

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht / Droit international privé et droit international de procédure civile

(2) Zur Verbrauchereigenschaft des Bankkunden bei Spekulationsgeschäften mit Fremdkapital nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 LugÜ.

Anmerkungen zum Urteil des Obersten Griechischen Gerichtshofs vom 8. Juli 2009 (*Areios Pagos*, 8. Juli 2009, Rs. 1738/2009 – unveröffentlicht).

Mit Bemerkungen von
Dr. AXEL BUHR, Rechtsanwalt (RAK Karlsruhe), Zürich



Dr. JODOK WICKI, Rechtsanwalt, Zürich



A. Leitsatz

Im hier besprochenen Urteil vom 8. Juli 2009 stellte der Oberste Griechische Gerichtshof (*Areios Pagos*) fest: Wer sich einen Bankkredit gleich welcher Form auszahlen lässt und damit Wertpapiere oder Fremdwährungen erwirbt, nicht mit dem Ziel, diese zu sparen oder mit ihnen seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, sondern für den sofortigen Wiederverkauf und zur Spekulation mit den Wertschwankungen an internationalen Wertpapier- und Geldmärkten, ist mit Bezug auf die Beziehung zur kreditgebenden Bank nicht als Verbraucher von Bankdienstleistungen anzusehen.

A person borrowing money from a Bank, whatever form the loan takes, in order to purchase stock exchange products or foreign currency, not in order to save these products or to use them to meet his living expenses or requirements, but for immediate sale and thereafter for speculation on the international shares or currency markets with their fluctuating prices, is not, as for as his relationship with the lender Bank is concerned, a consumer of the Bank's services.

(Sämtliche zitierten Auszüge gemäss einer inoffiziellen englischen Übersetzung des griechischen Originaltextes.)

B. Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Klägerin, nach eigenen Angaben Hausfrau, und ihr im Seehandel tätiger Ehemann, beide mit Wohnsitz in Griechenland, waren Kunden der X Bank mit Sitz in Zürich. Die Klägerin war Inhaberin zweier Konten bei der Bank, an denen

Dr. AXEL BUHR ist Rechtsanwalt (RAK Karlsruhe) bei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich. Dr. JODOK WICKI ist Partner und Rechtsanwalt bei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich. Er hat die beteiligte Bank im zugrunde liegenden Verfahren betreffend schweizerische Aspekte beraten.

sie selbst wirtschaftlich berechtigt und ihr Ehemann mittels Vollmacht Verfügungsberechtigt war.

Die Bank gewährte der Klägerin mit zwei im Juni 1999 geschlossenen Darlehensverträgen einen Kreditrahmen in Höhe von insgesamt USD 7 Mio. zur Finanzierung künftiger Investitionen in Wertpapiere, Anleihen, Aktien und Anlageprodukte. Die Verwaltung ihres Portfolios blieb allein in den Händen der Klägerin, ebenso wie die Auswahl der Anlageobjekte, die Investitionsentscheidung und die Überwachung der getätigten Investitionen. Sämtliche Anlagen, die aus der gewährten Darlehenssumme finanziert wurden, hat die Klägerin zur Sicherheit an die Bank verpfändet. Als zusätzliche Sicherheiten gewährte der bevollmächtigte Ehemann Drittpfänder lastend auf Depots mehrerer von ihm kontrollierter Gesellschaften. Die Darlehensverträge unterstanden Schweizer Recht und enthielten eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Zürcher Gerichte.

In den Jahren 1999 bis 2001 führte der bevollmächtigte Ehemann für die Klägerin mehrere tausend Transaktionen durch. Im Jahr 2001 wurde der Kreditrahmen durch vom Ehemann für die Klägerin unterzeichnete Vereinbarungen mit der Bank auf insgesamt USD 35 Mio. erweitert.

Aufgrund der Entwicklung des Werts der verpfändeten Wertschriften verlangte die Bank in der Folge zusätzliche Sicherheiten. Die Investitionen der Klägerin hätten erhebliche Verluste erwirtschaftet, so dass der Bank Kreditforderungen in Höhe von über USD 27.5 Mio. zustünden.

Die Klägerin verweigerte eine Rückzahlung der offenen Kreditforderungen. Sie machte geltend, dass die Bank sie über das Risiko, das mit der Finanzierung derartiger Investitionen durch Kredit («leverage») einhergeht, bei Vertragsschluss nicht aufgeklärt habe. Darüber hinaus habe die Bank es nicht nur unterlassen, sie rechtzeitig über die negative Wertentwicklung ihres Depots zu informieren. Die übermittelten Kontoauszüge hätten die Klägerin zudem irreführend über die wahre Wertentwicklung getäuscht. Die Bank habe schliesslich den Kreditrahmen zu einem Zeitpunkt noch erweitert, als zwar die Konten der Klägerin noch ein Guthaben aufwiesen, ihre Anlagen jedoch bereits mehrere Millionen Dollar Verlust erzielt hätten.

C. Verfahrensgang

Die Klägerin erhob in Athen Klage und forderte von der Bank unter anderem Zahlung eines Betrags in einer Höhe von über USD 4.7 Mio., welcher dem Guthaben ihrer Konten bei Vertragsschluss im Jahr 1999 entsprochen habe. Sie begehrte darüber hinaus die Feststellungen, dass die Erweiterung des Kreditrahmens nichtig sei und dass die Klägerin der Bank die Rückzahlung einer Kreditsumme von über USD 27.5 Mio. nicht schulde und verlangte Genugtuung in Höhe mehrerer Millionen Dollar.

