschäfte mit einem erheblichen Volumen, wobei für die quantitative Grenze zumindest bei Kreditgeschäften Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG (80.000 CHF) einen Anhaltspunkt geben kann. Außerdem wird der notwendige Bezug des Finanzdienstleisters zum Wohnsitz- bzw Aufenthaltsstaat des Konsumenten in Art. 114 iVm Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG anders umschrieben als in der Brüssel Ia-VO und dem LugÜ. So kommt es nach Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG, der auch insoweit für Art. 114 CH-IPRG maßgeblich ist¹¹⁴, darauf an, dass der Finanzdienstleister („Anbieter“) die auf den Abschluss des Finanzdienstleistungsvertrags gerichtete Willenserklärung des Konsumenten („Bestellung“) im gewöhnlichen Aufenthaltsstaat des Konsumenten entgegengenommen hat oder dass ein Angebot bzw eine Werbung des Finanzdienstleisters im gewöhnlichen Aufenthaltsstaat des Konsumenten vorausgegangen ist und der Konsument in diesem Staat die zum Ver-

109 BGE 132 III 268, 272 (zum früheren Art. 22 Abs. 2 GestG); *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 729; mit Recht krit. *Bonomi*, in: Bucher, Art. 120 LDIP Rn. 11.

110 Vgl zur Maßgeblichkeit der Art und des Volumens des betreffenden Finanzgeschäfts BGE 132 III 268, 272f. (zum früheren Art. 22 Abs. 2 GestG).

111 BGer 5C.222/2005 E. 2.2 (obiter).

112 So im Hinblick auf die im Vermögensverwaltungsrecht üblichen „Eintrittsschwellen“ *Schaller*, Rn. 593.

113 Vgl dazu BGer 5C.222/2005 E. 2.3 (betreffend den Versicherungsvertrag gegen die Haftpflicht aus dem in der Schweiz generell nicht zugelassenen Betrieb eines Ultraleichtflugzeugs).

114 Dazu nur *Schmelzer*, S. 131 und *Möcklin-Doss/Schnyder*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 114 IPRG Rn. 2.

tragsschluss erforderliche Rechtshandlung vorgenommen hat oder dass der Anbieter den Konsumenten veranlasst hat, sich in das Ausland zu begeben und dort seine Bestellung abzugeben.

Bei Klagen des Anbieters ist die nur für Konsumentenklagen geltende Sonderregelung von Art. 114 CH-IPRG nicht anwendbar. Außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs des LugÜ kommen daher die allgemeinen autonomen Zuständigkeitsvorschriften des Vertragsrechts zur Anwendung. Unbestritten ist dies bei Art. 112 Abs. 1 CH-IPRG, der bei Fehlen eines schweizerischen Wohnsitzes des beklagten Konsumenten (ansonsten räumliche Anwendbarkeit des LugÜ) noch hilfsweise einen Gerichtsstand am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten in der Schweiz iSv Art. 20 Abs. 1 lit. b CH-IPRG begründet. Umstritten ist jedoch, ob der Finanzdienstleister den in einem nicht durch das LugÜ gebundenen Staat wohnenden Konsumenten nach Art. 113 CH-IPRG auch am inländischen Erfüllungsort der charakteristischen Leistung verklagen kann¹¹⁵. Hierfür spricht die Beschränkung der Sonderregelung von Art. 114 CH-IPRG auf Konsumentenklagen, dagegen der Schutz des Konsumenten, der auch im Rahmen von Art. 114 CH-IPRG nicht im Voraus auf den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt verzichten kann.

c) Zuständigkeit der liechtensteinischen Zivilgerichte

Die für die liechtensteinischen Zivilgerichte vorbehaltlich von bilateralen Staatsverträgen allein maßgebliche Jurisdiktionsnorm (LI-JN) kennt keine besonderen Vorschriften zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit in Verbrauchersachen. Das Fürstliche Landgericht wird sich daher nach den allgemein für vertragsrechtliche Streitigkeiten geltenden §§ 30f. LI-JN (allgemeines Beklagtenforum) oder § 42 Abs. 1 LI-JN (Gerichtsstand am Ort einer inländischen Niederlassung) für international zuständig erklären, wenn der Beklagte im Fürstentum entweder seinen Wohnsitz/Sitz oder als Inhaber von Bergwerken, Fabriken, Handels- oder gewerblichen Unternehmungen eine außerhalb des Sitzes des Unternehmens gelegene und im Zusammenhang mit der Streitigkeit stehende besondere Niederlassung hat. Eine alternative Zuständigkeit der liechtensteinischen Gerichte am Erfüllungsort kommt nach § 43 LI-JN allerdings nur in Frage, wenn der Vertrag nach schriftlicher Übereinkunft der Parteien vom Beklagten in Liechtenstein zu erfüllen ist und die Vereinbarung den ausdrücklichen Hinweis enthält, dass durch die Begründung des Erfüllungsortes in Liechtenstein auch die Berechtigung zur dortigen Klage verbunden ist.

¹¹⁵ Bejahend *Möcklin-Doss/Schwyder*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 114 IPRG Rn. 14 (allenfalls Missbräuchlichkeit im Einzelfall); verneinend *Weber-Stecher*, S. 197.

2. Unternehmerverträge

a) Zuständigkeit der Zivilgerichte in einem EU-Mitgliedstaat

- 31 Die deutschen und österreichischen Zivilgerichte beurteilen ihre direkte internationale Zuständigkeit anhand der Brüssel Ia-VO, sofern der Beklagte seinen Wohnsitz/Sitz in einem EU-Mitgliedstaat hat. Danach können sie sich für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem elektronischen Zustandekommen eines Finanzdienstleistungsvertrags, bei dem der berufliche oder gewerbliche Zweck keine ganz untergeordnete Rolle spielt¹¹⁶, als international zuständig betrachten, wenn der Wohnsitz/Sitz des Beklagten (Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO), der Ort, an dem die Dienstleistung¹¹⁷ erbracht worden ist oder hätte erbracht werden müssen (Art. 7 Nr. 1 lit. b Spiegelstr. 2 Brüssel Ia-VO) oder der Ort einer den Ausgangspunkt der Streitigkeit bildenden Niederlassung (Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia-VO) in Deutschland bzw. Österreich liegt.
- 32 Soweit es danach auf den Erfüllungsort ankommt, ist bei Verträgen, welche die Parteien wie regelmäßig ein Finanzdienstleistungsvertrag zu unterschiedlichen Leistungen verpflichten, nicht auf den Erfüllungsort der jeweils eingeklagten Leistung, sondern im Interesse einer einheitlichen Anknüpfung für alle Pflichten auf den Erfüllungsort der dem Vertrag das Gepräge gebenden Finanzdienstleistung abzustellen¹¹⁸. Bei der gebotenen autonomen Bestimmung des Erfüllungsortes der Finanzdienstleistung käme es nicht auf den Ort an, an dem die Dienstleistung erfolge zeitigen soll¹¹⁹. Keine Zuständigkeit würde mithin etwa am Ort der Gutschrift auf dem Konto eines Darlehensnehmers begründet. Auch dann, wenn man entscheidend auf die Darlehensvalutierung abstellte, käme es nicht darauf an, dass diese etwa nach dem allenfalls anwendbaren schweizerischen Recht (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR) als Bringschuld am Wohnsitz der Kunden zB in Deutschland zu erfüllen ist. Maßgeblich wäre vielmehr auch dann der Ort der Beratung, Prüfung und Valutierung durch den Darlehensgeber und damit dessen Geschäftssitz. Sollte der Geschäftssitz in der Schweiz aufgrund einer fiktiven Angabe auf der Homepage nur zum Schein bestehen, würde dieser zu-

¹¹⁶ Vgl. generell zur Abgrenzung in sog. dual use-Fällen EuGH vom 20.1.2005, Rs. C-464/01 (*Gruber/BayWa*), Slg. 2005 I 439 Rn. 28 ff.

¹¹⁷ Auch Darlehensverträge sind als Dienstleistungsverträge i. S. dieser Vorschrift zu betrachten; vgl. dazu nur BGH NJW 2012, 1817; *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 328; *Kropholler/v. Hein*, Art. 5 EuGVO Rn. 44; *Looschelders*, IPRax 2006, 14, 14 f.

¹¹⁸ Vgl. dazu bereits für Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO und die Dienstleistungen eines Anwalts BGH NJW 2006, 1806 Rn. 22 ff. sowie *Gottwald*, in: MüKo-ZPO, Art. 5 EuGVO Rn. 26.

¹¹⁹ OGH ÖJZ 2005, 710, 711; *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 127; *Leible*, in: Rauscher, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 73.

mindest objektiv¹²⁰ keine Zuständigkeit begründen, da es dann auf den realen Geschäftssitz ankäme¹²¹.

b) Zuständigkeit der schweizerischen Zivilgerichte

Vergleichbares gilt für die schweizerischen Zivilgerichte nach Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 5 Nr. 1 lit. b Spiegelstr. 2 und Nr. 5 LugÜ, sofern der Beklagte seinen Wohnsitz/Sitz in einem durch das LugÜ gebundenen Staat iSd Art. 1 Abs. 3 LugÜ hat. Es ist lediglich noch offen, ob auch reine Kreditverträge ohne weitere Dienstleistungen zu den Dienstleistungsverträgen gezählt werden können¹²². Würde man die Anwendbarkeit von Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ auf reine Kreditverträge verneinen, wäre der Erfüllungsort nach Art. 5 Nr. 1 lit. a LugÜ nach der *lex causae*, also dem auf den Kreditvertrag anwendbaren Recht, zu bestimmen¹²³. Das angerufene Gericht müsste dann unter hypothetischer Annahme seiner Zuständigkeit zunächst das anwendbare Recht ermitteln. Bei Anwendbarkeit etwa des deutschen Rechts (§ 270 Abs. 4 BGB iVm § 269 BGB) wären Geldschulden wie etwa die Valutierung eines Darlehens im Zweifel am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen, während nach schweizerischem Recht (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR) im Zweifel der Wohnsitz des Gläubigers maßgeblich wäre. Mögliche Grundlage einer schweizerischen Zuständigkeit könnte dann nur die Vereinbarung eines Erfüllungsorts in der Schweiz sein, sofern diese Vereinbarung nicht allein der Begründung eines Gerichtsstands am schweizerischen Erfüllungsort und damit einer Umgehung der Voraussetzungen einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung diene¹²⁴.

Liegt der Wohnsitz/Sitz des Beklagten nicht in einem durch das LugÜ gebundenen Staat, kommen vorbehaltlich einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung bzw. Einlassung nach Art. 23 f. LugÜ und eines einschlägigen bilateralen Staatsvertrags die Art. 112 f. CH-IPRG zur Anwendung. Danach sind alternativ die schweizerischen Zivilgerichte am gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 20 Abs. 1 lit. b CH-IPRG) international zuständig (Art. 112 Abs. 1 Var. 2 CH-IPRG)¹²⁵.

¹²⁰ In Betracht käme allenfalls noch der stillschweigende Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung; vgl. dazu ablehnend im Zusammenhang mit einer rein fiktiven Erfüllungsortsangabe EuGH vom 20.2.1997, Rs. C-106/95 (*MSG Mainschiffahrts-Genossenschaft e.G.*), Slg. 1997, I-911 Rn. 27 ff.

¹²¹ *Girsberger/Weber-Stecher*, in: Wiegand, 195, 205.

¹²² BGE 133 III 295, 301 f. (offengelassen für Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 aLugÜ); ablehnend *Girsberger/Weber-Stecher*, in: Wiegand, 195, 222, weil beim Darlehen die Ausleihe von Geld und nicht die Dienstleistung im Vordergrund stehe.

¹²³ S. nur *Acocella*, in: Schnyder, Art. 5 Nr. 1 bis 3 LugÜ Rn. 15 und 74 mwN.

¹²⁴ S. zu diesen Einschränkungen einer indirekten Bestimmung der internationalen Zuständigkeit über eine Erfüllungsortsvereinbarung BGE 140 III 170; vgl. auch EuGH vom 20.2.1997, Rs. C-106/95 (*MSG Mainschiffahrts-Genossenschaft e.G.*), Slg. 1997, I-911 Rn. 27 ff.

¹²⁵ Zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts und seiner Abgrenzung vom Wohnsitzbegriff im schweizerischen Recht näher *Acocella*, S. 34 ff.

