

Verfahrensgang

KG, Urt. vom 17.02.2005 – 12 U 169/03, [IPRspr 2005-13a](#)
BGH, Urt. vom 13.12.2005 – XI ZR 82/05, [IPRspr 2005-13b](#)

Rechtsgebiete

Vertragliche Schuldverhältnisse → Allgemeines Vertragsrecht

Rechtsnormen

Brüssel-1. Prot **Art. 2**
EGBGB **Art. 27**; EGBGB **Art. 27 ff.**; EGBGB **Art. 28**; EGBGB **Art. 29**; EGBGB **Art. 29a**; EGBGB **Art. 34**;
EGBGB **Art. 35**; EGBGB **Art. 36**
EGV-Amsterdam **Art. 234**
EVÜ **Art. 5**; EVÜ **Art. 17**
IPRG (Schweiz) **Art. 120**
OR (Schweiz) **Art. 18**
Verbraucherkredit-RL 87/102/EWG **Art. 2**
ZPO **§ 293**

Fundstellen

LS und Gründe

BGHZ, 165, 248
EuZW, 2006, 285
IPRax, 2006, 272
JR, 2006, 511, mit Anm. *Looschelders*
JZ, 2006, 673, mit Anm. *Tamm*
NJW, 2006, 762
RIW, 2006, 389
VersR, 2006, 1549
WM, 2006, 373
WuB, 2006, mit Anm. *Welter*, IV B. Art. 29 EGBGB Nr. 1.06
ZIP, 2006, 1016

nur Leitsatz

EWiR, 2006, 335, mit Anm. *Freitag*
LMK, 2006, 69, mit Anm. *Schinkels*
VuR, 2006, 167
ZBB, 2006, 150

Aufsatz

Pfeiffer, IPRax, 2006, 238 A
Weller, NJW, 2006, 1247 A

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2005-13b>

Lizenz

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



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

sengesetznovelle 1989 nicht mehr festzuhalten (Senat, BGHZ 138, 331, 336 ff.)⁸. Die §§ 53 ff. BörsG a.F. sind durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.6.2002 (BGBl. I 2010) zum 1.7.2002, d.h. zwischen dem Abschluss des Vertrags der Parteien und dem erstinstanzlichen Urteil im vorliegenden Rechtsstreit, aufgehoben worden. Maßgeblich ist zwar, anders als bei der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils (Senat, BGHZ 138, 331, 335)⁸, nicht der Zeitpunkt der Entscheidung, sondern der der Vornahme des Rechtsgeschäfts (BGHZ 147, 178, 187)⁹. Der Gesetzgeber hat aber bereits vor dem Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes die Termingeschäftsfähigkeit kraft Aufklärung gemäß § 53 II BörsG a.F. als ‚Fremdkörper‘ im deutschen Rechtssystem angesehen (Begr. RegE 4. FMFG, BT-Drucks. 14/8017 S. 95). Angesichts dieser Bewertung und der deshalb erfolgten Aufhebung der §§ 53 ff. BörsG a.F. kann der Termin- und Differenzeinwand bereits für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses im April 1997 nicht mehr als Teil des nationalen ordre public angesehen werden.

3. Sollten die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts die uneingeschränkte Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ergeben, wird das Berufungsgericht Feststellungen zu dessen Inhalt zu treffen und ferner deliktische Ansprüche zu prüfen haben.“

13. *Nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 29 EGBGB ist dessen Anwendung auf die genannten Vertragstypen beschränkt und eine Analogie insoweit nicht zulässig.*

Zwingende Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB sind Bestimmungen, die beanspruchen, einen Sachverhalt mit Auslandsberührung ohne Rücksicht auf das jeweilige Vertragsstatut zu regeln. Diese Voraussetzung erfüllen nur Vorschriften, die nicht nur dem Schutz und Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien und damit reinen Individualbelangen dienen, sondern daneben zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgen.

Das deutsche Verbraucherkreditgesetz vom 17.12.1990 (BGBl. I 2840) zählt danach nicht zu den zwingenden Vorschriften des Art. 34 EGBGB, da es dem Schutz des einzelnen Verbrauchers dient, während Belange der Allgemeinheit nur reflexartig mitgeschützt werden.

a) KG, Urt. vom 17.2.2005 – 12 U 169/03: Leitsatz in VuR 2005, 276.

b) BGH, Urt. vom 13.12.2005 – XI ZR 82/05: BGHZ 165, 248; NJW 2006, 762, 1247 Aufsatz Weller; RIW 2006, 389; WM 2006, 373; IPRax 2006, 272, 238 Aufsatz Pfeiffer; VersR 2006, 1549; ZIP 2006, 1016; EuZW 2006, 285; JR 2006, 511 mit Anm. Looschelders; JZ 2006, 673 mit Anm. Tamm; WuB IV B. Art. 29 EGBGB Nr. 1.06 mit Anm. Welter. Leitsatz in: EWiR 2006, 335 mit Anm. Freitag; LMK 2006, 69 mit Anm. Schinkels; VuR 2006, 167; ZBB 2006, 150.

