

Verfahrensgang

BGH, Urt. vom 26.07.2004 – VIII ZR 273/03, [IPRspr 2004-27](#)

Rechtsgebiete

Vertragliche Schuldverhältnisse → Allgemeines Vertragsrecht

Juristische Personen und Gesellschaften → Juristische Personen und Gesellschaften gesamt bis 2019

Sachenrecht

Rechtsnormen

BGB § 154; BGB § 1154

Cc (Frankr.) Art. 1690

EGBGB Art. 27; EGBGB Art. 27 ff.; EGBGB Art. 28; EGBGB Art. 31; EGBGB Art. 32; EGBGB Art. 33;
EGBGB Art. 43

Fundstellen

LS und Gründe

NJW, 2004, 3176

RIW, 2004, 857

ZIP, 2004, 2007

IHR, 2005, 76

IPRax, 2005, 342

MDR, 2005, 45

NJW-RR, 2005, 206

WuB, 2005, mit Anm. *Dörner*, IV B. Art. 28 EGBGB 1.05

ZBB, 2005, 509

ZBB, 2006, 138

Aufsatz

Unberath, IPRax, 2005, 308

Freitag, RIW, 2005, 25

Dutta, ZBB, 2006, 144

nur Leitsatz

NJW, 2005, 1041

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2004-27>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

Dies hat die Bekl. jedoch nicht dargelegt, auch ergibt sich dies nicht aus den Umständen der Vertragsabwicklung. Die E-Mail-Korrespondenz ist mit der Zeugin N., die auf Seiten der Kl. die Verhandlungen geführt hat, durchgängig in englischer Sprache geführt worden. Dass verantwortliche Mitarbeiter der Kl. der deutschen Sprache mächtig sind, kann auch nicht aus den Schreiben des General Managers der Kl., Herrn F., vom 28.7.2000 und vom 6.8.2000 sowie dem Schreiben der Mitarbeiterin W. der Kl. vom 15.7.2000, die auf Deutsch abgefasst sind, geschlossen werden. Denn wie die Kl. nach Hinweis des Senats auf die Voraussetzungen der wirksamen Einbeziehung der AGB im Termin zur mündlichen Verhandlung unwidersprochen ausgeführt hat, spricht die Mitarbeiterin Frau W. zwar Deutsch und hat die Korrespondenz für den General Manager Herrn F. übersetzt. Sie sei aber erst nach Vertragsschluss in die Firma eingetreten.

Da die zum Zeitpunkt der Verhandlungen in der Firma der Kl. tätigen Mitarbeiter die deutsche Sprache nicht beherrschten und die Vertragssprache Englisch war, sind die AGB der Bekl. trotz Übersendung nach allen Auffassungen nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden.

(2) Selbst wenn man von einer wirksamen Einbeziehung ausgehen sollte, war die Kl. nicht nach der Regelung der Nr. III. 1 der AGB mangels schriftlicher Zusage eines genauen Liefertermins zur Setzung einer Frist mit Ablehnungsandrohung verpflichtet, da diese die Klausel wegen des Inhalts der vorherigen Vertragsverhandlungen überraschend im Sinne des § 3 AGBG a.F. war ...

cc) Da die Kl. von der geleisteten Anzahlung in Höhe von insgesamt 28 140 DM (14 387,75 Euro) lediglich einen Betrag von 13 140 DM (6 718,38 Euro) zurückerhalten hat, hat sie einen Anspruch auf Zahlung eines weiteren Betrags von 15 000 DM (7 669,38 Euro), von dem sie jedoch in der Berufungsinstanz nur noch einen Betrag von 5 000 Euro geltend macht.“

25. *Klagt die im Inland lebende, ausländische (hier: nigerianische) Partnerin einer im Inland eingegangenen nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach der Trennung gegen den deutschen Partner auf Auszahlung eines für den Fall der Trennung versprochenen Geldbetrages und berufen sich beide Parteien im Rechtsstreit ausschließlich auf das deutsche Recht, ist davon auszugehen, dass nachträglich eine Rechtswahl gemäß Art. 27 EGBGB getroffen ist.*

LG Coburg, Urt. vom 12.5.2004 – 21 O 545/03: FPR 2004, 642.

26. *Für die Anwendbarkeit deutschen Rechts, insbesondere der Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte, auf die Honorarforderung von Ärzten, die in Österreich als so genannte Wahlärzte tätig sind, für eine dort als vertragsärztliche Leistung erbrachte Farbstofflaserbehandlung einer deutschen Patientin mit Wohnsitz in Deutschland, kann die Vermutung des Art. 29 II EGBGB sprechen, wenn die deutschen Vorschriften nicht schon wegen Art. 29 I Nr. 1 oder Art. 28 1 EGBGB gelten.*

BSG, Urt. vom 13.7.2004 – B 1 KR 11/04 R: BSGE 93, 94.

27. *Die Vermutung der engsten Verbindung eines Vertrags mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt*

des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, gilt nicht, wenn solche Anknüpfungspunkte zu einem anderen als dem vermuteten Recht führen, die an Gewicht den Anknüpfungspunkt der Vermutung deutlich übertreffen, und wenn sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln lässt (Art. 28 V EGBGB).