Das erstinstanzliche Gericht in Athen erklärte sich gestützt auf das Lugano-Übereinkommen (Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zi-

vil- und Handelssachen; SR 0.275.11) für international nicht zuständig (Rs. 5311/2005). Das Gericht kam zum Schluss, die Klägerin sei nicht Verbraucher im Sinne von Art. 13 ff. LugÜ, so dass aufgrund der zwischen den Streitparteien getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ Schweizer Gerichte ausschliesslich zuständig seien.

Mit im Wesentlichen derselben Begründung weigerte sich auch das Athener Berufungsgericht in seinem zweitinstanzlichen Entscheid vom 26. Juli 2006 (Rs. 5861/2006), auf die Klage einzutreten. Die Klägerin legte daraufhin gegen das zweitinstanzliche Urteil Revision vor dem Obersten Griechischen Gerichtshof ein. Mit letztinstanzlichem Urteil vom 8. Juli 2009 (Rs. 1738/2009) bestätigte der *Areios Pagos* das angefochtene zweitinstanzliche Urteil und wies die Revision als unbegründet zurück.

D. Zusammenfassung der Erwägungen des Obersten Gerichtshofs

Der Oberste Griechische Gerichtshof stellt zunächst fest, dass sich die internationale Zuständigkeit des zweitinstanzlichen Gerichts, dessen Urteil die Klägerin im Revisionsverfahren zu überprüfen ersuchte, nach dem Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 richte. Nach Art. 17 LugÜ könnten demnach Parteien eines Rechtsstreits im Vorhinein die Gerichte eines bestimmten Staates zur Beurteilung dieses Streitfalls für international zuständig erklären.

Der Gerichtshof hält jedoch fest, dass eine solche Gerichtsstandsvereinbarung unbeachtlich sei, wenn die Streitigkeit eine Verbrauchersache zum Gegenstand habe. In Verbrauchersachen seien Art. 13–15 LugÜ allein massgeblich. Nach Art. 14 Abs. 2 LugÜ könne ein Verbraucher in zulässiger Weise nur vor den Gerichten des Landes verklagt werden, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz habe. Eine Verbrauchersache liege gemäss Art. 13 LugÜ vor, wenn die Klage aus einem Vertrag erfolge, den eine der Parteien zu einem Zweck abgeschlossen habe, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden könne.

Der Gerichtshof verweist sodann auf den Zweck der Verbraucherschutzvorschriften in LugÜ, EuGVÜ (Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) und Brüssel I-VO (Verordnung [EG] Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen). Der Endverbraucher sei schutzbedürftig, weil er regelmässig finanziell nicht in der Lage sei, seine Ansprüche gegen den ausländischen Unternehmer durchzusetzen. Hinzukomme, dass der Endverbraucher unerfahren im internationalen Waren- und Dienstleistungsverkehr sei. Der schutzlose Endverbraucher stünde mithin vor dem Dilemma, entweder auf den Erwerb von Produkten und Dienstleistungen im Ausland ganz zu verzichten oder in Kauf zu nehmen, dass er im Streitfall sein Recht gegen den Unternehmer in ei-

nem kostspieligen Verfahren im Ausland mit meist unzureichenden Mitteln durchsetzen müsste. Dem Endverbraucher stehe dabei oftmals ein mächtiges Wirtschaftsunternehmen gegenüber, das ohne Weiteres in der Lage sei, Güter und Dienstleistungen im Ausland über ein organisiertes Handelsnetzwerk anzubieten. EuGVÜ und Brüssel I-VO hätten, ebenso wie das Lugano-Übereinkommen, daher gerade zum Ziel, den internationalen Waren- und Dienstleistungsverkehr in einem gemeinsamen Markt durch einen besseren Zugang zum Recht für Endverbraucher zu fördern.

Der Gerichtshof weist im Anschluss darauf hin, dass die genannten Verbraucherschutzvorschriften die Verbrauchereigenschaft nicht an die wirtschaftliche Grösse der Parteien knüpfen, noch abstrakt den Status des Endverbraucher in Abgrenzung zu einem Unternehmer definierten, sondern auf den Zweck abstellten, zu dem die Waren oder Dienstleistungen erworben oder bezogen wurden. Die Folge sei, dass auch ein Unternehmer Verbraucher im Sinne der Art. 13–15 LugÜ sein könne, wenn er beispielsweise im Ausland Waren zum persönlichen Gebrauch (*«for the purpose of personal enjoyment»*) erwerbe.

Dagegen sei eine Person, die Waren oder Dienstleistungen nicht zum eigenen Gebrauch beziehe, kein Verbraucher, wenn diese Person in der Absicht handle, die Waren oder Dienstleistungen in ein Geschäftsmodell zu integrieren, welches unabhängig von der Geschäftstätigkeit, der diese Person offiziell nachgehe, betrieben werde oder werden solle.

Der Gerichtshof zieht daraus den Schluss, dass derjenige nicht als Verbraucher anzusehen sei, der sich einen Kredit gewähren lasse, um mit dem zur Verfügung gestellten Fremdkapital am Geldmarkt oder an der Börse zu spekulieren:

In the light of the above, the borrower of money from a bank, whatever formal expression the loan takes, in order to purchase foreign currency (not in order to save the foreign currency or to make it available abroad for living expenses and requirements, but for immediate sale and thereby derive profit on the fluctuating international foreign markets) is not, so far as the contractual relationship with the lender bank is concerned, a «consumer» of banking services. Such a person has incorporated the loan in his organized system of operations of «outside sourced» capital, i.e. the capital borrowed from the bank and such a person is not a consumer within the meaning of the Lugano Convention (nor the Brussels Convention). Mutatis mutandis the same is to be said for stock exchange transactions.