Die Kl., eine in der Schweiz ansässige Bank, nimmt den Bekl. auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch.

Der Bekl., ein in Deutschland lebender Steuerberater, nahm, vermittelt durch die S. OHG bzw. die U. GmbH, mit Vertrag vom 1.2.1991 bei der Kl. einen Kredit über 101 466 CHF (117 778 DM) zu 7,125% Zinsen „während der ersten Laufzeit des Kredits“ bei einer Auszahlung von 90% auf, um ein seinerseits der Wohnungsbau-... W. (heute: I.) gewährtes Darlehen (sog. Berlin-Darlehen) über 100 000 DM zu finanzieren.

⁸ IPRspr. 1998 Nr. 185.

⁹ IPRspr. 2001 Nr. 5.

Gleichzeitig schloss der Bekl. eine Kapitallebensversicherung ab und trat seine Ansprüche daraus sowie aus dem Berlin-Darlehen sicherungshalber an die Kl. ab. In dem formularmäßigen Kreditvertrag heisst es u.a.:

„3. Die Kreditlaufzeit beträgt zehn Jahre ab Auszahlungsdatum, d.h. bis zum 31.12.2000 ...

8.1 Sofern vor Ablauf der Vertragsdauer nicht schriftlich eine Verlängerung dieses Vertrages oder ein neuer Vertrag abgeschlossen wird, wird der Kredit bei Fälligkeit (gemäß Nr. 3 Kreditlaufzeit) ohne weitere Kündigung in einem Betrag zum Nominalwert von 100% zur Rückzahlung fällig ...

9.1 Die Bank erklärt sich bereit, den Kredit nach dessen Ablauf um eine weitere Periode von bis zu fünf Jahren zu verlängern ...

9.2 ... Die Bank behält sich zum Zeitpunkt der Verlängerung des Kredits allfällige Änderungen des Vertrages (insbesondere der Zinskonditionen) vor ...

14. Dieser Vertrag unterliegt schweizerischem Recht ...“

Am 19.12.2000 bot die Kl. dem Bekl. unter Hinweis auf die unmittelbar bevorstehende Fälligkeit des Darlehens eine Vertragsverlängerung zu einem Zinssatz von 8,7% p.a. bei sonst unveränderten Kreditkonditionen für fünf Jahre an und verlangte gleichzeitig die Zahlung rückständiger Zinsen in Höhe von 1 454,90 CHF. Nachdem die Kl. ihn in der Folgezeit wiederholt ergebnislos an die Unterzeichnung ihres Angebots erinnert hatte und trotz mehrerer Mahnungen weitere Zinsrückstände aufgelaufen waren, kündigte sie im September 2001 das Darlehen und verwertete anschließend die sicherungshalber abgetretene Kapitallebensversicherung.

Das LG hat der Klage unter Berücksichtigung von Zahlungen der I. auf das Darlehenskonto und des Verwertungserlöses aus der Kapitallebensversicherung in Höhe von 107 096,54 CHF abzüglich am 18.11.2002 gezahlter 29 547,81 CHF zzgl. Zinsen und Mahnkosten stattgegeben sowie die auf Ersatz des durch die vorzeitige Kündigung der Kapitallebensversicherung entstandenen Schadens gerichtete Feststellungswiderklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage unter Berücksichtigung von Beträgen, die die Kl. aus dem an sie abgetretenen Berlin-Darlehen erhalten hat, in Höhe von 19 556,19 CHF nebst Zinsen stattgegeben, in Höhe von 28 325,56 CHF die Erledigung der Hauptsache festgestellt und die erweiterte Widerklage abgewiesen. Mit der – vom Berufungsgericht – zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. ohne Erfolg seine Klageabweisungs- und Widerklageanträge weiter.

Aus den Gründen:

a) *KG 17.2.2005 – 12 U 169/03*:

„II. Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache aus den im Ergebnis zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung keinen Erfolg.

Nach § 513 I ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Beides ist nicht der Fall.

A. Zu Recht hat das LG den Rechtsstreit unter Anwendung Schweizer Rechts entschieden. Die von den Parteien in Nr. 14 des Kreditvertrags ausdrücklich vereinbarte Geltung schweizerischen Rechts ist wirksam; Art. 29, 34 EGBGB stehen dem nicht entgegen, eine Rückverweisung gemäß Art. 120 des Schweizer Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (BBl. 1988 I 5; nachfolgend Schweizer IPR-Gesetz) liegt nicht vor.