Das kann bei einem Kaufvertrag über eine Forderung gegenüber dem nach Deutschland weisenden Sitz des Verkäufers der Fall sein, wenn die dem deutschen Recht unterliegende Forderung durch eine an einem französischen Grundstück bestellte Hypothek gesichert ist, es dem Käufer entscheidend auf den Erwerb der Hypothek ankommt, eine Beurkundung des Kaufvertrags durch einen französischen Notar in französischer Sprache erfolgen und die Parteien dabei von französischen Rechtsanwälten vertreten werden sollen und der Kaufpreis in französischer Währung vereinbart ist.

BGH, Urt. vom 26.7.2004 – VIII ZR 273/03: NJW 2004, 3176; NJW-RR 2005, 206; RIW 2004, 857; 2005, 25 Aufsatz Freitag; IPRax 2005, 342, 308 Aufsatz Unberath; MDR 2005, 45; ZIP 2004, 2007; IHR 2005, 76; WuB IV B. Art. 28 EGBGB 1.05 mit Anm. Dörner; ZBB 2005, 509; ZBB 2006, 138, 144 Aufsatz Dutta. Leitsatz in NJW 2005, 1041.

Die Kl. verlangt von der Bekl. Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Forderungskaufvertrags. Die Kl. ist eine auf der Insel Anguilla/Karibik gegründete Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach ihrem Vortrag in Makati City auf den Philippinen hat. Vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Kl. ist der französische Staatsbürger C. Z.

Die Bekl., eine deutsche Hypothekenbank, war Inhaberin einer nach deutschem Recht zu beurteilenden Darlehensforderung in Höhe von 8 Mio. DM. Die Forderung war hypothekarisch gesichert durch die Belastung von verschiedenen Grundstücken in L./Frankreich, die im Eigentum einer französischen Gesellschaft, der S. mit Sitz in J./Frankreich, standen. Die Parteien verhandelten im Sommer 1999 über den Ankauf der Forderung einschließlich der Hypothek durch die Kl. Der Schriftverkehr wurde bis dahin teils in deutscher und teils in englischer Sprache geführt. Als Vertreter der Kl. wurde dann der französische Rechtsanwalt Maître R. C., N./Frankreich bestellt. Die Parteien kamen überein, einen Kaufvertrag über die hypothekarisch gesicherte Forderung von dem Notar Maître R. A., B./Frankreich, beurkunden zu lassen. Rechtsanwalt C. bestätigte mit Schreiben vom 27.7.1999 an den Notar eine Überweisung seiner Mandantin, der Kl., in Höhe von 1 400 000 FF nebst 60 000 FF für dessen Kosten auf ein Konto des Notars. Für die Bekl. ließ Rechtsanwalt D., M./Frankreich, mit Schreiben vom 4.8.1999 an Rechtsanwalt C. mitteilen, dass sie die Wahl getroffen habe, die Kl. als Käuferin „anzunehmen“. Die nachfolgende Korrespondenz zwischen den Rechtsanwälten der Parteien und dem Notariat wurde in französischer Sprache geführt.

Am 23.8.1999 zeigte das Notariat A. im Rahmen der französischen Regelungen zur Geldwäscheprävention der zuständigen Staatsanwältin in D. die von der Kl. veranlasste Überweisung von 1 470 424,24 FF an. Am 25.8.1999 übersandte Rechtsanwalt D. eine Kopie einer ihm unter dem 23.8.1999 von der Bekl. vor einem Hamburger Notar in französischer Sprache erteilten Vollmacht an das Notariat A. Wegen der anhaltenden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft erklärte Rechtsanwalt D. dann am 27.8.1999 gegenüber dem Notariat jedoch, seine Mandantin wünsche nicht mit der Kl. abzuschließen, man befürchte eine „Geldwäsche-Operation“. Ein Verkauf der Forderung könne zu einem Preis von 1 700 000 FF an den niederländischen Staatsbürger H., wohnhaft in Monte Carlo, erfolgen.

Obwohl die Kl. auf den Abschluss des Geschäfts zum vereinbarten Termin bestand, kam es dazu nicht. Stattdessen beurkundete der Notar die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung durch die Bekl. an den Niederländer H. zu einem Kaufpreis von 1 700 000 FF. Am 3.9.1999 wurden die hypothekarisch belasteten Grundstücke gegen ein Höchstgebot von 5 240 000 FF öffentlich versteigert.

Das LG und das OLG haben die Klage abgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Kl. führte zur Aufhebung des Berufungsurteils unter Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

„I. Das Berufungsgericht hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, ausgeführt:

Der Kl. stünden keine vertraglichen Schadensersatzansprüche zu, weil es nach dem anzuwendenden deutschen Recht zwischen den Parteien nicht zum wirksa-