Für Klagen aufgrund der Tätigkeit einer Niederlassung (Art. 20 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 21 Abs. 4 CH-IPRG) in der Schweiz sind alternativ („überdies“) die Gerichte am Ort der Niederlassung zuständig (Art. 112 Abs. 2 CH-IPRG)¹²⁶. Ist die Finanzdienstleistung als die für den Vertrag charakteristische Leistung in der Schweiz zu erbringen, kann zudem alternativ beim schweizerischen Gericht am Erfüllungsort dieser Leistung geklagt werden (Art. 113 CH-IPRG)¹²⁷.

c) Zuständigkeit der liechtensteinischen Zivilgerichte

- 35 Das Fürstliche Landgericht wird sich auch bei Unternehmerverträgen nach den allgemein für vertragsrechtliche Streitigkeiten einschlägigen §§ 30f. LI-JN (allgemeines Beklagtenforum), § 42 Abs. 1 LI-JN (Gerichtsstand am Ort einer inländischen Niederlassung) und § 43 LI-JN (Gerichtsstand am Erfüllungsort) für international zuständig erklären¹²⁸.

III. Anwendbares Recht

1. Anknüpfung nach der Rom I-VO

a) Regelanknüpfung

- 36 Die deutschen und österreichischen Gerichte bestimmen das Recht, welches auf eine Streitigkeit über das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines Vertrages anwendbar ist, grundsätzlich nach der gem. Art. 2 Rom I-VO erga omnes wirkenden Rom I-VO. Die Abgrenzung zwischen der Rom I-VO und der Rom II-VO erfolgt nach den allgemeinen Regeln. Maßgebliches Kriterium für die Anwendbarkeit der Rom I-VO ist danach, ob das Schuldverhältnis als Ganzes freiwillig eingegangen wurde¹²⁹. Die nach Art. 23 Rom I-VO vorbehaltenen anderen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts enthalten derzeit keine objektiven Anknüpfungsregeln, welche noch für das Internationale Vertragsrecht des elektronischen Vertriebs von Finanzdienstleistungen relevant wären¹³⁰. Nach Art. 12

¹²⁶ Näher *Brandenburg Brandl*, S. 268 ff.

¹²⁷ *Bonomi*, in: Bucher, Art. 113 LDIP Rn. 13 ff.

¹²⁸ S. dazu bereits oben Rn. 30.

¹²⁹ *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 519 m. w. N.

¹³⁰ *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 511; vgl dazu auch die Liste möglicher einschlägiger Regelungen bei *Martiny*, in: MüK-BGB, Art. 23 Rom I-VO Rn. 12 ff.; speziell zum fehlenden kollisionsrechtlichen Gehalt von Art. 3 E-Commerce-RL 2000/31/EG EuGH vom 25.10.2011, Rs. C-509/09 (*eDate Advertising*), NJW 2012, 137 Rn. 53 ff. sowie der Dienstleistungs-RL Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2006/123/EG.

Abs.2 FernabsatzFDL-RL¹³¹ und Art.6 Abs.2 Klauselrichtlinie¹³² haben die Mitgliedstaaten lediglich sicherzustellen, dass der Verbraucher den durch die betreffenden Richtlinien gewährten Schutz nicht dadurch verliert, dass das Recht eines Drittstaates als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wird, wenn der Vertrag eine enge Verbindung mit dem Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten aufweist.

Fragen der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit unterstehen nach Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom I-VO allerdings grundsätzlich nicht der Rom I-VO, sondern den Anknüpfungsregeln zum Personalstatut. Lediglich Art. 13 Rom I-VO enthält noch eine Regelung zum Verkehrsschutz, wonach der Schutz nicht (voll) geschäftsfähiger Personen hinter dem Geschäftsinteresse gutgläubiger Vertragspartner zurücktritt, wenn sich die Vertragspartner bei Vertragsschluss in demselben Staat befinden und die betreffende Person nach dem Recht dieses Staates rechts-, geschäfts- und handlungsfähig wäre. Auch das Zustandekommen von Verträgen über Stellvertreter wird von der Rom I-VO nicht erfasst, weil man sich weder auf die von der Kommission vorgeschlagenen noch auf andere Anknüpfungsregeln verständigen konnte (Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO)¹³³.

Die von der Rom I-VO erfassten Fragen des Zustandekommens und der Wirksamkeit eines Finanzdienstleistungsvertrags werden grundsätzlich akzesorisch dem nach Art. 3 ff. Rom I-VO zu bestimmenden Vertragsstatut unterstellt (Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO). Vorbehalten sind lediglich die anschließend jeweils noch näher zu betrachtenden Sonderanknüpfungen nach Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO (Zustandekommen des Vertrags durch konkludentes Verhalten) und Art. 11 Rom I-VO (Formanforderungen) sowie die international zwingenden Eingriffsnormen namentlich des Forumstaats (Art. 9 Rom I-VO). Zur Bestimmung des Vertragsstatuts ist zwischen den gesondert angeknüpften Verbraucherverträgen und den Unternehmerverträgen zu unterscheiden.

39

aa) Verbraucherverträge

Als Verbrauchervertrag gilt nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zuzurechnen ist, mit einer Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat¹³⁴. Ein solcher Verbrauchervertrag über Finanzdienstleistungen untersteht dann – vorbe-

¹³¹ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl L 271 vom 9.10.2002, S. 16 ff.

¹³² Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 95 vom 21.4.1993, S. 29 ff.

¹³³ *Brödermann*, NJW 2010, 807, 812 mit krit. Fn 113.

¹³⁴ Näher zum Begriff des Verbrauchervertrags *Sachse*, S. 86 ff.

haltlich einer wirksamen Rechtswahl (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO) – nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers, sofern der Finanzdienstleister seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers ausübt oder eine solche Tätigkeit in irgendeiner Weise zumindest auch auf diesen Staat ausrichtet¹³⁵. Die Rechtswahl ist in diesen Fällen nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, sie darf jedoch nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des ansonsten nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO objektiv anwendbaren Rechts gewährt wird. Dabei ist eine in AGB enthaltene Rechtswahlklausel missbräuchlich, wenn sie den Verbraucher nicht über die Anwendung des zwingenden Verbraucherrechts seines Wohnsitzes nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO unterrichtet¹³⁶. Fehlt es an dem von Art. 6 Abs. 1 lit. a oder lit. b geforderten Bezug zum Aufenthaltsstaat des Verbrauchers, kommen die allgemeinen vertraglichen Anknüpfungsregeln der Art. 3 f. Rom I-VO zur Anwendung (Art. 6 Abs. 3 Rom I-VO).

40 Auch bei einem Bezug zum Aufenthaltsstaat des Verbrauchers iSv Art. 6 Abs. 1 lit. a oder lit. b gilt die besondere objektive und subjektive Anknüpfung von Verbraucherverträgen nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO jedoch nicht für alle Finanzdienstleistungsverträge. So sind nach Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO zunächst alle Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen angenommen, bei denen die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat¹³⁷. Fehlt es in diesen Fällen an einer Rechtswahl iSv Art. 3 Rom I-VO, kommt nach Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Finanzdienstleisters iSv Art. 19 Rom I-VO oder aufgrund seines sehr viel engeren Bezugs zum Vertrag iSv Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO das Recht des Staates der ausschließlichen Leistungserbringung zur Anwendung. Nach Art. 6 Abs. 4 lit. e Rom I-VO ist auf Verträge, die innerhalb eines multilateralen Systems geschlossen werden, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Nr. 17 der Richtlinie 2004/39/EG nach nicht diskretionären Regeln und nach Maßgabe eines einzigen Rechts zusammenführt oder das Zusammenführen fördert, zudem dieses Systemrecht und nicht das nach Art. 6

¹³⁵ Zum Ausrichten einer Tätigkeit durch Werbung s. bereits oben bei Rn. 11 f.

¹³⁶ Dazu EuGH vom 28.7.2016, Rs. C-191/15 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU*), EuZW 2016, 754, Rn. 66 ff.

¹³⁷ Dies wäre etwa bei einer Prüfung der Kreditwürdigkeit und der Prüfung von Sicherheiten sowie der Auszahlung der Kreditsumme in einem Drittstaat der Fall; behandelt man den Bankschließfachvertrag entgegen der in Deutschland vorherrschenden Ansicht nicht als Miet- (dann Art. 6 Abs. 4 lit. c Rom I-VO), sondern als Verwahrungsvertrag, käme Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO ebenfalls zur Anwendung, wenn das Schließfach nicht im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers läge.

Abs. 1 bzw. Abs. 2 Rom I-VO bestimmte Recht anwendbar¹³⁸. Die Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher lässt all diese Anknüpfungen unberührt¹³⁹.

bb) Unternehmerverträge

Fehlt es an einer wirksamen Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO, bestimmen die deutschen und österreichischen Gerichte das für das Zustandekommen eines nicht unter Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Rom I-VO fallenden Finanzdienstleistungsvertrages maßgebliche Recht grundsätzlich gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO. Danach ist das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Finanzdienstleisters iSv Art. 19 Rom I-VO anwendbar. Auch der Darlehensvertrag ist ein Dienstleistungsvertrag i.S. dieser Vorschrift, da der Begriff des Dienstleistungsvertrags weit auszulegen ist¹⁴⁰. Auch im Kontext der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)¹⁴¹ und der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (Art. 2 lit. b) wird die Kreditvergabe als Dienstleistung angesehen. 41

b) Sonderanknüpfungen

aa) Zustandekommen des Vertrages durch konkludentes Verhalten bzw. Schweigen

Sind das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der sich auf ihre Nichtzustimmung zum Vertrag berufenden Partei und das nach Art. 3 ff. Rom I-VO bestimmte Vertragsstatut nicht identisch und ist es nicht gerechtfertigt, die betreffende Partei an dem nach dem Vertragsstatut zustande gekommenen Vertrag festzuhalten, kann sich diese auf ihre nach dem Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts fehlende Zustimmung zum Vertrag und damit das Nichtzustandekommen des Vertrags berufen (Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO). Die betreffende Partei wird damit im Falle ihrer durch umfassende Interessenabwägung zu ermittelnden Schutzbedürftigkeit in dem Vertrauen in die Regelungen ihres eigenen Umweltrechts geschützt. Die Vorschrift betrifft zwar alle Arten von Verträgen, ist aber auf deren äußeres Zustandekommen beschränkt, so dass Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- oder Kündigungsrechte nicht erfasst werden¹⁴². 42

¹³⁸ Zu dieser Sonderanknüpfung näher unten Rn. 65.

¹³⁹ Vgl. dazu (noch bezogen auf das Europäische Schuldvertragsübereinkommen von Rom aus dem Jahre 1980) den ErwGr 8 der RL 2002/65/EG.

¹⁴⁰ S. dazu die Nachweise in Fn 117.

¹⁴¹ Nach EuGH vom 23.7.2009, Rs. C-533/07 (*Falco Privatstiftung, Rabitsch/Weller-Lindhorst*), Slg. 2009, I-3327, Rn. 33 ff. soll der weite Dienstleistungsbegriff allerdings für Art. 5 Nr. 1 EuGVVO und damit auch das LugÜ keine Bedeutung haben.

¹⁴² S. nur *Brödermann/Wegen*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 10 Rom I-VO Rn. 10.

bb) Formanforderungen bei Unternehmerverträgen

- 43 Ein Finanzdienstleistungsvertrag, der nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Rom I-VO fällt (vgl. Art. 11 Abs. 4 Rom I-VO), untersteht hinsichtlich allfälliger Formerfordernisse mit dem Ziel der Favorisierung einer besonderen alternativen Anknüpfung nach Art. 11 Abs. 1–3 Rom I-VO. Danach ist der Vertrag formgültig, wenn er die Formerfordernisse entweder des auf ihn nach den Art. 3 ff. Rom I-VO anwendbaren Rechts oder desjenigen Rechts erfüllt, das bei sog. Platzgeschäften (die Vertragspartner bzw. ihre Vertreter befinden sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in demselben Staat) im Staat des Vertragsschlusses und bei sog. Distanzgeschäften (die Vertragspartner bzw. ihre Vertreter befinden sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in verschiedenen Staaten) an einem der einfachen Aufenthaltsorte der Vertragspartner bzw. ihrer Vertreter oder am gewöhnlichen Aufenthaltsort eines der Vertragspartner iSv Art. 19 Rom I-VO gilt.
- 44 Für die Form einseitiger Rechtsgeschäfte, die sich auf einen geschlossenen oder zu schließenden Vertrag beziehen (zB Ausübung eines Optionsrechts¹⁴³) und nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Rom I-VO fallen (vgl. Art. 11 Abs. 4 Rom I-VO), gilt die Sonderanknüpfung von Art. 11 Abs. 3 Rom I-VO. Danach ist ein solches Rechtsgeschäft formwirksam, wenn es entweder die Formanforderungen des Vertragsstatuts oder des Rechts am Ausübungsort oder am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der das Rechtsgeschäft vornehmenden Person iSv Art. 19 Rom I-VO erfüllt.

cc) Verträge in multilateralen Handelssystemen

- 45 Eine auch für Verbraucherverträge gültige (vgl. Art. 6 Abs. 4 lit. e Rom I-VO) Sonderanknüpfung besteht nach Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO schließlich noch für Verträge, die innerhalb eines multilateralen Systems, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Nr. 17 der Richtlinie 2004/39/EG nach nicht diskretionären Regeln und nach Maßgabe eines einzigen Rechts zusammenführt oder das Zusammenführen fördert, geschlossen werden. Diese Verträge sollen nämlich sämtlich diesem einen Systemrecht unterstellt werden¹⁴⁴.

c) Beachtung aufsichtsrechtlicher Normen**aa) Finanzmarktrechtliche Normen als Eingriffsnormen**

- 46 Eingriffsnormen sind nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat oder einer supra- bzw. internationalen Orga-

¹⁴³ Näher zu den Optionsgeschäften im IPR *Wilhelmi*, in diesem Band, § 10 Rn. 31.