1) Im Ergebnis zutreffend geht das LG auch davon aus, dass die Anwendung deutschen Rechts nicht aus Art. 29 oder 34 EGBGB folgt.

a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 29 EGBGB sind nicht gegeben.

aa) Kredit- oder Darlehensverträge fallen nur dann unter diese Vorschrift, wenn sie zur Finanzierung eines Warenlieferungs- oder Dienstleistungsvertrags dienen. Zwischen dem Liefer- oder Dienstleistungsvertrag und dem Finanzierungsvertrag muss damit eine Zweckbindung wie etwa bei Kredit- oder Teilzahlungskauf bestehen. Erforderlich ist also, dass der Verbraucher Empfänger einer Warenlieferung oder einer Dienstleistung ist und der Kredit den Zweck der Finanzierung der vom Verbraucher hierfür zu erbringenden Gegenleistung hat. Kreditverträge, die eine

vom Verbraucher selbst zu erbringende Dienstleistung finanzieren, fallen dagegen nicht unter Art. 29 EGBGB. Dies ergibt sich zum einen aus dem eindeutigen Wortlaut von Art. 29 I EGBGB (‘... des Berechtigten ...’) und Art. 29 IV Nr. 2 EGBGB (‘die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen’), zum anderen aus dem Schutzzweck der Norm, die dem Schutz des Verbrauchers in seiner Eigenschaft als Abnehmer (Konsument) von Warenlieferungen und Dienstleistungen dient und nicht dem Schutz von Anbietern.

bb) Der streitgegenständliche Kredit diene nicht der Finanzierung einer Warenlieferung oder einer Dienstleistung, deren Empfänger der Bekl. war.

Es kann dahinstehen, ob der Vertrag über eine Lebensversicherung dem Dienstleistungsbegriff des Art. 29 EGBGB unterfällt. Entgegen dem Vortrag des Bekl. diene die Kreditaufnahme ... gerade nicht der Finanzierung der Lebensversicherung. Vielmehr sollte die Einzahlung bei der Lebensversicherung in Höhe von 25 973 DM aus der vom Bekl. zu leistenden ‚sofortigen Scheckübergabe auf das Abwicklungskonto‘ in Höhe von 25 973 DM und damit nicht aus dem Darlehen erfolgen. Folgerichtig wird der Bekl. von der U. GmbH mit Schreiben vom 7.12.1990 aufgefordert, der Rücksendung der Unterlagen einen ‚V-Scheck über DM 25 973‘ beizufügen.

Dahinstehen kann auch, ob der vom Bekl. der W. gewährte Kredit dem Dienstleistungsbegriff des Art. 29 EGBGB unterfällt. Zwar diene der von der Kl. gewährte Kredit der Finanzierung des der W. gewährten Darlehens, es handelt sich aber bei dem letztgenannten Geschäft nicht um eine dem Bekl. geschuldete Dienstleistung. Vielmehr wurde diese Dienstleistung vom Bekl. selbst erbracht. Ein solches Geschäft unterfällt aber, wie oben dargelegt, nicht Art. 29 EGBGB.

Soweit die Kl. bei der Abwicklung des streitgegenständlichen Geschäfts Dienstleistungen in Form von Geschäftsbesorgungen zu erbringen hatte, handelt es sich lediglich um untergeordnete Nebenleistungen, die nicht Art. 29 EGBGB unterfallen (BGHZ 135, 124)¹.

Der Bekl. hat auch nicht dadurch eine ‚Dienstleistung‘ der Kl. erhalten, dass er die Verträge als ‚Anlagemodell‘ im ‚Paket‘ durch Vermittlung der U. GmbH oder einer oHG in H. geschlossen hat.

cc) Auch eine entsprechende Anwendung des Art. 29 I EGBGB auf den vorliegenden Fall scheidet aus, da der Gesetzgeber keine umfassende kollisionsrechtliche Schutznorm beabsichtigt hat (vgl. BGH aaO).

b) Auch die Voraussetzungen des Art. 34 EGBGB liegen bezogen auf die Regelungen des VerbrKrG nicht vor.

aa) Nach Art. 34 EGBGB bleibt die Anwendung von Bestimmungen des deutschen Rechts, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln, unberührt. Art. 34 EGBGB regelt die Beachtlichkeit zwingender, das Vertragsstatut verdrängender Eingriffsnormen. Er erfasst nur solche Normen, die nicht der Parteidisposition unterliegen und die unabhängig vom an sich anwendbaren Recht Geltung beanspruchen. (Sonderanknüpfung zwingender Vorschriften des deutschen Rechts mit wirtschafts- oder sozialpolitischem Gehalt, die auch international zwingend sind (*Staudinger-Magnus*, BGB, 13. Bearb., 2002, Art. 34 EGBGB Rz. 3)).

¹ IPRspr. 1997 Nr. 34.

bb) Nach deutschem Recht wäre zwar der sachliche Anwendungsbereich des VerbrKrG nach § 1 eröffnet.

Die Kl. handelte in ihrer Eigenschaft als Bank im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit und gewährte dem Bekl. durch das Refinanzierungsdarlehen einen Kredit. Der Bekl. handelte als natürliche Person. Der Kredit war nach dem Inhalt des Vertrags nicht für seine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige Tätigkeit bestimmt, denn unstreitig diente der Kredit der privaten Geldanlage des Bekl. (Kredit an die W. mit Steuerersparnis).