men Abschluss eines Kaufvertrags über die hypothekarisch gesicherte Forderung gekommen sei. Die Parteien hätten weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Rechtswahl getroffen, so dass für die Festlegung des Statuts auf die Regelanknüpfung nach Art. 28 EGBGB abzustellen sei. Art. 28 III EGBGB sei nicht anzuwenden, da Gegenstand des Vertrags nicht die Hypothek als dingliches Recht, sondern vielmehr der Erwerb einer dem deutschen Recht unterliegenden Forderung gewesen sei. Damit greife die Vermutung des Art. 28 II 1 und 2 EGBGB ein, die – weil die Abtretung als vertragscharakteristische Leistung beim Forderungskauf von der in H. ansässigen Kl. (richtig: Bekl.) habe erbracht werden sollen – zum deutschen Recht führe. Es ergebe sich nicht im Sinne von Art. 28 V EGBGB aus der Gesamtheit der Umstände, dass der (intendierte) Vertrag engere Verbindungen mit Frankreich aufweise. Art. 28 V EGBGB habe gegenüber der Grundregel des Art. 28 I und den diese konkretisierenden Vermutungen der Absätze 2 bis 4 den Charakter einer Ausweichklausel; zwischen Abs. 2 und 5 des Art. 28 EGBGB bestehe ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Abs. 5 könne deshalb die Vermutung von Abs. 2 nur verdrängen, wenn dessen Anknüpfungsgehalt durch andere Indizien deutlich übertroffen werde. Davon könne hier keine Rede sein.

Zwar lägen eine Reihe von Gesichtspunkten vor, die eine Verbindung des Sachverhalts zum französischen Recht nahe legten. Der Großteil dieser Anknüpfungspunkte folge jedoch aus dem Umstand, dass mit der Forderung eine Hypothek habe erworben werden sollen, die an einem in Frankreich belegenen Grundstück bestellt gewesen sei. Ihre Berücksichtigung im Rahmen von Art. 28 V EGBGB lasse sachwidrig die Regelung des Art. 43 I EGBGB auf den Schuldvertrag durchschlagen und missachte Art. 28 III EGBGB. Schließlich biete sich bei einer Abwägung der für die Geltung französischen Rechts sprechenden Gesichtspunkte mit den ebenfalls vorhandenen, auf andere Rechtsordnungen verweisenden Umständen ein so uneinheitliches Bild, dass wohl schon bei einer – abzulehnenden – Gleichrangigkeit der Anknüpfungen nach Abs. 2 und Abs. 5 des Art. 28 EGBGB keine ausreichende Basis für die Anwendung französischen Rechts gegeben sei, jedenfalls aber aufgrund der Vorrangigkeit der Anknüpfung nach Art. 28 II EGBGB deutsches Recht zur Anwendung kommen müsse.

Nach deutschem Recht liege ein offener Dissens im Sinne des § 154 II BGB vor, da die Parteien eine Beurkundung des Vertrags vereinbart hätten, zu der es nicht gekommen sei. Ob ein wirksamer Vorvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei, könne dahinstehen, denn jedenfalls habe die Bekl. keine sie aus einem solchen Vertrag treffende Pflicht schuldhaft verletzt. Die Bekl. habe einen triftigen Grund zum Abbruch der Verhandlungen gehabt. Angesichts der noch laufenden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft habe von ihr nicht verlangt werden können, mit der Kl. abzuschließen. Auch wenn ein wesentliches Motiv der Bekl. für den Abbruch der Verhandlungen mit der Kl. das um 300 000 FF höhere Gebot des späteren Käufers H. gewesen sein sollte, was sehr nahe liege, sei ihr Verhalten jedenfalls vor dem Hintergrund der fortdauernden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und des bis zum Versteigerungsbeginn nur noch kurzen zur Verfügung stehenden Zeitraums nicht zu beanstanden. Aus denselben Erwägungen komme auch ein Anspruch aus culpa in contrahendo nicht in Betracht.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der von der K. geltend gemachte Anspruch als Schadensersatzanspruch aus schuldrechtlicher Sonderbeziehung anzusehen und das auf die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien anwendbare Recht nach den Art. 27 ff. EGBGB zu bestimmen ist. Diese Vorschriften sind sowohl maßgebend für den von der Kl. in erster Linie verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 32 I Nr. 3 EGBGB) als auch für die hilfsweise geltend gemachte Haftung aus culpa in contrahendo (BGH, Urt. vom 9.10.1986 – II ZR 241/85, NJW 1987, 1141¹; differenzierend *Dörner*, JR 1987, 201, 202).

Es kann für die Festlegung des Statuts dahinstehen, ob zwischen den Parteien eine bindende Vereinbarung über den Kauf und die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung der Bekl. schon zustande gekommen war, wie die Kl. meint, oder aber eine endgültige Einigung noch nicht erfolgt war. Auch das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrags beurteilen sich gemäß Art. 31 I EGBGB nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag wirksam wäre. Damit regelt das nach Art. 27 ff. EGBGB zu bestimmende Vertragsstatut auch die Frage, ob die für den Vertragsschluss erforderlichen Willenserklärungen vorliegen.

2. Eine Rechtswahl der Parteien im Sinne des Art. 27 I EGBGB hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

Die Beurteilung der Frage, ob die Parteien ihren Vertragsverhandlungen im Wege der Individualvereinbarung eine stillschweigende Rechtswahl – eine ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung macht auch die Revision nicht geltend – zugrunde gelegt haben, ist Gegenstand tatrichterlicher Auslegung und in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbar (Senatsbeschl. vom 19.1.2000 – VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002² unter II 2; BGH, Urt. vom 28.1.1997 – XI ZR 42/96, NJW-RR 1997, 686³ unter II 1 a aa). Der Kontrolle durch den Senat unterliegt nur, ob das Berufungsgericht seiner Auslegung die zutreffenden rechtlichen Maßstäbe zugrunde gelegt hat, ob es den Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei gewürdigt und ob es die indizielle Bedeutung der in Betracht kommenden Anknüpfungspunkte erkannt hat.