Zur Begründung stützt sich der Oberste Gerichtshof auf die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Parallelvorschrift in Art. 13 EuGVÜ. Er zitiert insbesondere das Urteil vom 21. Juni 1978, Rs. 150/77 *«Betrand/Ott»*, das Urteil vom 19. Januar 1993, Rs. C-89/91 *«Shearson Lehman Hutton Inc./TVG»*, sowie das Urteil vom 3. Juli 1997, Rs. C-269/95 *«Benincasa/Dentalkit»*.

Im letztgenannten Urteil habe der EuGH insbesondere festgestellt, dass *«nur die Verträge, die eine Einzelperson zur Deckung ihres Eigenbedarfs beim privaten Verbrauch schliesst, unter die Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers»* fallen (EuGH, Urteil vom 3. Juli 1997, Rs. C-269/95

«Benincasa/Dentalkit», Nr. 17). Eine Deckung des Eigenbedarfs sei jedoch nicht mehr bezweckt, wenn der vermeintliche Verbraucher Tätigkeiten ausführe, die einen kommerziellen oder professionellen Charakter aufwiesen, wenn er die Ware oder die Dienstleistung zur Gewinnerzielung einsetze und sich wie ein Geschäftsmann verhalte. Denn in diesem Fall habe das Vertragsverhältnis nicht zum Ziel, den Eigenbedarf beim privaten Verbrauch zu decken:

Therefore, the user of a service or the purchaser of a product is not considered a «consumer» within the meaning of the above Conventions, nor does he fall within the provisions of article 13 of the Conventions of Brussels and Lugano, nor then will the procedure under article 14 apply to him, when at the same time such a person, claiming to be a consumer, conducts commercial or professional activities, that is to say, when he uses the service or the product for profit, acting as a «businessman». In other words, an agreement which is not designed to cover the personal needs of a consumer at the private level will not be considered a «consumer» agreement and will not ground the above jurisdiction.

Erneut weist der Oberste Gerichtshof auf die Eigenart der Verbrauchergerichtsstände hin, wonach ein tatsächlich bestehendes Ungleichgewicht zwischen den Parteien für die Einordnung weder erforderlich noch massgeblich sei. Entscheidend sei vielmehr, dass der Vertragsschluss auf der Verbraucherseite ausserhalb eines professionellen Kontextes erfolge, mit der Folge, dass dieselbe Person bei einem Geschäft als Unternehmer und bei einem anderen als Verbraucher eingestuft werden könne. Notwendig sei daher in jedem Einzelfall eine eigenständige Bewertung anhand der jeweiligen Umstände.

Der Oberste Gerichtshof hält weiter fest, dass weder der Umstand, dass der Kredit für Bankgeschäfte eingesetzt werden sollte, noch die Erwartung, Gewinn zu erwirtschaften, für sich allein gegen eine Bewertung als Verbrauchersache sprechen:

Besides, the execution of a banking or investment agreement in no way does it preclude the application of article 13 of the Lugano Convention, though it will be considered on the basis of the above criteria in each individual case. In banking as well as investment transactions, which are addressed to the general public, such as bank deposits, or even mutual funds and investments in shares on the stock exchange market, any person can be involved as a consumer, without acting professionally, having no expert knowledge in this particular sector, even though necessarily the individual can expect to make profit. The criterion of profit expectation is not able to affect the individual as a consumer, since this expectation is inherent in all financial transactions. Without this profit expectation the individual would not carry out the transaction.

Zu unterscheiden sei danach, ob der Bankkunde das aus dem Bankgeschäft Erlangte persönlich geniesse oder seinerseits zur Gewinnerzielung einsetze. Im letzteren Fall sei der Empfänger eines Darlehens zwar als Endnutzer, nicht aber als Endverbraucher einzustufen. Denn in diesem Fall sei er mit einem Händler vergleichbar, der einen Kredit aufnehme, um Importe zu finanzieren. Gleiches gelte für einen Unter-

nehmer, der einen Kredit aufnehme, um damit seinen Geschäftsbetrieb auszubauen. Jede Verbindung, die zwischen dem Empfangenen und einer professionellen Tätigkeit bestehe, sei ausreichend, um die Annahme einer Verbrauchersache auszuschließen. Wer sich daher einen Bankkredit gleich welcher Form auszahlen lasse und damit Wertpapiere oder Fremdwährungen erwerbe, nicht mit dem Ziel, diese zu sparen oder mit ihnen seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, sondern für den sofortigen Wiederverkauf und sodann zur Spekulation mit den Wertschwankungen an den Wertpapier- und Geldmärkten, sei mit Bezug auf die Beziehung zur kreditgebenden Bank nicht als Verbraucher von Bankdienstleistungen anzusehen (Leitsatz). Denn ein solcher Kreditnehmer übe eine Geschäftstätigkeit aus, wenn er den Kredit in ein von ihm errichtetes Anlagesystem einfließen lasse, das dazu bestimmt sei, mit Fremdkapital Gewinn zu erzielen:

There is a distinction however where the ultimate user of the service or product does not enjoy the product of the banking transaction as an individual but uses the product for his benefit needs. In this way, the trader who borrows money from the Bank in order to finance his imports is not a consumer of the loan, even though he is the ultimate user of the Bank service, since this loan is used for his commercial activities. The same applies to the professional who borrows money to promote his professional activities or his professional facilities. Any link between the product or the service and the professional activity is enough to exclude the status of «consumer» under the above meaning. As already noted, a person borrowing money from a Bank, whatever form the loan takes, in order to purchase stock exchange products or foreign currency, not in order to save these products or to use them to meet his living expenses or requirements, but for immediate sale and thereafter for speculation on the international shares or currency markets with their fluctuating prices, is not, as far as his relationship with the lender Bank is concerned, a consumer of the Bank's services. This is so because he is acting as a «business» by incorporating the loan into the system he has organized for the exploitation of foreign capital, i.e. the money borrowed from the Bank and thus he is not a consumer under the meaning of the Lugano Convention (as well as the Brussels Convention).