Die Kreditgewährung fällt trotz ihres Charakters als Teil eines ‚Steuersparmodells‘ in den Schutzbereich des § 1 VerbrKrG. Nach Ansicht des BGH rechtfertigt die Absicht, mit einem finanziellen Geschäft steuerliche Vorteile erlangen zu wollen, keine Einschränkung der Rechte aus dem VerbrKrG (BGH, NJW 1996, 3414, 1416). Auch nach der Kommentarliteratur fallen Kredite zum Zweck der privaten Vermögensanlage, unabhängig von der Höhe des Kreditbetrags, in den Schutzbereich des § 1 VerbrKrG (vgl. z.B. MünchKomm-Ulmer, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG Rz. 23).

Der Darlehensvertrag fällt auch zeitlich gesehen in den Anwendungsbereich des VerbrKrG, welches zum 1.1.1991 in Kraft getreten ist. Nur für Kreditverträge, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossen worden sind, gilt auch für die Zeit nach dem 1.1.1991 das bisherige Recht fort (Staudinger-Wulf, BGB, 2001, Einl zum VerbrKrG Rz. 36). Abgeschlossen in dem genannten Sinne ist ein Kreditvertrag, wenn er nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften noch vor dem Stichtag zustande gekommen ist (aaO). Der streitgegenständliche Darlehensvertrag kam erst nach dem 1.1.1991 zustande. Ausweislich der Vertragsurkunde leistete die Kl. ihre Unterschrift erst am 1.2.1991. Laut Nr. 15.1 des Vertrags ging die Kl. auch davon aus, dass der Vertrag vor der Unterzeichnung durch beide Parteien nicht zustande kommt.

Auch der nach BGHZ 135, 124 ff.¹ für eine Anwendung des Art. 34 EGBGB erforderliche Inlandsbezug im Sinne von Art. 29 I Nr. 1 EGBGB ist gegeben. Denn unstreitig ging dem Vertragsschluss eine Werbung des Vermittlers U. C. in H., Deutschland, voraus und ausweislich der Vertragsurkunde leistete der Bekl. seine Unterschrift unter den Vertrag in B.

cc) Nach Auffassung des Senats handelt es sich bei den Vorschriften des VerbrKrG jedoch nicht um Vorschriften, die international zwingend sind, denn Rechtswahl, Auslandsbezug und Respekt vor fremdem Recht müssen hier nicht hinter eigenen staatlichen Interessen zurücktreten, zumal Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz den Bedürfnissen des Verbraucherschutzes Rechnung trägt. Auch systematische Gründe sprechen gegen die Anwendung des Art. 34 EGBGB auf Verbraucherkreditverträge, die von Art. 29 EGBGB nicht erfasst werden.

Ob die Regelungen des VerbrKrG zwingend im Sinne von Art. 34 EGBGB sind, ist umstritten (zum Meinungsstand vgl. Felke, RIW 2001, 30, 32 ff.). Der BGH hat dazu bislang nicht entschieden; die zum Haustürwiderrufsgesetz ergangenen Entscheidungen (vgl. BGHZ 123, 380²; 135, 124¹; BGH, ZIP 1999, 103) beantworten die Frage nicht. Der Senat schließt sich der vorherrschenden Auffassung, die insbesondere das BAG (SAE, 1997, 31, 34³; BAGE 63, 17, 31 f.⁴; BAGE 71, 297, 316 ff.⁵) in

² IPRspr. 1993 Nr. 37.

³ IPRspr. 1995 Nr. 57.

⁴ IPRspr. 1989 Nr. 72.

⁵ IPRspr. 1992 Nr. 69b.

st. Rspr. vertritt, an. Hiernach ist für den international zwingenden Charakter einer Norm entscheidend, dass der Zweck der Vorschrift ‚sich nicht im Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien erschöpft, sondern auch auf öffentliche Interessen gerichtet ist‘ (BAG aaO; *Staudinger-Magnus* Rz. 57 m.w.N.). Diese Auffassung kann sich auf die Gesetzesmaterialien stützen (*Staudinger-Magnus* aaO).

Die Grenzlinie zwischen intern und international zwingenden Normen ist mithin grundsätzlich danach zu ziehen, ob eine Vorschrift aus Gemeinwohlinteressen unabhängig vom an sich maßgeblichen Recht gelten soll. Im System des Kollisionsrechts stellt die Beachtung solcher Normen allerdings stets die Ausnahme dar. Von Art. 34 EGBGB ist deshalb nur sparsam Gebrauch zu machen (*Staudinger-Magnus* Rz. 69).