Einer nach Art. 27 I EGBGB möglichen Rechtswahl steht nicht schon entgegen, dass die Parteien über den Ankauf einer Forderung verhandelten, für die gemäß Nr. 10 der Vereinbarung zwischen der Bekl. und der Firma A. die Geltung deutschen Rechtes vereinbart war. Nach Art. 33 II EGBGB bestimmt das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, nur ihre Übertragbarkeit und andere in dieser Vorschrift näher geregelte Fragen. Dagegen ist das anwendbare Recht für das der Abtretung zugrunde liegende Kausalgeschäft zwischen Zedenten und Zessionar nach Art. 27 ff. EGBGB zu bestimmen, wie sich aus Art. 33 I EGBGB ergibt. Eine stillschweigende Rechtswahl ist jedoch nach Art. 27 I 2 EGBGB nur anzunehmen, wenn sich ein entsprechender tatsächlicher Parteiwille mit hinreichender Sicherheit aus dem Vertrag oder den Umständen des Falles ergibt, die bloße Ermittlung eines hypothetischen Parteiwillens genügt gerade nicht (*MünchKomm-Martiny*, 3. Aufl.,

¹ IPRspr. 1986 Nr. 34.

² IPRspr. 2000 Nr. 20.

³ IPRspr. 1997 Nr. 27.

Art. 27 EGBGB Rz. 42; *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, BT-Drucks. 10/503 S. 49; *Steinle*, ZVerglRW 1994, 300, 308 f.).

Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Rechtswahl finden. Eindeutige Indizien, die eine Rechtswahl nahe legen, wie eine Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsvereinbarung oder ein übereinstimmend auf eine bestimmte Rechtsordnung zielendes Prozessverhalten der Parteien liegen nicht vor; vielmehr hat die Kl. von Anfang an die Ansicht vertreten, französisches Recht sei anwendbar, während die Bekl. von der Geltung deutschen Rechts ausging. Schwächere Indizien wie etwa der Erfüllungsort, Sitz und Staatsangehörigkeit der Parteien, Vertragssprache, Abschlussort oder Währung können Rückschlüsse auf eine stillschweigende Rechtswahl der Parteien zulassen, wenn die Anhaltspunkte in ihrer Häufung übereinstimmend auf eine bestimmte Rechtsordnung hinweisen (*Staudinger-Magnus*, BGB, 13. Bearb., Art. 27 EGBGB Rz. 63). Insoweit hat das Berufungsgericht aber zutreffend ausgeführt, dass die genannten Umstände ein uneinheitliches Bild ergeben. Zwar deuten einige Indizien auf eine Nähe zu der französischen Rechtsordnung hin wie die zum Teil in französischer Sprache geführten Verhandlungen, der in Aussicht genommene Abschlussort in Frankreich, der in französischer Währung festgelegte Kaufpreis sowie der Belegenheitsort der Grundstücke, an denen die sichernde Hypothek bestellt worden ist. Jedoch ist die Kl. eine anguillanische Gesellschaft mit Sitz auf den Philippinen, die Bekl. ist eine deutsche AG, Gegenstand des geplanten Kaufvertrags war der Erwerb einer deutschem Recht unterliegenden Forderung gegen eine luxemburgische Gesellschaft, der Schriftverkehr zwischen dem Vertreter der Kl., dem österreichischen Staatsbürger W. G., und der Bekl. wurde in englischer und deutscher Sprache geführt.

Diesen Befund hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als so vielschichtig gewertet, dass von einer eindeutigen Häufung von auf eine Rechtsordnung weisenden Indizien, die den Schluss auf einen entsprechenden Parteiwillen im Sinne des Art. 27 I 2 EGBGB zuließe, nicht die Rede sein könne.

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht dabei nicht übersehen, dass beide Parteien im Vorfeld des Vertragsschlusses durch französische Rechtsanwälte vertreten worden sind und der Vertrag von einem französischen Notar beurkundet werden sollte. Letzteres hat es – wie seine Ausführungen zu der Vermutungsregelung des Art. 28 II EGBGB zeigen – als nahezu zwingende Folge des von ihm auch für eine Rechtswahl nach Art. 27 I 2 EGBGB berücksichtigten Umstandes angesehen, dass mit der abzutretenden Forderung eine Hypothek an einem in Frankreich belegenen Grundstück erworben und die für ein Zwangsversteigerungsverfahren in Frankreich erforderlichen Förmlichkeiten gewahrt werden sollten. Für die Vertretung der Parteien durch französische Anwälte gilt nichts anderes. Dass die Hypothek nach Art. 43 I EGBGB französischem Recht unterlag, § 1154 BGB also bei der Abtretung der Forderung keine Anwendung finden konnte (*MünchKomm-Kreuzer*, BGB, 3. Aufl., nach Art. 38 EGBGB Anh. 1 Rz. 47; *Reithmann-Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Rz. 313; *Schäfer*, Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken, 1993, 116) und es deshalb für die wirksame Übertragung der Hypothek besonderer Kenntnisse des französischen Rechts bedurfte,

die am ehesten bei einem französischen Notar und bei französischen Anwälten vorausgesetzt werden konnten, zwingt nicht zu der Annahme, dass die Parteien auch das Kausalgeschäft französischem Recht unterwerfen wollten, zumal Voraussetzungen und Wirkung der Abtretung der gesicherten Forderung gemäß Art. 33 II EGBGB nach deutschem Recht zu beurteilen waren (BGH, Urt. vom 26.11.1990 – II ZR 92/90, NJW 1991, 1414⁴ unter 1; Senatsurt., BGHZ 111, 376, 379 f.⁵).