¹⁴⁴ Dazu näher unten Rn. 65.

nisation als so entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses angesehen werden, dass sie ungeachtet des anwendbaren Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Normen des Finanzmarktaufsichtsrechts sind klassische derartige Eingriffsnormen, weil sie zwingend angewendet werden wollen und im öffentlichen Interesse dem System- und Rufschutz eines Finanzplatzes sowie dem Anlegerschutz dienen¹⁴⁵. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO setzt aber auch noch voraus, dass die aufsichtsrechtliche Norm auf den betreffenden Sachverhalt tatbestandlich überhaupt anwendbar ist¹⁴⁶.

Im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden elektronischen Finanzdienstleistungen spielt vor allem die aufsichtsrechtliche Erlaubnispflicht als Eingriffsnorm eine Rolle. So ist beispielsweise nach deutschem Aufsichtsrecht das gewerbsmäßige Betreiben von Bankgeschäften oder Erbringen von Finanzdienstleistungen im Inland grundsätzlich erlaubnispflichtig (§ 32 Abs. 1 S. 1 KWG)¹⁴⁷. Damit bedarf etwa eine Bank mit Sitz in der Schweiz, die ihr Dienstleistungsangebot über das Internet auf in Deutschland ansässige Kunden ausrichtet, indem sie diesen wie im Fall der Fidium Finanz AG¹⁴⁸ ohne eine physische Präsenz in Deutschland zielgerichtet Kredite aufgrund einer elektronischen Kontaktaufnahme bzw eines elektronischen Vertragsschlusses gewährt, grundsätzlich einer von der deutschen Aufsichtsbehörde BaFin zu erteilenden Bankerlaubnis nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG¹⁴⁹. Dies gilt grundsätzlich auch für Anbieter aus EWR-Staaten, die für ihre in Deutschland angebotenen Finanzdienstleistungen nicht das Notifikationsverfahren durchlaufen haben. Aufgrund des 2013 zwischen den Finanzministerien der Schweiz und Deutschlands vereinbarten Memorandums zu verfahrensrechtlichen Aspekten grenzüberschreitender Tätigkeiten im Finanzbereich können die schweizerischen Banken bei der BaFin jedoch um eine vereinfachte Freistellung nachsuchen, wenn sie die einschlägigen deutschen Verbraucherschutzbestimmungen und Geldwäschebekämpfungsregeln einhalten, was von den schweizerischen Prüfgesellschaften jährlich und bei Bedarf auch auf Veranlassung der BaFin bzw sogar durch diese selbst geprüft wird¹⁵⁰. Außerdem kann noch eine Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 4 KWG für bestimmte Ge-

47

145 S. auch *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 533 („archetypisches Eingriffsrecht“); speziell zu den Wohlverhaltensregeln als Eingriffsnormen *Goossens/Feniello* GesKR 2011, 217, 223 (mit Einschränkungen).

146 Dazu nur *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 532.

147 S. näher zur einschlägigen Verwaltungspraxis das Merkblatt der BaFin zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG (Fn 18).

148 EuGH vom 3.10.2006, Rs. C-452/04 (*Fidium Finanz*), Slg. 2006, I-9521, wonach sich die einem Drittstaat angehörenden Kreditgeber weder auf die erga omnes wirkende Kapitalverkehrsfreiheit noch auf die Dienstleistungsfreiheit, welche auf die Angehörigen von Mitgliedstaaten beschränkt ist, berufen könnten.

149 Vgl zum Erfordernis der Erlaubnis auch BVerwGE 133, 358 Rn. 36 ff. (Kleinkreditvergabe); VG Frankfurt/M. 1 E 4355/06 [V] (Kleinkreditvergabe); OLG Dresden NJW 2007, 509 (Vermögensverwaltung); LG Bonn 7 O 225/06 (Vermögensverwaltung); BGH ZIP 2015, 1772, Rn. 22 ff. (Depotdienstleistungen; in casu offengelassen).

150 S. zu diesem Memorandum vom 15.8.2013 und zu der zum 1.1.2014 in Kraft getrete-

schäftsbereiche gewährt werden, weil das Bedürfnis nach Aufsicht im konkreten Fall nicht besteht. Möglich ist das nicht nur für die Kreditvergabe an institutionelle Kunden, sondern auch für das Privatkundengeschäft, wenn die Vermittlung der Privatkunden über ein in Deutschland zugelassenes Kreditinstitut oder ein EWR-Institut mit EU-Pass erfolgt. Von der Erlaubnispflicht wäre die schweizerische Bank nur befreit, wenn die in Deutschland ansässigen Kunden jeweils die Initiative zum Abschluss des Finanzdienstleistungsvertrages ergriffen hätten¹⁵¹, wenn bereits bestehende Geschäftsbeziehungen lediglich von der Schweiz aus fortgeführt worden wären oder wenn eine deutsche Tochtergesellschaft die betreffenden Verträge angebahnt und geschlossen hätte und sie lediglich von der schweizerischen Muttergesellschaft im Namen der Tochtergesellschaft durchgeführt worden wären (§ 25a Abs. 2 KWG). Auch eine allgemein gehaltene und nicht auf bestimmte Produkte bezogene bloße Aufmerksamkeitswerbung wäre nicht erlaubnispflichtig¹⁵².

bb) Berücksichtigung von Eingriffsnormen

- 48 Aufgrund von Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO sind die auf den betreffenden Sachverhalt anwendbaren Eingriffsnormen (*lois d'application immédiate*) unabhängig vom prinzipiell maßgeblichen Vertragsstatut stets zu beachten, wenn sie der *lex fori* entstammen. So hätte ein deutsches Gericht beispielsweise ein nach § 15 WpHG¹⁵³ oder § 100 WpHG¹⁵⁴ verbotenes Geschäft auch dann als nichtig zu betrachten, wenn auf den Vertrag nach Art. 3 ff. Rom I-VO prinzipiell ein ausländisches Recht zur Anwendung gelangen sollte. Berücksichtigung müssten auch alle Aufsichtsnormen finden, die als sog. Doppelnormen zugleich privatrechtliche Rechte und Pflichten für den Internet-Vertrieb von Finanzdienstleistungen begründen (zB § 63 ff. WpHG).
- 49 Finanzmarktrechtliche Eingriffsnormen, die nicht der *lex fori* entstammen, können nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO aber nur sehr eingeschränkt berücksichtigt werden¹⁵⁵. Zunächst kommen nur die Normen desjenigen Staates in Betracht, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt wer-

nen Ausführungsvereinbarung AS 2013, 3677 ff. und die Medienmitteilung der FINMA vom 6.1.2014.

151 Auch weitere per E-Mail gegebene Informationen über die Produktpalette wären dann Teil der passiven Dienstleistungsfreiheit; s. dazu das Merkblatt der BaFin zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG (Fn 18), Ziff. 1 Punkt „Post/Telefax/E-Mail“.

152 Merkblatt der BaFin zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG (Fn 18), Ziff. 1 Punkt „Werbung“.

153 Zu dieser durch das Kleinanlegerschutzgesetz 2015 eingeführten Regelung näher *Bouchon/Mehlkopp*, in: Fuchs, § 4b WpHG.

154 Zu dieser derzeit allerdings unbedeutenden Vorschrift *Jung*, in: Fuchs, § 37g WpHG Rn. 1 ff.

155 Vgl demgegenüber den weiter gefassten Art. 19 CH-IPRG; krit. zu Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 535.

den sollen oder erfüllt worden sind. Außerdem müssen die Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen, wobei bei der Entscheidung, ob diesen Eingriffsnormen Wirkung zu verleihen ist, Art und Zweck dieser Normen sowie die Folgen zu berücksichtigen sind, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben würden. So hätte beispielsweise ein österreichisches Gericht § 32 Abs. 1 S. 1 KWG nur anzuwenden, wenn die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen in Deutschland erfüllt wurden oder zu erfüllen sind und wenn der Verstoß gegen die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lässt. Dies ist nach der deutschen Rechtsprechung jedoch nicht der Fall, da der ohne Erlaubnis mit den in Deutschland ansässigen Kunden geschlossene Finanzdienstleistungsvertrag nicht nichtig ist, sondern den Kunden nur zum Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 32 Abs. 1 S. 1 KWG¹⁵⁶ berechtigt. Allerdings hätte ein deutsches Gericht nach deutschem Recht auf die *dolo-petit*-Einrede des Kunden hin diesen Schadensersatzanspruch auch im Rahmen einer gegen den Kunden auf Vertragserfüllung gerichteten Klage zB auf Zins- oder Gebührenzahlung zu berücksichtigen, weil der Kunde unmittelbar nach Erbringung der eingeklagten Leistung aufgrund des Schadensersatzanspruchs wieder zu deren Rückforderung berechtigt wäre¹⁵⁷. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG als Schutzgesetz und die wegen des Schadensersatzanspruchs bestehende *dolo-petit*-Einrede wären wegen ihrer delikts- bzw bereicherungsrechtlichen Qualifikation von einem deutschen Gericht zwar nicht nach Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO, jedoch nach Art. 16 Rom II-VO als Eingriffsnorm der *lex fori* auch dann zu beachten, wenn ein ausländisches Delikts- und Bereicherungsrecht anwendbar sein sollte¹⁵⁸ und einen solchen Schadensersatzanspruch bei erlaubnislosem Tätigwerden bzw die *dolo-petit*-Einrede nicht kennen sollte. Die wirtschaftlich der Nichtigkeit des Finanzdienstleistungsvertrags vergleichbare Wirkung der *dolo-petit*-Einrede spricht schließlich aus Sicht des österreichischen Rechts für eine Anwendung von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO. Alternativ lässt sich die Berücksichtigung von § 32 Abs. 1 S. 1 KWG als ausländische Eingriffsnorm auch noch damit begründen, dass die BaFin die unverzügliche Abwicklung der ohne die erforderliche Erlaubnis getätigten Geschäfte gegenüber dem Unternehmen und den Mitgliedern seiner Organe anordnen kann, was im Falle einer Rückabwicklungsanordnung ebenfalls im wirt-

156 Zum Schadensersatzanspruch gegen die ohne Erlaubnis tätig werdende ausländische Bank s. etwa BGH WM 2014, 1614 Rn. 45 ff.; BGH WM 2006, 1896 Rn. 13 ff.; OLG Dresden (8 U 328/07) NJ 2007, 509 und LG Bonn (7 O 225/06) openJur 2011, 50631.

157 Zum Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 32 Abs. 1 KWG BGH ZIP 2015, 1772, Rn. 28 ff. (in casu wegen des fehlenden Schutzzweckzusammenhangs jedoch verneint); OLG Dresden NJW 2007, 509; LG Bonn 7 O 225/06.

158 Zumeist wird es sich um das am gewöhnlichen ausländischen Aufenthalt des Finanzdienstleisters geltende Recht handeln, welches häufig das Vertragsstatut (vgl Art. 3, Art. 4 Abs. 1 lit. b, aber auch Art. 4 Abs. 3 und Art. 6 Rom I-VO) und das daran akzessorisch anzuknüpfende Deliktsstatut (vgl Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO) bzw Bereicherungsstatut (vgl Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO) sein wird.

schaftlichen Ergebnis einer nur im Interesse der Vertragspartner nicht direkt angeordneten Nichtigkeit des Vertrags gleichkäme¹⁵⁹.