Für den Bereich des zwingenden deutschen Verbraucherschutzes folgt daraus, dass er im Allgemeinen keinen international zwingenden Charakter hat. Die Verbraucherschutzvorschriften wollen primär die individuellen Interessen des Verbrauchers wahren. Darüber hinausgehende Gemeinwohlinteressen verfolgen sie allenfalls in einer unspezifischen, nicht im Vordergrund des Regelungszwecks stehenden Weise. Außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 29 EGBGB treten die zwingenden Vorschriften des deutschen Verbraucherschutzes deshalb zurück, wenn – wie vorliegend – fremdes Vertragsstatut gilt (vgl. *Staudinger-Magnus* Rz. 71). Die Subsumtion des VerbrKrG unter Art. 34 EGBGB ist weder vom Wortlaut noch von der Systematik des EGBGB gedeckt (*Felke* aaO 30, 35 f.); insbesondere darf die Anwendung von Art. 34 EGBGB nicht dazu führen, die Grenzen des Art. 29 EGBGB zu umgehen, zumal die Anwendung von Art. 34 EGBGB im Einzelfall zu einem geringeren Verbraucherschutz führen kann, da danach an zwingend deutsches Recht auch dann anzuknüpfen ist, wenn das fremde Recht für den Verbraucher günstiger ist.

Zu bedenken ist auch, dass der Gesetzgeber den Erlass des – auf der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit vom 22.6.1986 (87/102/EWG; ABl. EG Nr. L 42/48) und der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz vom 20.5.1997 (97/7/EG; ABl. EG Nr. L 144) – beruhenden VerbrKrG nicht zum Anlass genommen hat, Art. 29 EGBGB auf Verbraucherkredite auszuweiten; eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Art. 29, 34 EGBGB auf Verbraucherkredite ist daher dem Gesetzgeber vorbehalten.

2) Im Ergebnis zutreffend geht das LG auch davon aus, dass die Anwendung deutschen Rechts nicht aus Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz folgt. Es kann deshalb offen bleiben, ob eine Anwendung von Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz auf den vorliegenden Fall trotz Art. 35 I bzw. Art. 4 II EGBGB überhaupt in Betracht kommt, weil es sich um eine ‚Eingriffsnorm‘ des fremden Kollisionsrechts handelt (vgl. dazu *Palandt-Heldrich*, BGB, 64. Aufl., Art. 34 EGBGB Rz. 6).

Soweit das LG allerdings meint, die Unanwendbarkeit von Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz ergebe sich bereits daraus, dass ‚diese Konsumentenschutzklausel erst durch das Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8.10.1993 (BBl. III 788; nachfolgend KKG) in das IPR-Gesetz aufgenommen‘ worden sei, kann der Senat dem nicht folgen.

Zutreffend ist zwar, dass das KKG erst 1993 in Kraft getreten ist. Nicht erkennbar ist jedoch, warum auch Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz erst 1993 in Kraft getre-

ten sein soll. Das Schweizer IPR-Gesetz ist vielmehr zum 1.1.1989 und damit vor Abschluss des streitgegenständlichen Darlehensvertrags vom 1.2.1991 in Kraft getreten. Im Jahre 1993 wurden lediglich die Art. 130 und 139 Schweizer IPR-Gesetz geändert. Die Geltung des seit dem 1.1.1989 nicht geänderten Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz wurde hierdurch nicht tangiert.

Die Rechtswahl der Parteien scheitert aber schon deshalb nicht an Art. 120 II Schweizer IPR-Gesetz, weil dessen Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift ist für ‚Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen‘ eine Rechtswahl unter bestimmten Umständen ausgeschlossen.

Es kann hier dahinstehen, ob das von der Kl. dem Bekl. gewährte Darlehen für dessen persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt war und nicht im Zusammenhang mit dessen beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit stand. Es handelt sich jedenfalls nicht um einen ‚Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs‘.

a) Entgegen der vom Bekl. in seinem Schriftsatz vom 22.10.2004 vertretenen Ansicht liegt ein Konsumentenvertrag nicht bereits dann vor, wenn die Leistung für den persönlichen und oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt ist und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten steht.

Das nach Schweizer Recht wesentliche Kriterium für die Annahme eines Konsumentenvertrags ist entsprechend dem eindeutigen Wortlaut der Regelung vielmehr die ‚Üblichkeit des Verbrauchs‘ (vgl. *Girsberger-Keller-Kren Kostkiewicz*, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., 2004, Art. 120 Rz. 21; *Vischer*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., 2000, Rz. 724). Bei der Auslegung des Begriffs des ‚üblichen Verbrauchs‘ muss immer der Schutzzweck berücksichtigt werden (Zürcher Kommentar zum IPRG aaO). *Vischer* (Rz. 729) führt hierzu aus:

‚Für das schweizerische Recht ist im Auge zu behalten, dass sämtliche Verträge, die potentiell als Konsumentengeschäfte in Betracht kommen, unter dem allgemeinen Vorbehalt stehen, dass die vertragliche Leistung als noch dem üblichen Verbrauch dienend bezeichnet werden kann. Bei der Auslegung dieses Ausdrucks ist der Grundgedanke der Vorschrift zu berücksichtigen, dem Konsumenten Schutz zu gewähren beim Abschluss von Verträgen zur Deckung seiner Grundbedürfnisse. Der Vorbehalt des üblichen Verbrauchs ist dabei immer zusätzlich zu beachten. Eine Typisierung in dem Sinne, dass bestimmte Vertragstypen allgemein als Konsumentenverträge gelten, ist nicht zulässig. Innerhalb der einzelnen Typen ist vielmehr zu differenzieren. So ist etwa beim Kaufvertrag der Kauf von Luxusgütern wie teurem Schmuck, Pelzen oder Luxusautos vom Anwendungsbereich des Art. 120 IPR-Gesetz auszunehmen. Auch deren Finanzierung durch Kredite fällt nicht darunter.‘