Erfolglos ist schließlich auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Bekl. die Forderung mit einem in französischer Sprache gefassten Exposé auf dem französischen Markt angeboten habe. Dass Vertragssprache Französisch war, hat das Berufungsgericht in seine Erwägungen einfließen lassen. Ein Angebot der Forderung auf dem französischen Markt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, sondern lediglich ausgeführt, die Bekl. habe das Exposé an den österreichischen Staatsbürger W. G. abgesandt, der darauf seinerseits mit einem in Wien verfassten Schreiben geantwortet habe. Dass das Berufungsgericht dabei Sachvortrag der Kl. übergangen hätte, zeigt die Revision nicht auf.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts führt jedoch Art. 28 I 1 EGBGB zur Anwendung des französischen Rechts, weil die Vertragsverhandlungen der Parteien die engsten Verbindungen mit dem Staat Frankreich aufweisen.

a) Der Anknüpfungsgrundsatz der engsten Verbindungen nach Art. 28 I 1 EGBGB wird durch die Vermutungsregeln des Art. 28 II–IV EGBGB konkretisiert (*Erman-Hohloch*, BGB, 11. Aufl., Art. 28 EGBGB Rz. 2; *Bamberger-Roth-Spickhoff*, BGB, Art. 28 EGBGB Rz. 3; *Staudinger-Magnus* Art. 28 EGBGB Rz. 26). Dabei verdrängt die Anknüpfung nach Art. 28 III EGBGB als *lex specialis* diejenige nach Abs. 2 (*Soergel-v. Hoffmann*, BGB, 12. Aufl., Art. 28 EGBGB Rz. 72).

b) Zu Unrecht meint die Revision, Art. 28 III EGBGB sei einschlägig. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass ein Vertrag beziehungsweise die diesem vorangegangenen Verhandlungen, die ein dingliches Recht an einem Grundstück zum Gegenstand haben, die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweisen, in dem das Grundstück belegen ist. Die Voraussetzungen von Art. 28 III EGBGB sind hier nicht erfüllt, weil sich die Vertragsverhandlungen der Parteien in erster Linie auf den Ankauf einer Darlehensforderung und nicht eines dinglichen Rechts durch die Kl. bezogen.

Die Revision bringt vor, der Umstand, dass wirtschaftlicher Kaufgegenstand letztlich der Erwerb der französischen Hypothek gewesen sei, führe – ebenso wie der Erwerb einer Grundschuld – zur Anwendung des Art. 28 III EGBGB und damit des französischen Rechts. Ihr ist insoweit zuzustimmen, als der eigentliche Zweck des Forderungskaufs, nämlich der Erwerb einer Hypothek an einem französischen Grundstück, bei der Prüfung der engsten Verbindung der Vereinbarungen zu dem Recht eines bestimmten Staates nicht unberücksichtigt bleiben kann, wie noch auszuführen sein wird – siehe unter 3. c bb (1). Anknüpfungspunkt für derartige wirtschaftliche Überlegungen ist aber Art. 28 V EGBGB, der eine Gesamtabwägung aller Umstände vorschreibt, und nicht der ausschließlich auf den rechtlichen Gegenstand von Schuldverträgen bezogene Abs. 3 der Vorschrift.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einem Realkredit vorbehaltlich einer abweichenden Rechtswahl der Parteien die *lex rei sitae* des Grundpfandrechts entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch das anwendbare Recht

⁴ IPRspr. 1990 Nr. 49.

⁵ IPRspr. 1990 Nr. 48.

für die zu sichernde Forderung bestimmen kann, wie die Revision meint, ist für den Anwendungsbereich des Art. 28 III EGBGB ohne Relevanz. Denn auch ein Gleichlauf des Statuts der gesicherten Forderung mit dem der Hypothek kann sich nur aus Art. 28 V EGBGB ergeben und ist zudem für das Forderungskaufstatut nur mittelbar von Bedeutung, weil dieses – wie Art. 33 I EGBGB voraussetzt – selbständig anzuknüpfen ist.

c) Weiterhin greift auch die Vermutungsregel des Art. 28 II EGBGB nicht ein. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihre Hauptverwaltung hat. Bei einem Forderungskauf erbringt regelmäßig der Veräußerer die charakteristische Leistung, so dass danach das Recht seines Staats maßgebend ist (*Staudinger-Magnus* Rz. 193; *Bamberger-Roth-Spickhoff* Rz. 52; *MünchKomm-Martiny* Rz. 116; *Erman-Hobloch* Rz. 32; *Rosenau*, RIW 1992, 879, 882). Dies würde hier zur Anwendung des deutschen Rechtes führen, da die Bekl. als Veräußerer ihren Sitz in Deutschland hat. Im vorliegenden Fall gilt die Vermutungsregel des Art. 28 II EGBGB jedoch nicht, da sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass die Verhandlungen zwischen den Parteien engere Verbindungen mit dem französischen Staat aufweisen (Art. 28 V EGBGB).