Ziel dieses Anlagesystems sei es gewesen, das Fremdkapital als «leverage» über eine lange Dauer für systematische und wiederholte Spekulationstätigkeit an den internationalen Börsen einzusetzen, um den Gewinn zu maximieren. Die Investitionsstrategie sei besonders riskant, könne aber im Erfolgsfall sehr profitabel sein. Denn der Investor erziele Gewinn unter Einsatz von Fremdkapital und könne aus dem erzielten Gewinn auch den Kreditzins entrichten. Das besondere Risiko bestehe allerdings darin, dass der Investor dem Kreditgeber im Verlustfall nicht nur die Rückzahlung des verlorenen Kapitals, sondern auch die laufenden Kreditzinsen schulde. Wenn der Investor nicht zugleich eine Vereinbarung über die Verwaltung seines Depots durch die Bank treffe, liege dieses Risiko allein bei ihm. Dabei sei er seinerseits Preisschwankungen an den Märkten unterworfen, die vollkommen ausserhalb seines Einflusses lägen.

Im zu entscheidenden Fall habe die Klägerin gerade nicht der Bank die Depotverwaltung übertragen, so dass sie in

eigener Verantwortung die Investitionsentscheidungen getroffen, ausgeführt und überwacht habe. Damit habe sie den gewährten Kredit in ein professionelles und nicht in ein privates Anlagesystem einfließen lassen. Ohne Rücksicht auf den Umstand, dass die Klägerin formell lediglich als Hausfrau den Haushalt geführt habe und unabhängig von der Frage, ob die ausgeführten Transaktionen Expertenwissen belegten, sei die Klägerin daher nicht als Verbraucherin zu qualifizieren:

In the case in hand, the appellant states in her lawsuit (page 5) that she did not sign any portfolio management agreement with the respondent/defendant Bank and so she herself, through her agent, proceeded with transactions for the sale and purchase of shares on international stock exchange markets, using money drawn from the defendant Bank, by virtue of the above leverage agreement. She (or her above agent) had the absolute initiative and control of her investment choices. This means that she had incorporated the above transaction in the framework of a systematic (professional and not private) profit activity, regardless of whether she was formally in charge of the household or whether these transactions were indications of mere specialist knowledge and skill, characteristics however not equating with the status of «consumer» as defined above. Consequently, the credit agreements in question (in the form of the right of overdraft from existing bank accounts), by virtue of which credit was granted to the appellant of USD 35.000.000 and the consequent pledge agreements, as stated in the lawsuit, were used by the appellant, acting through her agent, not for the usual living expenses, but as part of systematic profit activity.

Der systematische Charakter der Investitionen, der durch eine Vielzahl von Transaktionen belegt sei, der lange Zeitraum, über den die Transaktionen getätigt wurden sowie die erheblichen Summen, die dabei eingesetzt wurden, führen zu dem Schluss, dass die Klägerin als Unternehmerin handelte. Die Kredite dienten ihrer unternehmerischen Tätigkeit:

The systematic status of the said activity, evidenced by the multiplicity of transactions described, the long period covered by the activities and the significant amounts involved, leads to the view that the appellant acted as a professional («in business» to use the current expression) in relation to these particular transactions. The credit agreements in question were executed in order to serve her professional (business) activity. Therefore, it is fully and clearly shown from the events described in the lawsuit that the relationship between the litigant parties in the transactions they entered into was part of the «professional activity» for the appellant and therefore she is not a «consumer», under the meaning of article 13 of the Lugano Convention. Clearly according to the statements of the lawsuit and on an objective basis, this is not a case of the ultimate consumer acting in private, not having any involvement in commercial or professional activities in using the services of the respondent/defendant Bank and the money it made available. On the contrary, the appellant systematically sought profit by the use of this money, «acting professionally» as businessman, and through leverage she was able to continue her aggressive market speculation. The credit agreements between the appellant and the defendant, as well as the various pledge agreements between them did not aim at «covering the appellant's own consumer needs», since, as so admitted (article 261 of the Greek Code of Civil Procedure) these amounts, which were borrowed by the appellant, were not used to cover her personal needs.

On the contrary, she used the money as part of her systematic practice to speculate on the financial products markets of international exchanges, without using any of her own capital, but instead capital which she had withdrawn from the loan granted by the respondent/defendant. However, the augmentation of her assets, especially when associated with the undertaking of serious business risks, with no investment of her own capital, does not constitute a «consumer need», since it does not intend to satisfy the physical or intellectual requirements of a person. Consequently, the appellant can not be considered as a «consumer» under the meaning of article 13 of the Lugano Convention and therefore to benefit from the special jurisdiction basis provided for by article 14.