Auch in Art. 22 des am 1.1.2001 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24.3.2000 (BBl. 1999 2829; nachfolgend GestG) verwendet der Schweizer Gesetzgeber den Begriff der ‚Leistungen des üblichen Verbrauchs‘. Die Beratungen zu Art. 22 GestG in den parlamentarischen Kommissionen zeigen, dass mit dem Kriterium der ‚Üblichkeit‘ eine Beschränkung auf Verträge über Gegenstände und Dienstleistungen des täglichen Gebrauchs gewollt war (vgl.

Müller-Blunschi, Gerichtsstandsgesetz, 2001, Art. 22 GestG Rz. 122). Die Übernahme des Begriffs ‚Leistungen des üblichen Verbrauchs‘ in Art. 22 GestG erfolgte dabei mit dem Ziel, dass die Definition des Konsumentenvertrags im schweizerischen Recht einheitlich erfolgen solle (*Spühler-Tenchio-Infanger-Brunner*, Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, 2001, Art. 22 GestG Rz. 4).

Bei der Auslegung von Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz ist deshalb – ebenso wie bei Art. 22 GestG – die Üblichkeit des mit dem Vertrag beabsichtigten Verbrauchs als eigenständige Anwendungsvoraussetzung immer zusätzlich zu den anderen Kriterien und selbständig zu prüfen. Auszugehen ist dabei vom Zweck der Regelung, den Konsumenten bei Streitigkeiten aus Verträgen zur Deckung der regelmäßigen Grundbedürfnisse zu schützen. Da es hierbei auf die konkrete Schutzbedürftigkeit nicht ankommt, ist im Interesse der Verkehrssicherheit für die Beurteilung der Üblichkeit auf die Verkehrsauffassung abzustellen (*Müller-Blunschi* Rz. 124). Damit fallen außerordentliche Geschäfte, die nicht regelmäßig getätigt werden, nicht in den Anwendungsbereich der Art. 120 Schweizer IPR-Gesetz und 22 GestG (*Müller-Blunschi* Rz. 125).

Eine generelle wertmäßige Schranke dessen, was noch als ‚üblich‘ gelten kann, lässt sich kaum definieren, es kommt jeweils auf das konkrete Geschäft an. Allerdings lässt sich für Finanzierungsverträge aus dem KKG eine Richtschnur ableiten. *Vischer* führt hierzu aus (Rz. 724):

‚Ansatzpunkt für eine beschränkte Erfassung von Kreditgeschäften durch Art. 120 IPRG ist ... der allgemeine Vorbehalt, dass die Leistung nicht über den üblichen Verbrauch hinausgehen darf. Bei Krediten dürfte diese Schranke analog zu Art. 6 I lit. f KKG bei Verträgen über Fr. 40 000 regelmäßig erreicht sein.‘

Auch in der Kommentierung zu Art. 22 GestG wird der Betrag von 40 000 CHF für den Höchstwert des Üblichen als Richtschnur herangezogen (*Müller-Blunschi* Rz. 127; vgl. auch SOG 1993, 34, wo ein Darlehensvertrag über 12 000 DM nicht als ‚Leistung des üblichen Verbrauchs‘ qualifiziert wurde).

b) Bei dem Streitgegenständlichen Darlehensvertrag handelt es sich nicht um einen Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs. Dies folgt zum einen aus der erheblichen Überschreitung der vorgenannten Wertgrenze von 40 000 CHF. Zum anderen dient der Darlehensvertrag nicht der ‚Deckung der regelmäßigen Grundbedürfnisse‘. Weder die Gewährung eines Darlehens an die W. noch der Wunsch, mit dem Geschäft Steuern zu sparen, gehört nach der Schweizer Verkehrsauffassung zu den regelmäßigen Grundbedürfnissen. Es kann dahinstehen, ob die Aufnahme eines Kredits zur Finanzierung einer Lebensversicherung zu den regelmäßigen Grundbedürfnissen gehört. Entgegen dem Vortrag des Bekl. diene die Kreditaufnahme ... gerade nicht der Finanzierung der Lebensversicherung. Vielmehr sollte die Einzahlung bei der Lebensversicherung in Höhe von 25 973 DM aus der vom Bekl. zu leistenden ‚sofortigen Scheckübergabe auf das Abwicklungskonto‘ in Höhe von 25 973 DM und damit nicht aus dem Darlehen erfolgen. Folgerichtig wird der Bekl. von der U. GmbH mit Schreiben vom 7.12.1990 aufgefordert, der Rücksendung der Unterlagen einen ‚V-Scheck über DM 25 973‘ beizufügen.