aa) Das Rangverhältnis der einzelnen Absätze des Art. 28 EGBGB ist umstritten. Nach herrschender, auch vom Berufungsgericht vertretener Auffassung ist Art. 28 V EGBGB gegenüber den Vermutungsregeln der Abs. 2 bis 4 dieser Vorschrift nachrangig und kommt nur in Ausnahmefällen zum Tragen (*Staudinger-Magnus* Rz. 126; *Erman-Hobloch* Rz. 17; *Looschelders*, Internationales Privatrecht – Art. 3 – 46 EGBGB, 2004, Art. 28 EGBGB Rz. 80 f.; v. *Hoffmann-Thorn*, IPR, 7. Aufl., §10 Schuldverträge Rz. 44, 59; *Kropholler*, IPR, 3. Aufl., 415, 419 f.; vgl. auch BT-Drucks. 10/504 S. 79). Nach anderer Ansicht setzt Art. 28 V EGBGB gleichrangig mit den Abs. 2 bis 4 der Vorschrift die Grundregel der engsten Verbindung nach Art. 28 I EGBGB durch (*Reithmann-Martiny* Rz. 148; *MünchKomm-Martiny* Rz. 92; *Hepting* in Festschrift Lorenz, 393, 407 f.; v. *Bar*, IPR, 1991, Bd. 2, Rz. 488; *Wolf*, Der Begriff der wesentlich engeren Verbindung im Internationalen Sachenrecht, 2002, 15).

Dieser Meinungsstreit bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Denn auch soweit Art. 28 II–IV EGBGB im Wege des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Vorrang vor Abs. 5 eingeräumt und daraus erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines Ausnahmefalls im Sinne von Abs. 5 abgeleitet werden, ist die Anwendbarkeit von Abs. 5 jedenfalls dann zu bejahen, wenn solche Anknüpfungspunkte zu einem anderen als dem nach Abs. 2 vermuteten Recht führen, die an Gewicht den von der Vermutung verwendeten Anknüpfungspunkt deutlich übertreffen (*Staudinger-Magnus* Rz. 127; *Erman-Hobloch* Rz. 17; *Looschelders* Rz. 81; *Kropholler* 419 f.), und sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln lässt (v. *Hoffmann-Thorn* Rz. 59), eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Schuldners der charakteristischen Leistung also bloss und künstlich wirken müsste (so – ausgehend von einem normativen Gleichrang der Abs. 2 und 5 – v. *Bar* Rz. 489).

bb) So verhält es sich hier. Aus der Gesamtheit der Umstände ergibt sich, dass die Vertragsverhandlungen eine deutlich engere Verbindung zum französischen Recht aufweisen, so dass die Vermutung des Art. 28 II EGBGB gemäß Abs. 5 der Vorschrift nicht gilt.

(1) Der Kl. war von Anfang an nur daran gelegen, die gemäß der *lex rei sitae* französischem Recht unterliegende Hypothek (Art. 43 I EGBGB) zu erwerben und zu verwerten. Dies zeigt sich bereits darin, dass der Vertreter der Kl., W. G., in seiner Anfrage mit Schreiben vom 21.7.1999 Interesse an dem Objekt ‚L.‘ bekundete und auf ein ihm von der Kl. übersandtes Exposé für dieses Objekt Bezug nahm. Im gesamten Schriftverkehr (Schreiben des Rechtsanwalts D. vom 4., 23., 25. und 27.8.1999, Schreiben des Rechtsanwalts C. vom 27.7.1999; Schreiben von W. G. vom 30.8.1999) werden einleitend nur das ‚Objekt L.‘ bzw. die Eigentümerin der Grundstücke genannt. Die gesicherte Forderung war für die Kl. nur insoweit von Bedeutung, als die Übertragung der auch nach französischem Recht akzessorischen Hypothek vom Erwerb der Darlehensforderung abhängig war. Bereits der im Vergleich zur ursprünglichen Darlehensforderung von 8 Mio. DM ins Auge gefasste sehr niedrige Kaufpreis von 1 400 000 FF zeigt, dass die Forderung gegen die luxemburgische Gesellschaft A. nach der Vorstellung der Parteien kaum werthaltig war. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Bonität der Forderung selbst für die Kl. keine Rolle gespielt hat.

Der Erwerb der Hypothek hätte die Kl. zudem in die Lage versetzt, die Grundstücke in L. kostengünstig zu ersteigern. In diesem Fall hätte die Kl. wirtschaftlich für den Erwerb der Grundstücke lediglich den Kaufpreis für die Darlehensforderung sowie die Kosten für die Versteigerung aufwenden müssen, da ein von ihr in der Zwangsversteigerung gezahlter Betrag umgehend wieder an sie, die Kl., in ihrer Eigenschaft als Hypothekengläubigerin zurückgefließen wäre. Hinzu kommt, dass die Verhandlungen zeitlich kurz vor dem auf den 3.9.1999 anberaumten Termin zur Versteigerung der Grundstücke stattfanden und nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien vor dem Versteigerungstermin ein bindender Vertrag abgeschlossen und beurkundet werden sollte. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, war es für die Parteien ‚zwingend nötig‘, vor Durchführung der Versteigerung zu einem Abschluss zu kommen.