Der Verbraucherbegriff des Art. 13 LugÜ sei somit enger als der Konsumentenbegriff des internen griechischen Rechts auszulegen, auch wenn durch die Umsetzung der europäischen Verbraucherschutzlinien eine gewisse Ausdehnung des griechischen Konsumentenbegriffs stattgefunden habe. Bei der Entscheidung über die internationale Zuständigkeit gingen jedoch die Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens dem internen Zuständigkeitsrecht vor, so dass sich die Klägerin nicht zum Schutz vor den Gerichtsstandsbestimmungen des Lugano-Übereinkommens auf internes Recht berufen könne.

Die in den Kreditverträgen enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Zürcher Gerichte seien daher wirksam und zu beachten. Das zweitinstanzliche Gericht habe sich in seinem Urteil daher zu Recht für unzuständig erklärt.

Im Übrigen ergebe sich eine internationale Zuständigkeit griechischer Gerichte auch nicht aus Art. 5 Nr. 3 LugÜ, da Handlungs- und Erfolgsort der geltend gemachten unerlaubten Handlung, der unterlassenen Aufklärung über die Risiken und der mangelnden Information über die Wertentwicklung ihres Depots, in der Schweiz lägen. Auch insoweit sei eine Rechtsverletzung der Vorinstanzen nicht feststellbar.

E. Bemerkungen

I. Bedeutung des höchstrichterlichen griechischen Urteils

Das Urteil des *Areios Pagos* betrifft die Frage, in welchen Fällen ein Anleger im Verhältnis zu seiner Bank als Verbraucher im Sinne der Art. 13–15 LugÜ anzusehen ist. Der Oberste Griechische Gerichtshof verweigert im betreffenden Urteil den zuständigkeitsrechtlichen Verbraucherschutz einer Bankkundin, die sich von ihrer Bank einen Kredit gewähren liess, um das erhaltene Fremdkapital in hoch spekulative Anlagen zu investieren. Dem ausführlich begründeten Urteil des *Areios Pagos* ist zuzustimmen.

Das Urteil hat Bedeutung auch für die Anwendung des Lugano-Übereinkommens durch Schweizer Gerichte. Denn nach Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum Lugano-Übereinkommen tragen die Gerichte jedes Vertragsstaates bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten der anderen Vertragsstaaten zu den Bestimmungen des genannten Über-

einkommens entwickelt worden sind (siehe ausführlich AXEL BUHR, *Europäischer Justizraum und revidiertes Lugano-Übereinkommen*, Bern 2010, 262 ff.).

In einer weiteren «Erklärung der Vertreter der Regierungen der Unterzeichnerstaaten des Luganer Übereinkommens, die Mitglieder der Europäischen Freihandelsassoziation sind» haben diese festgehalten, dass sie es für angezeigt halten, «dass ihre Gerichte bei der Auslegung des Luganer Übereinkommens den Grundsätzen gebührend Rechnung tragen, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und der Gerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zu denjenigen Bestimmungen des Brüsseler Übereinkommens ergeben, die in ihrem wesentlichen Gehalt in das Luganer Übereinkommen übernommen worden sind».

Der *Areios Pagos* stützt sich daher bei der Beurteilung der internationalen Zuständigkeit zu Recht auf die Leitlinien des EuGH, die dieser in seiner einschlägigen Rechtsprechung zur Auslegung des gleichlautenden Art. 13 EuGVÜ entwickelt hat (vgl. insbesondere EuGH, Urteil vom 21. Juni 1978, Rs. 150/77 «*Betrand/Ott*»; EuGH, Urteil vom 19. Januar 1993, Rs. C-89/91 «*Shearson Lehman Hutton Inc./TVG*»; EuGH, Urteil vom 3. Juli 1997, Rs. C-269/95 «*Benincasa/Dental-kit*»).

II. Begriff der Verbrauchersache

Das Urteil des *Areios Pagos* betrifft die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach dem Lugano-Übereinkommen. In Verbraucherstreitigkeiten kommt – ebenso wie in Versicherungssachen und Arbeitssachen – eine eigene Zuständigkeitsordnung innerhalb des Lugano-Zuständigkeitsystems zur Anwendung, die die internationale Zuständigkeit in den Art. 13–15 LugÜ abschliessend und ohne Rückgriff auf die Art. 2–6a LugÜ regelt (vgl. REINHOLD GEIMER, in: Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze [Hrsg.], *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3. A., München 2010, Art. 15 N 15). Der Verbraucher ist danach insoweit privilegiert, als er seinen Vertragspartner auch im eigenen Wohnsitzstaat verklagen kann (Art. 14 Abs. 1 LugÜ); abweichende Vereinbarungen sind zum Schutz des Verbrauchers nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 15 LugÜ zulässig (vgl. PETER ARNT NIELSEN, in: Ulrich Magnus/Peter Mankowski [Hrsg.], *Brussels I Regulation*, München 2007, Introduction to Section 4, N 1).

Eine zuständigkeitsrechtlich privilegierte Verbrauchersache im Sinne der Art. 13–15 LugÜ liegt vor, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind: Zum einen muss eine der Parteien Verbraucher sein. Zum anderen muss die Streitigkeit einen bestimmten, in Art. 13 Abs. 1 LugÜ genannten Gegenstand betreffen. Zu den privilegierten Vertragsinhalten gehören

- der Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung (Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 LugÜ),
- in Raten zurückzuzahlende Darlehen, andere Kreditgeschäfte zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen (Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 LugÜ), und

- die Erbringung von Dienstleistungen oder die Lieferung beweglicher Sachen, sofern (a) dem Vertragsabschluss in dem Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und (b) der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrags erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat (Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 LugÜ).