2. Anknüpfung nach schweizerischem IPRG

a) Regelanknüpfung

- 50 Art. 117 CH-IPRG stellt für die objektive Regelanknüpfung bei Fehlen einer wirksamen Rechtswahl nach Art. 116 CH-IPRG auf das Recht desjenigen Staates ab, mit dem der Finanzdienstleistungsvertrag am engsten zusammenhängt. Vermutungsweise ist dies nach Art. 117 Abs. 2 und Abs. 3 CH-IPRG das Recht desjenigen Staates, in dem der Erbringer der vertragscharakteristischen Leistung seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw seine Niederlassung iSv Art. 20 Abs. 1 lit. b bzw lit. c oder Art. 21 Abs. 4 CH-IPRG hat. In aller Regel wird der Finanzdienstleister die charakteristische Leistung erbringen, doch kann dies beim Einlagegeschäft (zB Festgeldanlage) auch einmal der Kunde sein.

b) Sonderanknüpfungen

aa) Konsumentenverträge

- 51 Das Zustandekommen eines sich im Rahmen des üblichen „Verbrauchs“¹⁶⁰ haltenden Finanzdienstleistungsvertrags, der mit einem zu persönlichen oder familiären Zwecken und nicht im Zusammenhang mit seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelnden Konsumenten elektronisch geschlossen wird, bestimmt sich vor einem schweizerischen Zivilgericht nach dem Recht des Staates, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn der Anbieter die Bestellung in diesem Staat entgegengenommen hat, wenn in diesem Staat dem Vertragsabschluss ein Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und der Konsument in diesem Staat die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat oder wenn der Anbieter den Konsumenten veranlasst hat, sich ins Ausland zu begeben und seine Bestellung dort abzugeben (Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG). In diesen Fällen ist dann auch eine Rechtswahl generell ausgeschlossen (Art. 120 Abs. 2 CH-IPRG) – ein wichtiger Unterschied zum EU-Kollisionsrecht.

bb) Zustandekommen durch Schweigen auf einen Antrag

- 52 Auch das CH-IPRG enthält in Art. 123 eine Sonderregelung zum Zustandekommen eines Vertrages durch Schweigen. Danach kann sich eine Partei für die Wirkungen ihres Schweigens auf das Recht des Staates berufen, in dem sie ihren

¹⁵⁹ So *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 538.

¹⁶⁰ Dazu bereits bei Rn. 28.

gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Regelung ist dabei zumindest nach ihrem Wortlaut („Schweigen“) etwas enger gefasst als Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO, der neben dem Schweigen auch andere Formen des konkludenten Verhaltens bei Vertragsschluss betrifft. Auf der anderen Seite soll Art. 123 CH-IPRG über den Wortlaut hinaus nicht nur wie Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO für das Schweigen bei Vertragsschluss, sondern auch für das Schweigen bei anderen den Vertragsinhalt gestaltenden Willenserklärungen (zB stillschweigende Genehmigung) gelten¹⁶¹. Schließlich stellt Art. 123 CH-IPRG nicht wie Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO auf den einfachen Aufenthalt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Schweigenden ab, wobei es unerheblich ist, ob die andere Vertragspartei von diesem Aufenthalt Kenntnis hatte oder nicht¹⁶².

cc) Formanforderungen

Ein Platzgeschäft (die Parteien befinden sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in demselben Staat) ist nach Art. 124 Abs. 1 CH-IPRG formgültig, wenn er entweder dem auf den Vertrag anwendbaren Recht oder dem Recht am Abschlussort entspricht. Beim Distanzgeschäft (die Parteien befinden sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in verschiedenen Staaten) genügt es, wenn die Form den Anforderungen des Vertragsstatuts oder des Rechts eines der Aufenthaltsstaaten entspricht (Art. 124 Abs. 2 CH-IPRG). International zwingende Formvorschriften des Vertragsstatuts zum besonderen Schutz einer Partei bleiben allerdings anwendbar, sofern das betreffende Recht nicht die Anwendung eines anderen Rechts zulässt (Art. 124 Abs. 3 CH-IPRG)¹⁶³. 53

dd) Rechtsgeschäftliche Stellvertretung

Im Gegensatz zur Rom I-VO (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO) enthält das CH-IPRG mit Art. 126 auch noch Sonderanknüpfungen für Fragen der Stellvertretung. Danach unterliegt das Verhältnis zwischen dem rechtsgeschäftlichen Stellvertreter und dem Vertretenen (Fragen der Vollmachterteilung und des Dürfens im Innenverhältnis) gem. Art. 126 Abs. 1 CH-IPRG akzessorisch dem Recht des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses (Arbeitsvertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag etc.). Die Voraussetzungen, unter denen eine Handlung des Vertreters den Vertretenen gegenüber dem Dritten verpflichtet (Reichweite der Vollmacht im Außenverhältnis, Schranken des Verkehrsschutzes bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht) unterstehen hingegen dem 54

¹⁶¹ *Möcklin-Doss/Schnyder*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 123 IPRG Rn. 2.

¹⁶² *Girsberger/Keller*, in: ZürcherKomm. IPRG, Art. 123 IPRG Rn. 21.

¹⁶³ Zu den besonderen Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 124 Abs. 3 IPRG *Möcklin-Doss/Schnyder*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 124 IPRG Rn. 8 ff.

Recht des Staates, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat oder, wenn eine solche fehlt bzw für den Dritten nicht erkennbar ist, dem Recht des Staates, in dem der Vertreter im Einzelfall hauptsächlich handelt (Art. 126 Abs. 2 CH-IPRG). Bei abhängig Beschäftigten ohne eigene geschäftliche Niederlassung befindet sich die Niederlassung des Vertreters am Sitz des Vertretenen (Art. 126 Abs. 3 CH-IPRG).

c) Beachtung aufsichtsrechtlicher Eingriffsnormen

- 55 International zwingende schweizerische Normen des Finanzmarktrechts (zB Art. 11 BEHG) sind nach Art. 18 CH-IPRG unabhängig von den Regelungen des verwiesenen Rechts anzuwenden¹⁶⁴. Ausländische Eingriffsnormen wie zB § 32 Abs. 1 S. 1 KWG oder § 63 ff. WpHG können hingegen nach Art. 19 Abs. 1 CH-IPRG nur dann berücksichtigt werden, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist¹⁶⁵. Die im Ermessen des schweizerischen Gerichts stehende Berücksichtigung soll nach Art. 19 Abs. 2 CH-IPRG vom Zweck der Eingriffsnorm und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung abhängen. Den inhaltlichen Maßstab bilden dabei bezogen auf die betroffenen Märkte die beiden Ziele des Kapitalmarktrechts, nämlich der Funktions- und Anlegerschutz¹⁶⁶.

3. Anknüpfung nach liechtensteinischem IPRG

a) Regelanknüpfung

- 56 Finanzdienstleistungsverträge sind vorbehaltlich der für Verbraucherverträge nach Art. 45 Abs. 2 LI-IPRG bestehenden Einschränkungen zunächst nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien ausdrücklich, schlüssig oder aus den Umständen heraus bestimmen (Art. 11, 39 Abs. 1 LI-IPRG). Fehlt es an einer wirksamen Rechtswahl und fällt der Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der gerade auch die meisten Finanzdienstleistungen erfassenden Sonderanknüpfungen für Bank-, Versicherungs-, Börsen-, Verbraucher- und Sicherungsgeschäfte (Art. 42 ff. LI-IPRG), ist auf gegenseitige Verträge, nach denen die andere Partei dem Finanzdienstleister überwiegend Geld schuldet, das Recht des Staates anwendbar, in dem die Niederlassung liegt, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wird (Art. 40 LI-IPRG). Einseitig verpflichtende Verträge wie insbesondere Garantieverträge sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem der

¹⁶⁴ Dazu generell *Voser*, S. 146 ff.; speziell zu kapitalmarktrechtlichen Regelungen *Schnyder*, FS Zobl, S. 394 ff.

¹⁶⁵ Näher *Millauer*.

¹⁶⁶ *Schnyder*, FS Zobl, S. 396 f.

Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw seine Niederlassung hat (Art. 41 LI-IPRG).

b) Sonderanknüpfungen

aa) Bank- und Börsengeschäfte sowie Versicherungsverträge

Bankgeschäfte sind gem. Art. 42 Abs. 1 S. 1 LI-IPRG nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem das Unternehmen, das Geschäfte nach dem Bankengesetz betreibt, seine Niederlassung iSv Art. 40 S. 2 LI-IPRG hat. Das gilt auch für die Rechtsgeschäfte einer Bank, deren Wirkungen begrifflich von dem Bestehen einer Verbindlichkeit abhängig sind, wie dies insbesondere bei akzessorischen Sicherungsgeschäften der Fall ist (Art. 49 S. 3 LI-IPRG)¹⁶⁷. Bei Bankgeschäften zwischen Unternehmen, die Geschäfte nach dem Bankengesetz betreiben, ist das Recht am Ort der Niederlassung des beauftragten Unternehmens maßgebend (Art. 42 Abs. 1 S. 2 LI-IPRG). Börsengeschäfte sind gem. Art. 43 LI-IPRG dem Recht des Staates unterstellt, in dem sich die Börse befindet. Da die Vorschrift von Art. 43 LI-IPRG ausdrücklich auch für Märkte und Messen gilt, dürfte sie entsprechend auf andere multilaterale Systeme zum zumindest nicht-diskretionären Handel mit Finanzinstrumenten anwendbar sein. Für Versicherungsverträge gilt das Gesetz vom 12. Juni 2015 über das internationale Versicherungsvertragsrecht auch dann, wenn es sich um einen Verbrauchervertrag handelt (Art. 42 Abs. 2, Art. 45 Abs. 4 LI-IPRG), so dass objektiv grundsätzlich das Recht des Staates der Niederlassung des Versicherungsunternehmens bzw der Belegenheit des versicherten Risikos anwendbar ist (Art. 9 IVersVG).

bb) Verbraucherverträge

Die liechtensteinischen Zivilgerichte bestimmen das auf Verbraucherverträge anwendbare Recht nach Art. 45 LI-IPRG¹⁶⁸. Danach sind Verträge, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt (höheres Schutzniveau im Verbraucherland), nach diesem Recht zu beurteilen, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfalteteten, auf den Abschluss solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Person zustande gekommen sind (Art. 45 Abs. 1 LI-IPRG). Im Falle eines Vertragsabschlusses außerhalb des Verbraucherlandes ist der von Art. 45 Abs. 1 LI-IPRG verlangte Zusammenhang nur gegeben, wenn der liechtensteinische Finanzdienstleister im Ausland eine solche Tätigkeit entfaltet, die kon-

¹⁶⁷ Dazu auch LI-OGH vom 3.6.2015, 09 CG.2014.327, OGH.2015.63.

¹⁶⁸ Die Vorschrift entspricht dem früheren § 41 A-IPRG (bis 30.11.1998), so dass deren Auslegung nach st. Rspr. des LI-OGH unter Berücksichtigung der früheren österreichischen Lehre und Rechtsprechung zu erfolgen hat.

kret darauf abzielt und objektiv geeignet ist, Verbraucher außerhalb ihres Aufenthaltsstaates zu einem bestimmten Vertragsabschluss mit dem Unternehmer zu bewegen, wofür eine reine Produktwerbung nicht ausreichen soll¹⁶⁹. Eine Rechtswahl zum Nachteil des Verbrauchers ist nach Art. 45 Abs. 2 LI-IPRG unbeachtlich, soweit es sich um zwingende Bestimmungen des in Art. 45 Abs. 1 LI-IPRG genannten Rechts handelt. Ist dies das Recht eines Mitgliedstaats des EWR-Abkommens, so gehören hierzu insbesondere Bestimmungen, die Vorschriften zum Schutz der Verbraucher im Sinne von Anhang XIX zum EWR-Abkommen entsprechen.

cc) Abhängige Rechtsgeschäfte

- 59 Ein Rechtsgeschäft, dessen Wirkungen begrifflich von einer bestehenden Verbindlichkeit abhängen, ist gem. Art. 49 S. 1 LI-IPRG akzessorisch nach den Sachnormen des Staates zu beurteilen, dessen Sachnormen für die Verbindlichkeit maßgebend sind¹⁷⁰. Das gilt insbesondere für Rechtsgeschäfte, welche die Sicherung oder Umänderung einer Verbindlichkeit zum Gegenstand haben. Die Sonderanknüpfung für Bankgeschäfte nach Art. 42 Abs. 1 LI-IPRG geht der akzessorischen Anknüpfung nach Art. 49 S. 1 LI-IPRG jedoch ausdrücklich vor (Art. 49 S. 3 LI-IPRG).

dd) Rechtsgeschäftliche Stellvertretung

- 60 Die Voraussetzungen und die Wirkungen der gewillkürten Stellvertretung im Verhältnis des Geschäftsherrn und des Stellvertreters zum Dritten sind nach dem Recht zu beurteilen, das der Geschäftsherr in einer für den Dritten erkennbaren Weise bestimmt hat (Art. 53 Abs. 1 LI-IPRG). Ist das anzuwendende Recht nicht entsprechend bestimmt worden, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Stellvertreter nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn (bei einer Bestellung für mehrere Geschäfte: regelmäßig) tätig werden soll (Art. 53 Abs. 2 LI-IPRG). Hilfsweise ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Stellvertreter tätig wird (Art. 53 Abs. 3 LI-IPRG).