Damit lag der Schwerpunkt des geplanten Geschäfts auf dem Erwerb der Hypothek, der sich nach französischem Recht vollzieht. Dies hat das Berufungsgericht bei der Prüfung der nach Art. 28 V EGBGB maßgeblichen Gesamtheit der Umstände unberücksichtigt gelassen. Das begründet auch dann einen in der Revision nachprüfbaren Rechtsfehler, wenn man unterstellt, dass es sich bei der gebotenen Gesamtabwägung um eine tatrichterliche Entscheidung handelt. Denn auch dann unterliegt es revisionsrechtlicher Nachprüfung, ob das Gericht alle Umstände berücksichtigt hat, welche für die Bestimmung der engsten Verbindung von Bedeutung sein können (vgl. zu dem vor Inkrafttreten des IPRG geltenden Recht BGH, Ur. vom 9.10.1986 – II ZR 241/85, NJW 1987, 1141¹ unter I; BGHZ 44, 183, 186⁶). Dass – wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat – Art. 28 III EGBGB hier nicht unmittelbar anwendbar ist, weil der beabsichtigte Verpflichtungsvertrag nicht ein dingliches Recht an einem Grundstück, sondern eine hypothekarisch gesicherte

⁶ IPRspr. 1964–1965 Nr. 49.

Forderung zum Gegenstand haben sollte, rechtfertigt nicht den von ihm gezogenen Umkehrschluss, das Statut der Hypothek habe bei der Bestimmung des Forderungskaufstatuts gänzlich außer Betracht zu bleiben. Die Revision rügt zu Recht, Art. 28 III EGBGB lasse sich keine Sperrwirkung in dem Sinne entnehmen, dass der Kauf der hypothekarisch gesicherten Forderung zwangsläufig einem anderen Statut unterworfen sein müsse als die Hypothek. Vielmehr spricht der Rechtsgedanke des Art. 28 III EGBGB dafür, die Belegenheit der Hypothek, auf deren Erwerb es der Kl. bei dem Forderungskauf entscheidend ankam, im Rahmen von Art. 28 V EGBGB als einen gewichtigen Umstand für eine Verbindung des Vertrags bzw. der Vertragsverhandlungen mit Frankreich heranzuziehen. Damit wird ebenso wenig wie im unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 28 III EGBGB sachwidrig die Regelung des Art. 43 I EGBGB auf den Schuldvertrag erstreckt noch Art. 28 III EGBGB missachtet.

(2) Anders als bei der unmittelbaren Geltung von Art. 28 III EGBGB genügt allerdings die Belegenheit der Hypothek für sich genommen noch nicht, um die Anwendbarkeit französischen Rechts zu begründen. Für eine enge Verbindung zu diesem Recht ist jedoch der weitere Umstand heranzuziehen, dass eine Beurkundung des Vertrags bei einem französischen Notar beabsichtigt war. Wird ein Vertrag unter Einschaltung amtlicher Stellen beurkundet, ist darin ein Hinweis auf das Recht am Ort der amtlichen Handlung zu sehen (*Staudinger-Magnus* Rz. 47; *Reithmann-Martiny* Rz. 141 m.w.N.). Dies gilt auch dann, wenn die Beurkundung im vorliegenden Fall – so die Kl. – nur deklaratorischen Charakter haben sollte. Auch weist der letztlich von der Bkl. direkt nach der gescheiterten Beurkundung abgeschlossene Vertrag mit dem holländischen Staatsangehörigen H. Bezüge zum französischen Recht auf; so ist dort von einer Abtretungsanzeige des Zessionars an den Schuldner gemäß Art. 1690 Cc (vgl. dazu *Bette*, WM 1997, 797, 800; *Einsele*, ZVerglRW 1991, 1, 5) die Rede. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Vertrag zwischen den Parteien in französischer Sprache beurkundet werden sollte, der Kaufpreis in französischer Währung angegeben war und auf beiden Seiten französische Anwälte beteiligt waren (vgl. zum letzten Kriterium Senat, Urt. vom 19.1.2000 – VIII ZR 275/98, JZ 2000, 1115² unter I bis II 2 a dd). Auch diese Umstände hat das Berufungsgericht nicht ausreichend gewürdigt.

(3) Gegenüber dieser Häufung der auf die Anwendbarkeit französischen Rechts hindeutenden Umstände bleiben auf andere Rechtsordnungen weisende Anknüpfungstatsachen wie der Sitz der Kl. auf den Philippinen und der Umstand, dass die Darlehensschuldnerin eine Gesellschaft luxemburgischen Rechtes war, singuläre Aspekte von geringem Gewicht. Nach Deutschland weist neben dem Sitz der Bkl. zwar die Tatsache, dass die durch die Hypothek gesicherte und abzutretende Darlehensforderung deutschem Recht unterlag und sich deshalb die Voraussetzungen und die Wirkung ihrer Abtretung gemäß Art. 33 II EGBGB zwingend nach deutschem Recht richteten (siehe oben unter II 2). Beide Umstände haben den Verlauf der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien jedoch anders als die genannten Anknüpfungspunkte in Frankreich nicht entscheidend geprägt, weil es der Kl. von Anfang an im Wesentlichen auf die Hypothek ankam. Im Ergebnis überwiegen deshalb die Indizien, die für eine engere Verbindung der Vertragsverhandlungen mit dem französischen Recht nach Art. 28 V EGBGB sprechen, gegenüber den sons-

tigen Umständen so eindeutig, dass die Anwendbarkeit der Vermutungsregel des Art. 28 II EGBGB ausgeschlossen ist. Diese nach Art. 28 V EGBGB zu treffende Gesamtwürdigung kann der Senat – auch wenn sie als Tatfrage zu werten sein sollte – selbst vornehmen, da weitere Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind.“