Hinzuweisen ist dabei auf den Umstand, dass Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 LugÜ durch das revidierte Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007, das in der Schweiz zum 1. Januar 2011 in Kraft treten wird, an die Parallelbestimmung der Art. 15 ff. Brüssel I-VO angeglichen wird. Der in Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 LugÜ genannte Vertragsgegenstand erfährt so eine erhebliche Erweiterung. Die Verbrauchergerichtsstände kommen nach Art. 15 Abs. 1 lit. c revLugÜ – abgesehen von den Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 LugÜ entsprechenden Fällen in Art. 15 Abs. 1 lit. a und b revLugÜ – auch in allen anderen Fällen zur Anwendung, *«wenn der andere Vertragspartner in dem durch dieses Übereinkommen gebundenen Staat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschliesslich dieses Staates, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt»*.

III. Begriff des Verbrauchers

Die Leitlinien zur Auslegung des Verbraucherbegriffs in Art. 13 ff. LugÜ lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Das Tatbestandsmerkmal «Vertrag, den eine Person zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person (Verbraucher) zugerechnet werden kann» in Art. 13 Abs. 1 LugÜ ist autonom, d.h. ohne Rückgriff auf das nationale Begriffsverständnis, auszulegen (EuGH, Urteil vom 21. Juni 1978, Rs. 150/77 *«Betrand/Ott»*, Nr. 14–16, 19; EuGH, Urteil vom 19. Januar 1993, Rs. C-89/91 *«Shearson Lehman Hutton Inc./TVG»*, Nr. 13; EuGH, Urteil vom 3. Juli 1997, Rs. C-269/95 *«Benincasa/Dentalkit»*, Nr. 12).

Der Begriff des Verbrauchers ist *eng* auszulegen (EuGH, Urteil vom 21. Juni 1978, Rs. 150/77 *«Betrand/Ott»*, Nr. 16; ebenso BGer, Urteil vom 28. März 2007, 4c_43/2006, E. 7.2). Die Verbrauchergerichtsstände bilden Ausnahmen zum – dem Lugano-Zuständigkeitssystem zugrunde liegenden – Grundsatz, dass Personen, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen sind (Art. 2 Abs. 1 LugÜ).

Massgebend ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 LugÜ der Zweck des abgeschlossenen Vertrags. Dieselbe Person kann daher bezüglich eines Vertrages als Unternehmer und bezüglich eines anderen Vertrags als Verbraucher einzustufen sein (vgl. JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt a.M. 2005, Art. 15 N 8). Eine pauschale, vom Vertragszweck losgelöste Einordnung der betreffenden Person in eine feststehende

Kategorie als «Geschäftsmann/Geschäftsfrau» oder «Laie» ist deshalb nicht zulässig. Wer zwei Briefmarken aus seiner privaten Sammlung zur Versteigerung gibt, kann daher mit Bezug auf die Veräusserung der Briefmarken auch dann Verbraucher sein, wenn er zugleich Direktor der Briefmarkenhandels-gesellschaft ist, die die Versteigerung durchführt (siehe BGE 121 III 336 sowie die Anmerkungen von PAUL VOLKEN in SZIER 1996, 84, und ANDREAS FURRER/SABIR SHEIKH, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 13 N 11).

Das angerufene Gericht muss prüfen, ob mit dem Vertrag Bedürfnisse gedeckt werden sollen, die nicht der beruflich-gewerblichen Tätigkeit einer der Parteien zugerechnet werden können (vgl. BGE 121 III 336, E. 5d). Der EuGH hält dementsprechend fest, dass *«nur die Verträge, die eine Einzelperson zur Deckung ihres Eigenbedarfs beim privaten Verbrauch schliesst, unter die Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers»* fallen (EuGH, Urteil vom 3. Juli 1997, Rs. C-269/95 *«Benincasa/Dentalkit»*, Nr. 17). Das Gericht muss bei der Prüfung der Verbrauchereigenschaft der Parteien neben Inhalt, Art und Zweck des Vertrages auch die objektiven Umstände berücksichtigen (vgl. EuGH, Urteil vom 20. Januar 2005, Rs. C-464/01 *«Gruber/Bay»*, Nr. 47). Nach den üblichen Regeln der Beweislast obliegt es der Person, die sich auf die Verbraucherschutzbestimmungen berufen will, zu beweisen, dass der Vertrag keinem beruflich-gewerblichen Zweck dient, wobei der Vertragspartner berechtigt ist, den Gegenbeweis zu erbringen (vgl. JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt a.M. 2005, Art. 15 N 8). In Fällen mit gemischtem Vertragszweck liegt keine Verbrauchersache vor, *«es sei denn, der beruflich-gewerbliche Zweck ist derart nebensächlich, dass er im Gesamtzusammenhang des betreffenden Geschäftes nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt, wobei die Tatsache, dass der nicht beruflich-gewerbliche Zweck überwiegt, ohne Bedeutung ist»* (EuGH, Urteil vom 20. Januar 2005, Rs. C-464/01 *«Gruber/Bay»*, Nr. 54).