E. Online-Brokerage

I. Formen des Online-Brokerage

- 61 Broker können im elektronischen Effekten- und Devisenhandel ganz unterschiedliche Aufgaben wahrnehmen, so dass auch die Qualifikation ihrer ver-

¹⁶⁹ Dazu LI-OGH vom 6.11.2003 (9 Cg 2001.101-46), Leitsatz 1d und zu 5.3).

¹⁷⁰ Zum früheren § 45 A-IPRG, der Art. 49 S. 1 LI-IPRG als Vorbild diente, *Schwind*, Rn. 448 ff.

traglichen Beziehungen zu den Kunden unterschiedlich ausfällt¹⁷¹. Als Market Maker oder Dealing-Desk-Broker stellen die Broker selbst Geld- und Briefkurse, zu denen sie die einzelnen Kaufgeschäfte im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit den Kunden abschließen. Das birgt in besonderer Weise die Gefahr von Interessenkonflikten und Missbräuchen. Als sog. Straight Through Processing Broker (STP-Broker) bündeln sie die Kundenaufträge als Makler und leiten sie anschließend an die den besten Kurs bietende institutionelle Gegenpartei weiter, wobei die Verträge direkt zwischen den Kunden und der Gegenpartei zustande kommen. Betreibt der Broker ein eigenes elektronisches Kundennetzwerk, über das er als sog. Electronic Communications Network Broker (ECN-Broker) Geschäfte zwischen den angeschlossenen professionellen und finanzstarken privaten Kunden vermittelt und für Markttransparenz durch Anzeige der in das System eingegebenen Aufträge und deren Volumen sorgt, handelt er ebenfalls als Makler. Die Betreiber von Anlegerforen in den sozialen Netzwerken (sog. social trading) können entweder selbst solche Broker sein oder mit diesen zusammenarbeiten. Online-Broker bieten den Anlegern in der Regel keine individuelle Beratung an (sog. execution-only-business). Einen praktisch bedeutsamen Anwendungsfall des Online-Brokerage bildet der Devisenhandel durch Privatkunden (sog. Retail Foreign Exchange Trading, kurz: Forex-Trading), der später noch anhand eines Beispiels genauer betrachtet werden soll¹⁷².

II. Internationale Zuständigkeit

Bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Online-Brokerage richtet sich die direkte internationale Zuständigkeit eines angerufenen deutschsprachigen Gerichts nach den oben beschriebenen deliktsrechtlichen (vorvertraglicher Kontakt, Lauterkeitsrecht) und vertragsrechtlichen (Vertragsschluss und Vertragsbeziehungen) Regeln. 62

III. Anwendbares Recht

1. Verbraucherverträge

a) EU-Kollisionsrecht

Das Online-Brokerage unterliegt den allgemeinen vertrags- und deliktsrechtlichen Anknüpfungsregelungen. Die deutschen und österreichischen Gerichte haben danach auf Kontoführungs-, Darlehens-, Sicherungs-, Kommissions- und Maklerverträge des Brokers, welche die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO erfüllen (Verbraucherverträge), grundsätzlich das am gewöhnlichen Auf- 63

¹⁷¹ Zu den verschiedenen Geschäftsmodellen s. Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort „Broker“.

¹⁷² S. dazu unten bei Rn.71 ff.

enthalt des Verbrauchers geltende Recht anzuwenden. Eine Rechtswahl ist dann nur sehr eingeschränkt möglich (Art. 6 Abs. 2 iVm Art. 3 Rom I-VO). Vorbehalten bleiben in jedem Fall die international zwingenden Eingriffsnormen insbesondere der *lex fori* (Art. 9 Rom I-VO).

- 64 Zu beachten sind aber noch die Ausnahmenvorschriften von Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO, von denen zunächst lit. a (Erbringung der Finanzdienstleistungen ausschließlich in einem anderen Staat als dem Verbraucherstaat) einschlägig sein kann. So können örtliche Brokerdienstleistungen unter diese erste Ausnahme subsumiert werden, doch ist dies nach deutscher Rechtsprechung nicht der Fall, wenn Ausführungsgeschäfte an Börsen verschiedener Staaten getätigt werden dürfen¹⁷³. Auch Korrespondenzdienstleistungen über das Internet ohne physischen Grenzübertritt des Verbrauchers in den Staat des Anbieters (zB Informations- und Beratungsdienstleistungen eines Online-Brokers¹⁷⁴, Bereitstellen einer Handelssoftware zum Download) fallen nicht unter die Ausnahme von Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO, weil sie grenzüberschreitend erbracht und vom Verbraucher in seinem Aufenthaltsstaat abgerufen werden¹⁷⁵.
- 65 Einschlägig ist die Ausnahmenvorschrift von Art. 6 Abs. 4 lit. e Rom I-VO, wenn der Broker als ECN-Broker eine multilaterale Online-Handelsplattform betreibt und auf dieser Verträge zwischen den angeschlossenen Kunden¹⁷⁶ nach nichtdiskretionären Regeln vermittelt¹⁷⁷. Auf das Vorhandensein eines zentralisierenden Elements (zentraler Organisator, zentrale Gegenpartei) kommt es nicht an¹⁷⁸. Das hingegen entscheidende Kriterium „nichtdiskretionär“ bedeutet nach ErwGr 6 MiFID I, dass das multilaterale Handelssystem dem Betreiber keinerlei Ermessensspielraum im Hinblick auf die möglichen Wechselwirkungen zwischen den Interessen am Kauf und Verkauf (Aufträge, Kursofferten und Interessenbekundungen) einräumt und die Zusammenführung nach den (zuvor festgelegten) Regeln des Systems oder mit Hilfe der Protokolle oder internen Betriebsverfahren des Systems (einschließlich der in Computersoftware enthaltenen Verfahren) erfolgt. Daran fehlt es, wenn dem Broker als dem Betreiber des Handelssystems ein Ermessen im Hinblick auf die Zusammenführung von Aufträgen eingeräumt ist. Ein solches Ermessen besteht beispielsweise nach Art. 20

173 Vgl zum früheren Art. 29 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 EGBGB BGH WM 2005, 423; OLG Düsseldorf (17 U 257/06) Rn. 41 und OLG Düsseldorf (17 U 39/06) Rn. 49.

174 *Spindler*, IPRax 2001, 400, 408.

175 *Martiny*, in: MüKoBGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 18f.; *Remien*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, Art. 6 Rom I-VO Rn. 26; *Calliess*, in: *Calliess*, Art. 6 Rome I Rn. 61; vgl zum früheren Art. 29 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 EGBGB OLG Düsseldorf (17 U 257/06) Rn. 46 und OLG Düsseldorf (17 U 39/06) Rn. 52; speziell zur grenzüberschreitenden Internetkreditvergabe *Hoffmann/Primaczenko*, WM 2007, 189, 193 f.

176 S. zu den Zulassungsvoraussetzungen nach deutschem Recht § 72 Abs. 1 Nr. 1 WpHG.

177 Krit. zur zu engen Fassung der Sonderanknüpfung *Lehmann*, in: MüKoBGB, IntFinMarktR Rn. 524; näher zu multilateralen Handelssystemen *Kumpfan*, in diesem Band, § 9 Rn. 6ff. und 58f.

178 *Mankowski*, RIW 2009, 98, 108.

Abs. 6 Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II)¹⁷⁹ dann, wenn der Betreiber eines organisierten Handelssystems (OTF) darüber entscheiden kann, einen Auftrag über das von ihm betriebene System zu platzieren bzw zurückzunehmen und/oder einen bestimmten Kundenauftrag nicht mit anderen zu einem bestimmten Zeitpunkt im System vorhandenen Aufträgen zusammenzuführen, sofern dies gem. den spezifischen Anweisungen eines Kunden und den Verpflichtungen nach Art. 27 Richtlinie 2014/65/EU erfolgt¹⁸⁰. Die Ausnahme von Art. 6 Abs. 4 lit. e Rom I-VO betrifft aber nur die innerhalb des Systems geschlossenen Verträge. Erfasst wären die unmittelbar zwischen den Kunden eines ECN-Brokers zustande kommenden Kaufverträge. Verbraucher werden die Geschäfte über das Handelssystem aber nur selten selbst, sondern regelmäßig über im eigenen Namen handelnde professionelle Intermediäre abschließen¹⁸¹. Denkbar wäre es aber auch, die Ausnahme auf die Verträge des ECN-Brokers mit seinen Kunden zu erstrecken. Im Hinblick auf den sachlichen Zusammenhang und das Zusammenspiel zwischen den Kaufgeschäften und den „im System“ ihrer Vorbereitung und Abwicklung dienenden Makler-, Kontoführungs-, Darlehens- und Sicherungsgeschäften erschiene es nämlich durchaus sinnvoll, alle diese Geschäfte auf Kosten des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes dem einen Recht des Handelssystems zu unterstellen.

b) Schweizerisches Kollisionsrecht

Verträge, die ein Konsument mit einem Broker über Finanzdienstleistungen des üblichen Verbrauchs schließt, unterstehen, wie bereits näher dargelegt¹⁸², nach Art. 120 CH-IPRG zwingend dem Recht des Staates, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt iSv Art. 20 Abs. 1 lit. b CH-IPRG hat. Ausnahmetatbestände nach dem Muster von Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO bestehen nicht. Sonderanknüpfungen für Teilfragen enthalten allerdings noch die bereits vorgestellten¹⁸³ Art. 123 bis 126 CH-IPRG.

c) Liechtensteinisches Kollisionsrecht

Nach Art. 45 Abs. 1 LI-IPRG ist das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt einer Vertragspartei, der dieses Recht als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt, anwendbar, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem

¹⁷⁹ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU Text von Bedeutung für den EWR, ABl L 173 vom 12.6.2014, S. 349 ff.

¹⁸⁰ Für die analoge Anwendung des Art. 6 Abs. 4 lit. d Rom I-VO auf diskretionäre Handelssysteme, in diesem Band, § 9 Rn. 51.

¹⁸¹ *Mankowski*, in: Reithmann/Martiny, Rn. 6.1675; sogar für überflüssig hält die Ausnahme deswegen *Lehmann*, in: Leible/Ferrari, S. 85, 97 f.

¹⁸² S. o. bei Rn. 51.

¹⁸³ S. o. bei Rn. 52.

Staat entfaltet, auf die Schliessung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Person zustande gekommen sind. Unklar ist das Verhältnis dieser Vorschrift zur Regelanknüpfung von Art. 40 LI-IPRG und zu anderen Sonderanknüpfungen. Im Verhältnis zur Regelanknüpfung stellt sich wie zur früheren Vorbildnorm des österreichischen Kollisionsrechts die Frage, ob Art. 45 Abs. 1 auch dann Vorrang vor Art. 40 beanspruchen kann, wenn das hierdurch zur Anwendung gelangende Recht dem Verbraucher einen geringeren Schutz bietet. Während die Wendung „besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt“ durchaus als Anordnung verstanden werden könnte, einen Günstigkeitsvergleich durchzuführen oder gar nur die günstigeren konsumentenschützenden Regelungen als Eingriffsnormen isoliert zu beachten, spricht die in Art. 45 Abs. 2 LI-IPRG nur im Zusammenhang mit der Rechtswahl ausdrücklich erwähnte Günstigkeitsklausel systematisch eher für einen generellen Vorrang von Art. 45 Abs. 1 LI-IPRG¹⁸⁴. Für eine generell ein besonderes Vertragsstatut berufende Regelung kann schließlich auch die Wendung „nach diesem Recht zu beurteilen“ ins Feld geführt werden. Die Sonderanknüpfung nach Art. 45 LI-IPRG geht jedenfalls der Sonderanknüpfung von Bank- und Versicherungsverträgen nach Art. 42 LI-IPRG vor¹⁸⁵. Da auch im liechtensteinischen Recht eine Sonderanknüpfung besteht, wonach Börsengeschäfte nach dem Recht des Staates zu beurteilen sind, in dem sich die Börse oder der Markt befindet (Art. 43 LI-IPRG), stellt sich schließlich für direkt selbst über das Handelssystem Geschäfte tätige Verbraucher die ungeklärte Frage, ob diese Sonderanknüpfung nach dem Vorbild von Art. 6 Abs. 4 lit. e iVm Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO Vorrang vor derjenigen für Verbraucherverträge beanspruchen können sollte.