28. *Ein Vertrag über eine stille Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft (hier: einer auf den British Virgin Islands registrierten Limited) ist einer Rechtswahl gemäß Art. 27 EGBGB zugänglich, die sich stillschweigend daraus ergeben kann, dass der formularmäßige Gesellschaftsvertrag in deutscher Sprache abgefasst ist, einen deutschen Gerichtsstand vorsieht, den Begriff der stillen Gesellschaft sowie sonstige Begriffe des deutschen Gesellschaftsrechts verwendet und die Parteien sich im Prozess ausschließlich auf Vorschriften des deutschen Rechts berufen haben. Die Bereichsausnahme für Fragen des Gesellschaftsrechts gemäß Art. 37 I Nr. 2 EGBGB gilt für stille Gesellschaften als nur interne Beteiligungen an einem Unternehmen nicht.*

BGH, Urt. vom 13.9.2004 – II ZR 276/02: NJW 2004, 3706; RIW 2004, 935; WM 2004, 2150; VersR 2005, 1390; VersR 2005, 1390; ZIP 2005, 2095; BB 2004, 2432; DB 2004, 2418; Die AG 2005, 39; DStR 2004, 1930; VuR 2004, 453; ZBB 2004, 510. Leitsatz in: EWiR 2006, 3 mit Anm. *Livonius*; LMK 2006, 219 mit Anm. *Haas*.

Die Kl. begehrt Erstattung der Einlagen und Schadensersatz aus stillen Beteiligungen an der Bekl. zu 1), einer auf den British Virgin Islands registrierten Gesellschaft (Ltd.).

Die Bekl. zu 1) sammelte vornehmlich in Deutschland Anlegerkapital, um es auf asiatischen Finanzmärkten zu investieren. Nach dem in ihrem Prospekt abgedruckten Formularvertrag beteiligten sich die jeweiligen Anleger für mindestens drei Jahre als stille Gesellschafter am Unternehmenszweck der Bekl. zu 1) unter Ausschluss einer Nachschusspflicht und einer Haftung für deren Verbindlichkeiten. Gemäß § 17 Nr. 3 ist als Gerichtsstand der Wohnsitz des stillen Gesellschafters vereinbart. Gemäß den anschließenden „Treuhandvereinbarungen“ hatte ein deutscher Rechtsanwalt die Anlegergelder für die Bekl. zu 1) entgegenzunehmen und sie an die L. Ltd. in Hongkong zu überweisen, welche die Gelder bis zu ihrer Verwendung durch die Bekl. zu 1) auf einem verzinsten Konto halten sollte.

Die Kl. zeichnete im Mai und August 1997 in mehreren Tranchen stille Beteiligungen an der Bekl. zu 1). Die Beitrittsformulare der Bekl. zu 1) sahen eine einwöchige Widerrufsmöglichkeit gegenüber dem „Informationsbüro Europa“ der Bekl. zu 1) in Hamburg vor, dessen Leiter der Bekl. zu 3) war. Er war als „Generalmanager“ der Bekl. zu 1) für den Vertrieb der stillen Beteiligungen in Deutschland zuständig.

In der Folgezeit verlor der von der Bekl. zu 1) verwaltete Investitionspool massiv an Wert, was die Kl. und ihre Ehemann erstmals aus der im Laufe des Jahres 1998 erhaltenen Abrechnung für das Jahr 1997 erfuhren. Mit Schreiben vom 13.7.2000 fochten sie ihren Beitritt an. Ihre hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung wurde von der Bekl. zu 1) zum 31.12.2000 akzeptiert.

Nachdem die Bekl. zu 1) auf die Erhebung der Klage hin am 31.3.2001 ein Abfindungsguthaben von 33 181,37 DM ausgezahlt hatte, hat die Kl. den Rechtsstreit in dieser Höhe einseitig für erledigt erklärt. Das LG hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Kl. hatte gegenüber der Bekl. zu 1) Erfolg. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. zu 1) – erfolglos – die Wiederherstellung des LG-Urteils.

Aus den Gründen:

„I. Sachurteilshindernisse gegenüber der Bekl. zu 1) bestehen nicht.

1. Die – auch nach der Neufassung des § 545 II ZPO von Amts wegen zu prüfende (BGHZ 153, 82, 84 f.¹; BGH, Urt. vom 27.5.2003 – IX ZR 203/02, ZIP 2003, 1419 f.²) – internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist gegeben und folgt schon, wie auch das Berufungsgericht zutreffend annimmt, aus der

¹ IPRspr. 2002 Nr. 157.

² IPRspr. 2003 Nr. 217.