Auch nach Auffassung der Literatur kann nur eine natürliche Person Verbraucher sein (vgl. bspw. ANSGAR STAUDINGER, in: Thomas Rauscher [Hrsg.], Europäisches Zivilprozessrecht, 2. A., München 2006, Art. 15 N 2). Verträge, die juristische Personen abschliessen, sind ihrer «beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» zuzurechnen. Juristische Personen fallen daher nicht in den Schutzbereich der Art. 13–15 LugÜ (ebenso EuGH, Urteil vom 22. November 2001, Rs. C-541/99 und C-542/99 *«Idealservice»*, Nr. 17, betreffend die Auslegung des Verbraucherbegriffs in der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen).

Massgeblich ist die objektive Bewertung des Vertragszwecks, so dass es auf die Selbsteinschätzung des vermeintlichen Verbrauchers nicht ankommt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist jedoch zu prüfen, *«ob die andere Vertragspartei den nicht beruflich-gewerblichen Zweck des Geschäftes zu Recht deswegen nicht zu kennen brauchte, weil der vermeintliche Verbraucher in Wirklichkeit durch*

sein eigenes Verhalten gegenüber seinem zukünftigen Vertragspartner bei diesem den Eindruck erweckt hat, dass er zu beruflich-gewerblichen Zwecken handelte» (EuGH, Urteil vom 20. Januar 2005, Rs. C-464/01 «Gruber/Bay», Nr. 51). In diesem Fall seien die zuständigkeitsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften gegenüber einem gutgläubigen Vertragspartner nicht anwendbar, da angesichts des Eindrucks, den die Privatperson bei ihrem gutgläubigen Vertragspartner erweckt habe, anzunehmen sei, dass sie auf den in diesen Artikeln vorgesehenen Schutz verzichtet habe (EuGH, Urteil vom 20. Januar 2005, Rs. C-464/01 «Gruber/Bay», Nr. 53).

Weder erforderlich noch entscheidend ist nach dem Wortlaut ein tatsächlich bestehendes Kräfte-Ungleichgewicht zwischen den Parteien, was die wirtschaftlichen Verhältnisse oder die Geschäftserfahrung anbelangt. Die Annahme einer Verbrauchersache ist daher nach dem Wortlaut selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn faktisch der Verbraucher dem Unternehmer in wirtschaftlicher oder sachkundiger Hinsicht weit überlegen ist: «Der Verbraucher soll als der typischerweise Schwächere kompetenzrechtlich privilegiert werden. Ob er in concreto schutzbedürftig ist, wird nicht geprüft. Auch Millionäre können sich auf Art. 15 ff. berufen.» (REINHOLD GEIMER, in: Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze [Hrsg.], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. A., München 2010, Art. 15 N 1). Dies läuft freilich dem eigentlichen Zweck der Verbraucherschutzvorschriften zuwider, wonach «bei Versicherungs-, Verbraucher- und Arbeitsachen die schwächere Partei durch Zuständigkeitsvorschriften geschützt werden [soll], die für sie günstiger sind als die allgemeine Regelung» (vgl. Erwägungsgrund 13 der Brüssel I-VO).

Nicht entschieden ist die damit verbundene Frage, ob eine Verbrauchersache auch dann vorliegt, wenn für beide Seiten der Vertragszweck nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit der beteiligten Personen zugerechnet werden kann. In der Literatur wird aus dem Zweck der Verbraucherschutzvorschriften, die schwächere Partei zu schützen, die Nichtanwendbarkeit der Art. 13–15 LugÜ hergeleitet (so ANDREAS FURRER/SABIR SHEIKH, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 13 N. 12). Dem steht zwar der Wortlaut entgegen sowie der Umstand, dass – wie geschildert – eine tatsächliche Unterlegenheit des Verbrauchers nicht gegeben sein muss. Die Art. 13–15 LugÜ kommen vielmehr auch dann zur Anwendung, wenn der «Verbraucher» dem «Unternehmer» wirtschaftlich oder hinsichtlich seiner Sachkunde hoch überlegen ist. Im Ergebnis können die Art. 13–15 LugÜ in C2C-Beziehungen dennoch keine Anwendung finden. Wenn beide Parteien mit Wohnsitz in unterschiedlichen Vertragsstaaten für sich den Verbraucherstatus in Anspruch nehmen könnten, käme es zum Konflikt zwischen Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 LugÜ. Der klagende Verbraucher dürfte zwar nach Art. 14 Abs. 1 LugÜ im Wohnsitzstaat des Klägers klagen, Art. 14 Abs. 2 LugÜ würde es ihm aber gleichzeitig verbieten, den beklagten Verbraucher ausserhalb des Wohnsitzstaates des Beklagten zu verklagen.

IV. Verbrauchereigenschaft des Bankkunden bei Spekulationsgeschäften mit Fremdkapital

Auf der Grundlage des skizzierten Verbraucherbegriffs prüft der *Areios Pagos* in seinem Urteil, ob die gewährten Bankkredite «zur Deckung des Eigenbedarfs» der Klägerin bestimmt waren und ob sie «zum privaten Verbrauch» oder «zum persönlichen Gebrauch» eingesetzt werden sollten.

Bei der Prüfung stützt sich der Oberste Gerichtshof auf folgende, zum Teil wiederholt vorgetragene Indizien:

- Die Bankkundin setzte Fremdkapital zur Gewinnerzielung ein («leverage»).
- Das Fremdkapital wurde hoch spekulativ investiert.
- Es erfolgte keine Vermögensverwaltung durch die Bank. Die Depotverwaltung blieb in den Händen der Bankkundin, welche die volle Kontrolle hatte und die alleinige Verantwortung trug.
- Die Bankkundin errichtete ein Anlagesystem, das mit Fremdkapital gespeist wurde und nicht zur Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts bestimmt war.
- Die Transaktionen erfolgten systematisch.
- Die Transaktionen fanden in hoher Zahl und über einen langen Zeitraum statt.
- Hohe Summen waren im Spiel.
- Die Bankkundin (handelnd durch ihren bevollmächtigten Ehemann) trat wie eine Fachfrau auf und führte Investitionen durch, die einen professionellen und kommerziellen Charakter aufwiesen.