2. Unternehmerverträge

- 68 Erfüllen die zwischen dem Broker und seinen Kunden geschlossenen Finanzdienstleistungsverträge (Kontoführungs-, Kommissions-, Kauf-, Darlehens-, Sicherungs- und Maklerverträge) nicht die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, unterliegen sie vorbehaltlich einer Rechtswahl nach und in den Grenzen von Art. 3 Rom I-VO nach Art. 4 Abs. 1 lit. b bzw. lit. f Rom I-VO grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Broker als Dienstleister bzw. Vertriebshändler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Vorbehalten bleiben das Recht eines nichtdiskretionären multilateralen Handelssystems für die innerhalb dieses Systems geschlossenen Verträge (Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO) und die international zwingenden Eingriffsnormen namentlich des Forumstaats (Art. 9 Rom I-VO). Vergleichbares gilt für das liechtensteinische Kollisionsrecht

¹⁸⁴ So für § 41 A-IPRG aF, welcher Art. 45 LI-IPRG als Vorbild diente, *Schwind*, Rn. 445 (mit Nachweisen zur Gegenansicht).

¹⁸⁵ So für § 38 A-IPRG aF, welcher Art. 42 LI-IPRG als Vorbild diente, *Schwind*, Rn. 453.

nach Art. 40 (Regelanknüpfung an die Niederlassung des Erbringers der Dienstleistung), Art. 42 (Sonderanknüpfung für Bankgeschäfte an das Recht am Ort der Niederlassung des Betreibers des Bankgeschäfts) und Art. 43 LI-IPRG (Sonderanknüpfung für Börsengeschäfte an das Recht am Ort der Börse). Im CH-IPRG fehlt zwar eine Sonderanknüpfung für Börsengeschäfte, doch ist auch dort für die objektive Regelanknüpfung nach Art. 117 CH-IPRG auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Brokers als Dienstleister abzustellen.

IV. Beispiel des Forex-Retail-Tradings

1. Charakteristika des Forex-Retail-Tradings

Der Devisenhandel ist traditionell ein dezentraler außerbörslicher Interbankenhandel. Dennoch hatten Privatanleger laut Zentralbankerhebung 2013 etwa einen Anteil von 3,5 % im gesamten Handel und von 3,8 % im Terminhandel von Devisen, wobei definitionsgemäß nur die mit realen Vermögensverschiebungen abgewickelten und nicht auch die auf einer Handelsplattform unmittelbar glattgestellten Geschäfte erfasst wurden¹⁸⁶. Die Einbeziehung von Privatanlegern wurde nur möglich durch die Einrichtung elektronischer Handelsplattformen im Internet und das Angebot von Online-Margin-Konten für Privatanleger durch Online-Broker wie zB OANDA, FXCM oder Gain Capital. Diese sog. Forex-Broker werben auf Websites mit Informationen und Demo-Konten für das Forex-Trading durch Privatanleger. 69

Die Devisengeschäfte werden ohne eine Beratungsleistung des Brokers im Margin-Trade über die interaktive Online-Plattform eines Drittanbieters (regelmäßig einer Bank) abgewickelt. Der Broker schließt die Geschäfte mit der Plattformbetreiberin häufig als Kommissionär zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Privatanlegers. Zur Geschäftsabwicklung unterhält der Privatanleger bei dem Broker ein in seiner Heimatwährung geführtes Forex-Handelskonto. Die Abrechnung der einzelnen Devisengeschäfte erfolgt zwischen Broker und Privatanleger unter ausdrücklichem Ausschluss der effektiven Lieferung der Währungen durch Barausgleich der Differenz zwischen dem Abschlusskurs und dem Kurs eines genau gegenläufigen späteren Devisengeschäfts. Das Gegengeschäft wird zumeist innerhalb eines Handelstages abgeschlossen (sog. Daytrading), was zur sog. Schließung der Devisenposition durch Verrechnung und zum endgültigen Barausgleich führt. Eine Devisenposition kann von dem Privatkunden aber auch unbefristet über einen Handelstag hinweg aufrechterhalten werden, was zusätzliche Transaktionen zwischen dem Broker und der Plattformbetreiberin auslöst. Außerdem wird dann zum Ende eines jeden Handelstages anhand der Differenz zwischen dem Abschlusskurs und dem aktuellen Kurs eines hypothetischen Gegengeschäfts ein vorläufiger Gewinn bzw 70

¹⁸⁶ BIZ-Quartalsbericht vom Dezember 2013 „Die Struktur der globalen Devisenmärkte aus Sicht der Zentralbankerhebung 2013“, S. 17.

Verlust errechnet und auf dem Handelskonto des Privatanlegers gutgeschrieben bzw belastet. Aufgrund von Missbräuchen¹⁸⁷ und zunehmender Regulierung ist das Forex-Retail-Trading inzwischen wieder rückläufig.

2. Grenzüberschreitendes Fallbeispiel

a) Sachverhalt

- 71 Zur genaueren international-privatrechtlichen Analyse des Forex-Retail-Tradings soll von folgendem Beispiel ausgegangen werden: Ein in Zürich ansässiger Privatanleger, der eine Aufwertung des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro erwartet, erteilt einem in Liechtenstein ansässigen Broker online den Auftrag, entsprechend dem aktuellen Kaufkurs ein Lot des Währungspaares CHF/EUR zu kaufen, d.h. 100.000 CHF (sog. Basiswährung) für 92.000 EUR (sog. Gegen-, Sekundär- oder Kurswährung) zu erwerben. Hierzu gewährt ihm der Broker ein Darlehen in Höhe von 92.000 EUR. Dieses Darlehen ist im Margin-Trade durch eine Margin in Höhe von beispielsweise 1.000 CHF zu besichern und bei Glattstellung der Devisenposition zurückzuzahlen. Im Falle einer für den Anleger negativen Markt- und Risikoentwicklung kann der Broker jederzeit die ggf. sehr kurzfristige Erhöhung der Margin verlangen. Diese sog. geblockte Margin wird auf dem Handelskonto als bis zur Glattstellung der Devisenposition gesperrter Betrag verbucht. Die Devisenposition kann durch ein vom Broker getätigtes Insich-Gegengeschäft glattgestellt und abgerechnet werden, wenn ein hypothetisch errechneter Verlust aus dem Devisengeschäft nicht mehr durch den frei auf dem Handelskonto verfügbaren Betrag (sog. freie Margin) gedeckt sein sollte oder der Anleger die von dem Broker wegen einer negativen Risikoentwicklung verlangte Erhöhung der geblockten Margin (sog. additional margin) nicht vornimmt. So kann der liechtensteinische Broker im Fall des Zürcher Privatanlegers die Devisenposition noch am Tag des Geschäftsabschlusses mangels ausreichender Sicherheiten glattstellen, wenn sich der Schweizer Franken entgegen den Erwartungen des Anlegers gegenüber dem Euro bereits zu Beginn abschwächt und weiter abzuschwächen droht. Der Broker kann dann seine Forderung auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 92.000 EUR mit der Forderung des Anlegers auf Herausgabe des Erlöses aus dem bei Glattstellung von dem Broker getätigten Verkauf von 100.000 CHF für zB 90.000 EUR verrechnen und (nach Umrechnung in die Landes- und Kontowährung des Anlegers) die Zahlung des Differenzbetrags (im Beispiel 2.222 CHF) verlangen.

¹⁸⁷ S. dazu etwa die Warnungen der North American Securities Administrators Association (NASAA) unter <http://www.nasaa.org/2801/cftcnasaa-investor-alert-foreign-exchange-currency-fraud/> (besucht am 17.8.2017) und der Commodity Futures Trading Commission (CFTC) unter http://www.cftc.gov/ConsumerProtection/FraudAwarenessPrevention/CFTCFraudAdvisories/fraudadv_forex (besucht am 17.8.2017).

Die Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien sind in diesem Fall des Margin-Trades mithin komplex: Es besteht ein Kommissionsverhältnis, ein Kaufverhältnis (Erwerb der Fremdwährungsforderung), ein Darlehensverhältnis, ein Sicherungsverhältnis (geblockte Margin) und ein Giroverhältnis (Handelskonto). Im Fall der Glattstellung mit Barausgleich kommt es zudem zu einer Verrechnung. 72

b) Bestimmung der internationalen Zuständigkeit

Die von dem liechtensteinischen Forex-Broker verlangte Ausgleichszahlung beruht auf der Darlehensforderung in Höhe von 92.000 EUR, welche durch die vereinbarungsgemäß vorgenommene Verrechnung nur in Höhe von 90.000 EUR erloschen ist. Das wegen dieses Anspruchs angerufene Gericht eines durch das LugÜ gebundenen Staats, also zB ein deutsches, österreichisches oder schweizerisches Gericht, würde seine internationale Zuständigkeit nach Art. 15 ff. LugÜ beurteilen, weil der Wohnsitz des Beklagten (Zürich) in einem durch das LugÜ gebundenen Staat liegt, der Darlehensvertrag von dem Forex-Anleger zu privaten Zwecken geschlossen wurde und der Broker seine Forex-Tätigkeit auch auf die Schweiz ausgerichtet hatte und der Darlehensvertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fiel (Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ). Der Broker könnte damit den Anleger nach Art. 16 Abs. 2 LugÜ nur in der Schweiz und nach Art. 112 Abs. 1 CH-IPRG (örtlich) an dessen Wohnsitz in Zürich verklagen. Ein anderer Gerichtsstand könnte nur mit einigen Einschränkungen nach Art. 17 und 23 f. LugÜ durch Gerichtsstandsvereinbarung oder rügelose Einlassung zugunsten des Gerichts eines anderen durch das LugÜ gebundenen Staats begründet werden¹⁸⁸. 73

Würde der Privatanleger hingegen auf Auszahlung eines Guthabens auf dem von dem liechtensteinischen Broker geführten Geschäftskonto klagen, müsste das von ihm angerufene Zürcher Gericht seine internationale Zuständigkeit – vorbehaltlich der Art. 23 f. LugÜ¹⁸⁹ – nach Art. 112 ff. CH-IPRG prüfen. Es wäre fraglich, ob er sich auch auf den besonderen Klägergerichtsstand am eigenen Wohnsitz in Zürich nach Art. 114 Abs. 1 lit. a CH-IPRG berufen könnte. Hierzu müsste es sich bei dem Bankkontovertrag nämlich um einen Vertrag über eine Leistung des üblichen persönlichen oder familiären Verbrauchs iSv Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG handeln. Das Bankkonto wurde von dem Anleger zwar zu 74

¹⁸⁸ Schnyder, in: Schnyder, Art. 16 LugÜ Rn. 5.