Der Oberste Gerichtshof kommt in einer Gesamtschau der Indizien zutreffend zum Schluss, dass nicht als Verbraucher anzusehen ist, wer sich von einer Bank einen Kredit gewähren lässt, um mit dem von der Bank zur Verfügung gestellten Fremdkapital systematisch am Geldmarkt oder an der Börse zu spekulieren.

Der Oberste Gerichtshof nimmt damit eine notwendige Abgrenzung zum Kleinanleger vor, der – weil Kapitalanlagen mit Gewinnerwartung der Qualifikation als Verbrauchersache grundsätzlich nicht entgegenstehen – den Schutz der Art. 13–15 LugÜ im Streitfall mit einer Bank durchaus für sich beanspruchen darf.

So hatten beispielsweise die deutschen Landes- und Oberlandesgerichte zum Schutz deutscher Anleger in Verfahren gegen ausländische – auch schweizerische – Banken und Finanzdienstleister in der jüngeren Vergangenheit unter Verweis auf die Verbraucherschutzbestimmungen in Brüssel I-VO und Lugano-Übereinkommen mehrfach Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten ausländischer Gerichte für unwirksam erklärt (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 23. Juni 2004, Az. 4 U 156/03 – Schweizer Bank; OLG Dresden, Urteil vom 15. Dezember 2004, Az. 8 U 1855/04 – Finanzdienstleister mit Sitz auf den Britischen Jungferninseln; OLG Dresden, Urteil vom 20. Juni 2007, Az. 8 U 328/07 – Schweizer Finanzdienstleister).

In den genannten Fällen hatten die angerufenen Gerichte meist wenig Mühe, die Verbrauchereigenschaft der Bankkunden zu begründen, um auf die Klagen der Bankkunden

eintreten zu können. Der Schwerpunkt der Zuständigkeitsbegründung lag vielmehr meist auf der hier nicht diskutierten Frage, ob die Abschlussmodalitäten nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 LugÜ bzw. Art. 15 Abs. 1 lit. c Brüssel I-VO vorlagen. Durch die – vorne bereits beschriebene Erweiterung der Abschlussmodalitäten in Art. 15 Abs. 1 lit. c revLugÜ – wird es Schweizer Finanzdienstleistern in Zukunft umso schwerer fallen, Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten Schweizer Gerichte im Ausland durchzusetzen (ebenso ISABELLE ROMY, Revidierter Konsumentengerichtsstand – eine Gefahr für Finanzdienstleister? Vortrag anlässlich der Tagung «LugÜ: Prozessieren unter dem revidierten Lugano-Übereinkommen» vom 20. Mai 2010 in Luzern).

Das Urteil des *Areios Pagos* zeigt die zuständigkeitsrechtlichen Grenzen für Verfahren auf, in denen Gerichte von Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens den einheimischen Kunden ausländischer Banken und Finanzdienstleister Schutz bieten können. Zu Recht stellt das Oberste Griechische Gericht dabei nicht allein auf die Höhe der investierten Fremdmittel ab. Denn eine Grenze, wonach ab einer gewissen individuell oder absolut festzulegenden Höhe nicht mehr von einem privaten Bedarf ausgegangen werden kann, lässt sich unmöglich ziehen. So stellte etwas das OLG Hamburg in seinem Urteil vom 23. Juni 2004 (Az. 4 U 156/03) zu Recht fest: «Weder die Herkunft des Geldes noch die Höhe der zur Verfügung stehenden Beträge deuten darauf hin, wofür das Geld angelegt werden soll.» Auch die Tatsache allein, dass sich der Bankkunde in Wertpapier- und Warentermingeschäften als Börsenspekulant betätigt, rechtfertigt allein nicht notwendigerweise einen Ausschluss der Anwendung der Verbrauchergerichtsstände. Dementsprechend stellte der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zum Verfahren «*Shearson Lehman Hutton Inc./TVG*» (Rs. C-89/91, Nr. 77) fest, dass Börsenspekulanten zwar «nicht gerade der Prototyp schutzwürdiger Verbraucher» seien, es aber dennoch nicht angehe, den Anwendungsbereich des Art. 13 EuGVÜ über seinen Wortlaut hinaus einzuengen.

Ausschlaggebend für die Entscheidung, die Kreditverträge der beruflichen oder gewerblichen Sphäre zuzuweisen, ist für den *Areios Pagos* vielmehr der Umstand, dass die Bankkundin mit fremdem Geld systematisch eine Vielzahl hoch riskanter Transaktionen tätigte und die dabei angestrebten Gewinne durch «leverage» zu maximieren versuchte.

Dem ist zuzustimmen: Wer mit Fremdkapital systematisch hoch spekulative Investitionen über einen langen Zeitraum tätigt, konsumiert nichts. Er deckt mit dem gewährten Kredit nicht seinen persönlichen Lebensbedarf. Er verwendet das Fremdkapital nicht zum eigenen Gebrauch. Er übt vielmehr eine berufliche und gewerbliche Anlagetätigkeit aus, so dass er sich nicht auf den Verbraucherschutz der Art. 13–15 LugÜ berufen kann.