¹⁸⁹ Während sich aus dem Wortlaut des in Art. 4 Abs. 1 LugÜ ausdrücklich vorbehaltenen Art. 23 Abs. 1 LugÜ eindeutig ergibt, dass es für dessen räumlich-persönliche Anwendbarkeit nur auf den Wohnsitz/Sitz einer der Parteien in einem durch das LugÜ gebundenen Staat ankommt, ist dies im Rahmen von Art. 24 LugÜ, der in Art. 4 Abs. 1 LugÜ nicht ausdrücklich vorbehalten wird, umstritten, aber wegen der Parallelen zwischen Gerichtsstandsvereinbarung und rügeloser Einlassung anzunehmen (dazu näher *Grolimund*, in: Schnyder, LugÜ Art. 24 Rn. 7 ff.).

privaten Zwecken eröffnet, doch dient es allein der Abwicklung von Devisenspekulationsgeschäften, die nach Art und Umfang¹⁹⁰ nicht mehr dem üblichen Verbrauch zuzuordnen sind. Anders als bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem privaten Lohnkonto dürfte der Forex-Spekulant daher nicht von einem Klägergerichtsstand nach Art. 114 Abs. 1 lit. a CH-IPRG profitieren können.

c) Bestimmung des anwendbaren Rechts

- 75 Das für die Klage des Brokers auf Zahlung des Differenzbetrags nach Art. 16 Abs. 2 LugÜ international zuständige Bezirksgericht Zürich hätte bei der Beurteilung der streitigen Restdarlehensforderung zunächst die zwingende Sonderanknüpfung für Konsumentenverträge nach Art. 120 CH-IPRG zu prüfen. Danach untersteht ein Vertrag, den ein Konsument über Leistungen des üblichen Verbrauchs zu privaten Zwecken geschlossen hat, u. a. dann dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten, wenn dem Vertragsabschluss eine Werbung im Aufenthaltsstaat vorausgegangen ist und der Konsument in diesem Staat auch die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat (vgl. Art. 120 Abs. 1 lit. b CH-IPRG). Zwar ging im Beispiel dem Vertragsschluss zu privaten Zwecken eine Werbung des Brokers in der Schweiz voraus¹⁹¹, da von der Ausrichtung der Internet-Werbung auf die Schweiz auszugehen ist¹⁹². Der in Zürich wohnhafte Anleger hat die zum Vertragsschluss erforderlichen Rechtshandlungen auch auf elektronischem Weg von der Schweiz aus vorgenommen. Es fehlt jedoch nach Art und Umfang an einem Geschäft des üblichen Verbrauchs¹⁹³. Ziel dieser Beschränkung ist es, den Konsumenten kollisionsrechtlich nur bei der Deckung seiner Grundbedürfnisse und nicht auch bei Investitionen besonders zu schützen¹⁹⁴. Zwar ist der effektive Kapitaleinsatz aufgrund des Margin-Tradings zunächst umfangmäßig begrenzt, doch ändert dies nichts daran, dass zur Tätigkeit des Devisengeschäfts von dem Privatanleger rechtlich ein Darlehen in Höhe von 92.000 EUR aufgenommen werden musste und ihm bei ungünstiger Geschäftsabwicklung und fehlender Absicherung

190 Vgl. zur Maßgeblichkeit der Art und des Volumens des betreffenden Finanzgeschäfts BGE 132 III 268, 272 f. (zum früheren Art. 22 Abs. 2 GestG); vgl. auch Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG (keine Anwendung des KKG auf Kredite im Volumen von mehr als 80.000 CHF).

191 Vgl. auch zur Anpreisung im Internet als Werbung iSv Art. 120 Abs. 1 lit. b CH-IPRG und zur Maßgeblichkeit der bestimmungsgemäßen Empfangsmöglichkeit im Aufenthaltsstaat des Konsumenten (Zurechnung und Erwartbarkeit für den Werbenden) *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 742 ff.

192 Ein Gegenindiz wären zB Beispielsrechnungen mit einer anderen Währung als CHF als Basiswährung oder der Führung des Demokontos in einer anderen Währung als CHF.

193 Vgl. zur Maßgeblichkeit der Art und des Volumens des betreffenden Finanzgeschäfts BGE 132 III 268, 272 f. (zum früheren Art. 22 Abs. 2 GestG); vgl. zur Unüblichkeit eines Lebensversicherungsvertrags BGER 5C.222/2005 E. 2.2 (obiter).

194 BGE 132 III 268, 272 (zum früheren Art. 22 Abs. 2 GestG); *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 729.

durch automatische rechtzeitige Glattstellung weitergehende Leistungspflichten (sog. Nachschusszahlungen) drohen¹⁹⁵. Auch der Art nach muss das Darlehen aufgrund seines Spekulationszwecks als für die Bedürfnisse eines Konsumenten unüblich qualifiziert werden¹⁹⁶. Daher ist das auf den Darlehensvertrag anwendbare Recht grundsätzlich nach der Regelanknüpfung von Art. 117 CH-IPRG zu bestimmen. Anwendbar ist danach grundsätzlich das Recht, das am Ort der für den Vertrag hauptsächlich maßgeblichen Niederlassung (Art. 20 Abs. 1 lit. c, Art. 21 Abs. 4 CH-IPRG) des Brokers als dem dienstleistenden Darlehensgeber (Art. 117 Abs. 2 iVm Abs. 3 lit. c CH-IPRG) gilt.

Da das teilweise Erlöschen der Darlehensforderung in Höhe von 90.000 EUR auf einer Verrechnungsvereinbarung und nicht auf einer einseitigen Gestaltungserklärung beruht, gilt für die Voraussetzungen und Wirkungen der Verrechnung nicht die unselbständige Sonderanknüpfung an das Statut der Hauptforderung nach Art. 148 Abs. 2 CH-IPRG. Vielmehr ist der Verrechnungsvertrag für sich nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen der Art. 117 ff. CH-IPRG anzuknüpfen. Danach untersteht auch dieser Vertrag dem Recht am Ort der für den Vertrag hauptsächlich maßgeblichen Niederlassung des Brokers, weil dieser das Gegengeschäft abzuwickeln und die Verrechnung durchzuführen und mithin die charakteristischen Leistungen zu erbringen hatte.

Wenn der Privatanleger die Ausgleichsforderung als Hauptforderung vor dem Bezirksgericht in Zürich mit einer Schadensersatzforderung verrechnen möchte, die er zum einen darauf stützt, dass der Broker ihn rechtzeitig auf die bevorstehende Nachschusspflicht hätte hinweisen müssen, damit er die Glattstellung abwenden und von einer anschließenden Erholung des Euros hätte profitieren können¹⁹⁷, und zum anderen damit begründet, dass die freie Margin auf seinem Handelskonto durch eine Fehlbuchung des Brokers zu Unrecht vermindert worden sei, gilt für den Bestand der beiden Gegenforderungen das Statut des Kommissionsvertrags bzw des Kontoführungsvertrags. Beide Verträge unterstehen wiederum nach Art. 117 CH-IPRG dem Recht am Ort der für den Vertrag hauptsächlich maßgeblichen Niederlassung des Brokers, weil dieser auch insoweit als Kommissionär und Kontoführer die vertragscharakteristischen Leistungen erbringt. Die zwingende Sonderanknüpfung nach Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG zugunsten des Schweizer Rechts als dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Anlegers in der Schweiz ist erneut nicht anwendbar, weil auch der Kommissions- und der Kontoführungsvertrag zumindest wegen ihres spe-

¹⁹⁵ Vgl auch zur Unüblichkeit einer Kreditfinanzierung *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 729.

¹⁹⁶ Vgl auch zur Unüblichkeit der Vermögensverwaltung und von Termingeschäften *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 731 f.; für eine Anwendbarkeit von Art. 120 CH-IPRG auf Warentermingeschäfte eines privaten Anlegers ohne Auseinandersetzung mit dem Kriterium der Üblichkeit *Kren Kostkiewicz*, in: ZürcherKomm. IPRG, Art. 120 IPRG Rn. 21.

¹⁹⁷ Üblich (aber nach den AGB der Broker nur eine Bemühenspflicht) ist eine Warnmail, wenn die freie Margin unter den Betrag der gesperrten Margin sinkt; die Glattstellung einer Position erfolgt dann, wenn die freie Margin aufgrund von Verlusten aufgezehrt sein sollte.

kulativen Zwecks nicht als Verträge über eine Leistung des üblichen Verbrauchs zu qualifizieren sind. Die Voraussetzungen, die Form und die Wirkungen der Verrechnung würden nach Art. 148 Abs. 2 CH-IPRG durch das für die Barausgleichsforderung als zu tilgende Hauptforderung geltende Recht bestimmt.

78 Das schweizerische Vertragsrecht käme nur zur Anwendung, wenn der Zürcher Privatanleger die Schadensersatzforderung gesondert vor dem Fürstlichen Landgericht in Vaduz eingeklagt hätte. Das nach §§ 30f. LI-JN als Beklagtenforum international zuständige Landgericht hätte dann nämlich nach Art. 45 Abs. 1 LI-IPRG das schweizerische Vertragsrecht anzuwenden, weil das schweizerische Sachrecht anders als Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG diesem als Verbraucher bzw. Konsumenten auch bei unüblichen Geschäften einen besonderen Schutz gewährt und der Broker in der Schweiz eine auf den Abschluss von derartigen Verträgen gerichtete Tätigkeit entfaltet hat. Im Gegensatz zum schweizerischen Recht (Art. 120 Abs. 1 CH-IPRG) ist der kollisionsrechtliche Schutz des Konsumenten in Liechtenstein nicht auf Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs beschränkt.

79 Was schließlich die Abwicklung des Devisentauschgeschäfts durch den Broker über die Handelsplattform anbetrifft, so ist zu differenzieren: Werden die Devisengeschäfte dort nach festgelegten und nichtdiskretionären Kriterien¹⁹⁸ zusammengeführt¹⁹⁹, ist von den Gerichten eines EU-Mitgliedstaats nach Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO das für das System geltende Recht anzuwenden. Dabei wäre das Systemrecht in Ermangelung einer Rechtswahl nicht anhand der charakteristischen Leistungen der einzelnen Verträge, sondern nach Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO (freie Bestimmung des engsten Zusammenhangs) zu ermitteln²⁰⁰. Ist das System ausnahmsweise dezentral organisiert und ist in die Transaktionen auch keine zentrale Gegenpartei einbezogen, muss, sofern nicht eine gesellschaftsrechtliche Anknüpfung in Betracht kommt, auf die Ansässigkeit der Systemnutzer abgestellt werden²⁰¹. Ergibt sich daraus kein eindeutiger Schwerpunkt, könnte auf die für das Aufsichtsrecht maßgebliche Rechtsordnung abgestellt werden, womit zugleich ein wünschenswerter Gleichlauf hergestellt würde²⁰². Bei Handelsplattformen mit diskretionärer Zusammenführung der Geschäftspartner könnte demgegenüber zunächst wie bei einem Tausch jede Forderung gesondert an den gewöhnlichen Aufenthalt des jeweils Verpflichteten angeknüpft²⁰³ oder das tauschähnliche Geschäft einheitlich dem Recht am ge-

198 „Nichtdiskretionär“ bedeutet, dass die Regeln der Wertpapierfirma, die ein multilaterales Handelssystem betreibt, keinerlei Ermessensspielraum im Hinblick auf die möglichen Wechselwirkungen zwischen Interessen einräumen (s. dazu ErwGr 6 der Richtlinie 2004/39/EG – MiFID).

199 Dazu näher *Dicke*, S. 259ff.; *Martiny*, in: MüKoBGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 155ff.; *Biermann/Struycken*, NIPR 2009, 416, 416ff.

200 *Mankowski*, in: Reithmann/Martiny, Rn. 6.1722.

201 So schon *Mankowski*, RIW 2009, 98, 109f.

202 Hierfür generell *Lehmann*, in: Leible/Ferrari, S. 85, 91.

203 So etwa *Vischer/Huber/Oser*, Rn. 425, 1129; *Schücking*, FS Hanisch, 231, 234f.

wöhnlichen Aufenthalt entweder der Initiantin des Geschäfts (das wäre der Broker)²⁰⁴ oder der die Kurse stellenden Partei (das wäre die Plattformbetreiberin)²⁰⁵ unterstellt werden. Am überzeugendsten erscheint jedoch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Person, welche die Basiswährung²⁰⁶ zu liefern hat²⁰⁷, weil diese dem Spekulationsgeschäft das Gepräge gibt und auf diese Weise für eine einheitliche Anknüpfung des Geschäfts gesorgt ist. Devisenschutzmaßnahmen betreffend den Schweizer Franken bzw Euro wären von dem angerufenen Gericht unabhängig von dem prinzipiell zur Anwendung berufenen Recht als international zwingende Eingriffsnormen²⁰⁸ zu berücksichtigen²⁰⁹.

F. Rechte und Pflichten aus elektronisch vertriebenen Finanzinstrumenten

Finanzdienstleistungsverträge unterscheiden sich von Warenkauf- und vielen anderen Dienstleistungsverträgen dadurch, dass ihr Gegenstand in vielen Fällen selbst ein Rechtsprodukt darstellt. Nur noch ganz selten ist das Objekt solcher Finanzdienstleistungsverträge zudem in einem Wertpapier verbrieft und damit verkörpert. Das erleichtert gerade auch ihren elektronischen Vertrieb. Damit geht es im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht aber auch darum, analog zum Internationalen Sachenrecht die Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten betreffend den Inhalt sowie den Erwerb, den Verlust und die Verpfändung dieser regelmäßig unkörperlichen Rechtsprodukte zu regeln und das insoweit anwendbare Recht zu bestimmen. Für einige wenige Finanzinstrumente besteht ein international vereinheitlichtes Kollisions- und Sachrecht²¹⁰, das den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regelungen vorgeht (vgl zB Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO). Die beiden allgemeinen Texte, das Haager Wertpapierübereinkommen²¹¹ und die UNIDROIT-Konvention über materielle Regeln für intermediärverwahrte Wertpapiere²¹², sind bislang noch nicht in Kraft getreten. Da ein Teil der Finanzinstrumente Rechte und Pflichten in einer Gesellschaft begrün-

204 Dazu referierend *Vischer*, Rn. 450.

205 *Bauer*, S. 283.

206 Es handelt sich um diejenige Währung, welche beim Kauf eines Währungspaares erworben und beim Verkauf eines Währungspaares veräußert wird.

207 *Mankowski*, in: Reithmann/Martiny, Rn. 6.1679.

208 Von einem österreichischen Gericht nach Art. 9 Rom I-VO.

209 Zu Währungsmaßnahmen als klassischen Eingriffsnormen s. nur *Vischer*, Rn. 407ff. und *Blessing*, S. 28ff.

210 Zu den verschiedenen Genfer Scheck- und Wechselübereinkommen s. SR 0.221.554.1 bis SR 0.221.554.4 und SR 0.221.555.1 bis SR 0.221.555.4.

211 Übereinkommen vom 5. Juli 2006 über die auf bestimmte Rechte an intermediärverwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung, AS 2011, 1771; dazu *Girsberger/Hess*, AJP 2006, 992, 992ff.

212 The UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities vom 9.10.2009 (Geneva Securities Convention), abrufbar unter: <http://www.unidroit.org/instru>

det (Beteiligungsrechte), spielt hier zudem die Abgrenzung zum Internationalen Gesellschaftsrecht eine Rolle (vgl zB Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO).

81 Der Begriff des Finanzinstruments findet sich in Art. 4 Abs. 1 lit. h und Art. 6 Abs. 4 lit. d Rom I-VO, wobei darunter nach ErwGr 30 die in Art. 4 Abs. 1 Nr. 17 der Richtlinie 2004/39/EG erwähnten und in Anhang I Abschnitt C dieser Richtlinie aufgeführten Instrumente²¹³ gemeint sind. Daneben wird in der Rom I-VO auch der engere Begriff des „handelbaren“ (eigentlich: übertragbaren) Wertpapiers erwähnt (Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO)²¹⁴. Das schweizerische Recht enthält in den Art. 108a ff. CH-IPRG Zuständigkeits-, Kollisions- und Anerkennungsregeln für intermediärverwahrte Wertpapiere, die begrifflich²¹⁵ und kollisionsrechtlich²¹⁶ auf das von der Schweiz (neben den USA und Mauritius) unterzeichnete und bis zu seinem Inkrafttreten als autonomes schweizerisches Recht geltende Haager Wertpapierübereinkommen verweisen, womit der Begriff des Wertpapiers unter Einschluss der Wertrechte und Bucheffekten weiter als im schweizerischen Sachrecht (Art. 965 OR) gefasst wird. Im liechtensteinischen Kollisionsrecht findet sich zudem eine in Anlehnung an die Finanzsicherheiten-RL 2002/47/EG geschaffene Regelung betreffend das auf die Rechtsnatur und den Inhalt dinglicher Rechte an im Effekten giro übertragbaren Wertpapieren²¹⁷ sowie das auf den Erwerb dinglicher Rechte (einschließlich des Besitzes daran) anwendbare Recht.

82 Die in der Rom I-VO für übertragbare Wertpapiere und andere Finanzinstrumente zu findenden Regelungen dienen der Abgrenzung zwischen dem „dinglichen“ und gesellschaftsrechtlichen Bereich einerseits und dem vertragsrechtlichen Bereich andererseits. So sind die Verpflichtungen aus handelbaren Wertpapieren nach Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO ebenso vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen wie der gesellschaftsrechtliche Inhalt und die dingliche Übertragung von Beteiligungspapieren nach Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO. Nach Art. 6 Abs. 4 lit. d Rom I-VO sind die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument sowie Rechte und Pflichten, durch welche die Bedingungen für die Ausgabe oder das öffentliche Angebot und öffentliche Übernahmeangebote bezüglich übertragbarer Wertpapiere und die Zeichnung oder den Rückkauf von Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen in

ments/capital-markets/geneva-convention (besucht am 17.8.2017); dazu *Bernasconi/Keijser*, Uniform Law Review 17 (2012), 549, 549 ff.

213 Genannt werden dort übertragbare Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, OGAW-Anteile sowie Derivatkontrakte mit diversen Basiswerten.

214 Eine Begriffsbestimmung der übertragbaren Wertpapiere findet sich in Art. 4 Abs. 1 Nr. 18 der Richtlinie 2004/39/EG (MiFID).

215 Art. 108a CH-IPRG verweist auf Art. 1 Abs. 1 lit. a und lit. f HWpÜ.

216 Art. 108c CH-IPRG verweist auf alle kollisionsrechtlich relevanten Regelungen des HWpÜ.

217 Verwiesen wird insoweit auf die Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit. g der Richtlinie 2002/47/EG.

Wertpapieren²¹⁸ festgelegt werden, nicht der Sonderanknüpfung für Verbraucherverträge unterworfen, sofern es sich dabei nicht um die Erbringung von Finanzdienstleistungen handelt²¹⁹. Damit soll hinsichtlich der Gegenstände eines Finanzdienstleistungsgeschäfts verhindert werden, dass „für jedes der ausgegebenen Instrumente ein anderes Recht anzuwenden wäre, wodurch ihr Wesen verändert würde und ihr fungibler Handel und ihr fungibles Angebot verhindert würden“²²⁰, bzw sichergestellt werden, dass „alle relevanten Vertragsaspekte eines Angebots, durch das sich der Emittent bzw Anbieter gegenüber dem Verbraucher verpflichtet, einem einzigen Recht unterliegen“²²¹. Es ist eben auch kollisionsrechtlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass öffentlich angebotene und (massenhaft) gehandelte Finanzinstrumente als Handelsobjekt eine gewisse Standardisierung aufweisen müssen. Sobald es jedoch wieder um die individuellen Aspekte des Verhältnisses zwischen Finanzdienstleister und Kunde (zB Anlageberatung, Anlagevermittlung, Vertragsschluss, Weisungsrecht) geht, greift die Rückausnahme von Art. 6 Abs. 4 lit. d aE ein, weil dann wieder die vom kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz erfasste „Erbringung von Finanzdienstleistungen“ betroffen ist²²². Das gilt auch für das Verhältnis des Kunden zu einem Vertriebspartner des Finanzdienstleisters²²³.

Art. 9 Abs. 2 der Finalitätsrichtlinie 98/26/EG legt fest, dass sich bei Wertpapieren, die als dingliche Sicherheiten begeben und mit rechtsbegründender Wirkung in einem Register eingetragen oder auf einem Konto oder bei einem zentralen Verwahrsystem, das sich in einem Mitgliedstaat befindet, verbucht wurden, die Rechte der dinglich gesicherten Gläubiger an diesen Wertpapieren nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats richten²²⁴. Nach Art. 9 Abs. 1 der Finanzsicherheitenrichtlinie 2002/47/EG unterstehen im Hinblick auf im Effektingiro übertragbare Wertpapiere a) die Rechtsnatur und dingliche Wirkung des Wertpapiers, b) die Anforderungen an eine in jeder Hinsicht wirksame Bestellung eines Sicherungsrechts und die Besitzverschaffung sowie generell die für die absolute Wirksamkeit der Bestellung und Besitzverschaffung erforderlichen Rechtshandlungen, c) die Frage, ob das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte den Wertpapieren durch das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte eines Dritten verdrängt werden oder diesem gegenüber nachrangig sind oder ein gutgläubiger Erwerb eingetreten ist, und schließlich d) Schritte, die zur Verwertung

83

218 Zur OGAW-Ausnahme *Mankowski*, in: Reithmann/Martiny, Rn. 6.1664; *Zetzsche*, in diesem Band, § 7 Rn. 42 ff.

219 Näher dazu *Dicke*, S. 44 ff.; *Müller*, S. 310 ff. und *Mankowski*, RIW 2009, 98, 101 ff.; *Lehmann*, in: Leible/Ferrari, S. 85, 93 f. hält Art. 6 Abs. 4 lit. d Teil 1 Rom I-VO für überflüssig, weil die betreffenden Fragen bereits unter Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO fielen.

220 ErwGr 28 Rom I-VO.

221 ErwGr 29 Rom I-VO.

222 S. dazu auch *Mankowski*, in: Reithmann/Martiny, Rn. 6.1668 f. und *Garcimartin Alférez*, in: Cashin Ritaine/Bonomi, S. 161, 161 ff.

223 *Mankowski*, RIW 2009, 98, 107.

224 Näher *Lehmann*, Finanzinstrumente, S. 491 ff.

der Wertpapiere nach Eintritt des Verwertungs- bzw Beendigungsfalls erforderlich sind, dem Recht des Landes, in dem das maßgebliche Konto geführt wird²²⁵. Diese Regelung wurde auch in das liechtensteinische Recht übernommen (Art. 37a LI-IPRG).

G. Fazit

- 84 Für den grenzüberschreitenden elektronischen Vertrieb von Finanzdienstleistungen ist die einheitliche Bestimmung des zuständigen Gerichts und des anzuwendenden Rechts von fundamentaler Bedeutung. Das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht der deutschsprachigen Länder ist von einer einheitlichen Regelung dieser Fragen jedoch noch weit entfernt. Während das liechtensteinische Recht insbesondere bei der Zuständigkeit im Vergleich zur Brüssel Ia-VO bzw zum LugÜ eigene Wege geht²²⁶, gilt dies für das schweizerische Recht namentlich im auf Verträge des üblichen Verbrauchs beschränkten Sonderkollisionsrecht der Konsumentenverträge²²⁷. Immerhin hat sich in Anknüpfungsfragen, die für den elektronischen Vertrieb von Bedeutung sind, wie der Bestimmung des deliktsrechtlichen Handlungs- und Erfolgsorts²²⁸ oder des Ausrichtens einer Finanzdienstleistungstätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers²²⁹ ein Konsens herausgebildet, der namentlich auch Leitentscheidungen des EuGH zu verdanken ist²³⁰. Noch nicht vollständig geklärt sind demgegenüber die Mechanismen der für das Finanzmarktrecht charakteristischen Einwirkung zwingender Normen des ausländischen Aufsichtsrechts²³¹. Damit bestehen im grenzüberschreitenden elektronischen Finanzdienstleistungsgeschäft rechtliche Risiken, welche die Finanzinstitute auch kraft Aufsichtsrechts zu erfassen, zu eliminieren und zu minimieren haben²³².

225 Dazu *Lehmann*, Finanzinstrumente, S. 497.

226 Dazu näher oben bei Rn. 7, 21 (a. E.) und 30.

227 Dazu näher oben bei Rn. 28 und 51; die schweizerische Einschränkung könnte angesichts von Art. 17 Brüssel Ia-VO und Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO unter Reformdruck geraten (dazu auch *Kren Kostkiewicz*, in: ZürcherKomm. IPRG, Art. 120 IPRG Rn. 22; vgl aber auch die im EU-Raum wohl singuläre Entscheidung OLG Hamm 25U 23/03 IPRspr. 2004, Nr. 98a S. 206).

228 Dazu näher oben bei Rn. 10f.

229 Dazu näher oben bei Rn. 11f.

230 S. insbesondere EuGH vom 7.12.2010, Rs. C-585/08 und C-144/09 (*Pammer und Hotel Alpenhof*), Slg. 2010, I-12527; EuGH vom 17.10.2013, Rs. C-218/12 (*Emrek*), NJW 2013, 3504, und EuGH vom 19.4.2012, Rs. C-523/10 (*Wintersteiger*), NJW 2012, 2175.

231 Dazu näher oben bei Rn. 49.

232 S. dazu das Positionspapier der FINMA vom 22.10.2010 zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft und das FINMA-RS 2008/24.