B. Das LG hat den Rechtsstreit auch unter Zugrundelegung des anwendbaren Schweizer Rechts auch in der Sache richtig entschieden. Auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung kann insoweit verwiesen werden. Im

Hinblick auf die Ausführungen des Bekl. im zweiten Rechtszug ist – wobei sich diese ganz überwiegend auf die Frage der Anwendbarkeit deutschen Rechts beziehen – ergänzend auf das Folgende hinzuweisen:

1. Da das Darlehen entsprechend dem eindeutigen Wortlaut der Vertragsurkunde bis zum 31.12.2000 befristet war, war der Bekl. ab 1.1.2001 gemäß Art. 312, 318 OR zur Rückerstattung der Darlehenssumme sowie zur Zahlung der für die Laufzeit des Kredits vertraglich vereinbarten Zinsen verpflichtet. Eine Kündigung des Vertrags war deshalb zu dessen Beendigung nicht erforderlich. Aus diesem Grunde kommt es auf die Frage, ob die ausgesprochene Kündigung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, nicht an. Die Einholung des vom Bekl. geforderten Gutachtens zu den Grundsätzen von Treu und Glauben nach Art. 2 Schweizer ZGB ist damit nicht angezeigt.

Für die Zeit ab 1.1.2001 ergibt sich die Zinszahlungspflicht des Bekl. in Höhe der geforderten 8,7% aus Verzug. Gemäß Art. 102 II OR befand sich der Bekl. auch ohne Mahnung seit dem 1.1.2001 in Verzug. Gemäß Art. 104 II OR schuldet der Bekl. Verzugszinsen in Höhe der vertraglich Vereinbarten 7,125%; gemäß Nr. 8.3 der vertraglichen Vereinbarung schuldete er einen Zuschlag von 2%. Der somit geschuldete Zinssatz von 9,125% liegt über den von der Kl. geforderten 8,7%.

Entgegen der Ansicht des Bekl. haben die Parteien den Darlehensvertrag nicht konkludent verlängert. Wie sich aus dem eindeutigen Inhalt des Schreibens der Kl. vom 19.12.2000 ergibt, wollte die Kl. nur unter der Bedingung fortsetzen, dass der Bekl. die bis Ende des Jahres 2000 aufgelaufenen Rückstände („Überschreitungen“) ausgleicht. Art. 314 I OR ist schon aus diesem Grund nicht einschlägig.

2. Entgegen der Ansicht des Bekl. ergibt sich eine längere Laufzeit nicht aus den unter Nr. 9 ‚Verlängerungs-Option‘ getroffenen vertraglichen Regelungen. Wollte man davon ausgehen, dass mit dieser vertraglichen Regelung dem Bekl. das Recht eingeräumt werden sollte, die Laufzeit des Vertrags durch einseitige Erklärung um fünf Jahre zu verlängern, dann fehlt es an einer Willenserklärung des Bekl., mit dem dieser sein Optionsrecht ausübt hat.

Allerdings spricht der Wortlaut dieser Regelung, insbesondere die ausdrücklich geregelten Vorbehalte und das Recht der Kl., die Zinskonditionen zu ändern, eher dagegen, dass dem Bekl. das Recht eingeräumt werden sollte, die Laufzeit des Vertrags durch einseitige Erklärung um fünf Jahre zu verlängern. Vielmehr ist diese vertragliche Regelung nach Art. 18 OR dahingehend auszulegen, dass die Kl. sich verpflichtet, dem Bekl. nach Ablauf der Bindungsfrist ein Verlängerungsangebot für weitere fünf Jahre mit einem marktüblichen Zinssatz anzubieten. Die Verlängerung des Darlehens sollte damit nicht durch eine einseitige Erklärung des Bekl. sondern durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien erfolgen (vgl. Art. 1 OR). Hieran fehlt es, da der Bekl. die diversen Angebote der Kl. mit einem Zinssatz von 8,7% nicht angenommen und diese das abweichende Angebot des Bekl. mit einem Zinssatz von 5,6% abgelehnt hat.

3. Entgegen der Ansicht des Bekl. ist der Kl. auch nicht vorzuwerfen, sie habe mit der Forderung von 8,7% gegen ihre Pflicht zur Unterbreitung eines Verlängerungsangebots zu marktüblichen Zinsen verstoßen. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Kl. setzt sich dieser Zinssatz zusammen aus 3,7% Refinanzierungskosten, 2% Kreditmasche und 3% Risikozuschlag. Dahinstehen kann, ob die Kl. generell berechtigt

war, von ihren Kunden für die Erneuerung von Berlin-Darlehen-Refinanzierungen einen Risikozuschlag von 3% zu fordern. Jedenfalls gegenüber dem Bekl. war sie hierzu berechtigt. Wie sich aus dem von der Kl. ... eingereichten Schreiben vom 19.12.2000 ergibt, war der Bekl. während der zehnjährigen Laufzeit des Darlehens trotz ‚diverser Mahnungen‘ seinen Zahlungsverpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachgekommen. Bereits dies rechtfertigt die Forderung eines Risikozuschlags in Höhe von drei Prozentpunkten.

4. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung kommt schon deshalb nicht in Betracht, da dem Bekl. ein Gegenrecht jedenfalls nach Verwertung der Lebensversicherung und Rückzahlung des Darlehens durch die Rechtsnachfolgerin der W. nicht zusteht. Die Sicherheiten, die dem Bekl. zurückgegeben werden könnten, sind durch Erfüllung erloschen.

5. Soweit sich der Bekl. der Erklärung der Erledigung der Hauptsache durch die Kl. nicht angeschlossen hat, war die Erledigung der Hauptsache festzustellen.

6. Zu Recht hat das LG auch die Widerklage abgewiesen. Da sich der Bekl. mit der Rückerstattung des Darlehensbetrags und der Zinszahlung in Verzug befand, war die Kl. gemäß Art. 891, 899 II ZGB zur Verwertung der Sicherheiten berechtigt. Sie ist dem Bekl. deshalb nicht zum Schadensersatz im Sinne des Feststellungsantrags verpflichtet. Im Umfang der Klageerweiterung war die Widerklage abzuweisen, da die vom Bekl. insoweit behauptete Überzahlung von Zinsen in Ermangelung der Anwendbarkeit des VerbrKrG nicht gegeben ist.

C. Die Revision war im Hinblick auf die Frage, ob die Vorschriften des VerbrKrG im Sinne von Art. 34 EGBGB ‚den Sachverhalt zwingend regeln‘, zuzulassen.“

b) BGH 13.12.2005 – XI ZR 82/05:

„I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Der Darlehensvertrag der Parteien unterliege aufgrund der Rechtswahlklausel in Nr. 14 der Geschäftsbedingungen schweizerischem Recht. Die Rechtswahl sei auch unter Berücksichtigung der Art. 29 und 34 EGBGB wirksam. Der von der Kl. gewährte Kredit gehöre nicht zu den in Art. 29 EGBGB genannten Vertragstypen. Nach dem Vertragsinhalt diene er nicht der Finanzierung einer Waren- oder Dienstleistung, deren Empfänger der Bekl. als Verbraucher gewesen sei. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift scheide aus, da der Gesetzgeber keine umfassende kollisionsrechtliche Schutznorm beabsichtigt habe. Das deutsche VerbrKrG sei auch nicht gemäß Art. 34 EGBGB anwendbar. Zwar falle die Kreditvergabe nach deutschem Recht in den Anwendungsbereich des VerbrKrG, auch sei der erforderliche Inlandsbezug wegen der im Inland erfolgten Kreditvermittlung gegeben. Die Regelungen des VerbrKrG seien aber nicht zwingend im Sinne des Art. 34 EGBGB, weil sie primär die individuellen Interessen des Verbrauchers schützten, während der auf internationaler Ebene maßgebliche Schutz der Gemeinwohlinteressen in den Hintergrund trete. Der in Art. 120 des Schweizer Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (BBl. 1988 I 5) normierte Rechtswahlausschluss komme schon deshalb nicht zum Tragen, weil es sich bei dem von den Parteien geschlossenen Darlehensvertrag nicht um einen solchen über Leistungen des ‚üblichen Verbrauchs‘ im Sinne dieser Vorschrift handele.

In der Sache habe das LG die Darlehensrückzahlungsforderung der Kl. unter Zugrundelegung des maßgebenden schweizerischen Rechts zu Recht für fällig erachtet und einen Schadensersatzanspruch des Bekl. wegen Verwertung der sicherungshalber übertragenen Kapitallebensversicherung verneint. Da der gewährte Kredit befristet und die zehnjährige Laufzeit verstrichen sei, komme es auf die Wirksamkeit der Kündigung nicht entscheidend an. Mangels Annahme eines Verlängerungsangebots der Kl. zum Zinssatz von 8,7% p.a. sei der Vertrag auch nicht in modifizierter Form fortgesetzt worden und der Sicherungsfall wegen des Zahlungsverzugs des Bekl. eingetreten. Sofern Nr. 9 der Geschäftsbedingungen dem Bekl. ein einseitiges Optionsrecht auf eine Vertragsverlängerung einräume, sei dieses nicht ausgeübt worden. Außerdem sei die Klausel nach Art. 18 OR dahin auszulegen, dass die Kl. sich lediglich zur Abgabe eines Verlängerungsangebots zum marktüblichen Zinssatz verpflichtet habe. Dieser Pflicht sei sie nachgekommen, da sie von dem säumigen Bekl. hinsichtlich der Zinsen einen Risikozuschlag von 3% habe fordern dürfen.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

1. Rechtsfehlerfrei ist die Ansicht des Berufungsgerichts, dass gegen die uneingeschränkte Wirksamkeit der formularmäßigen Rechtswahlklausel über die Geltung schweizerischen Rechts für den Darlehensvertrag der Parteien keine Bedenken bestehen. Art. 29, 34 EGBGB ändern daran nichts; eine Rückverweisung nach Art. 120 des Schweizer Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (BBl. 1988 I 5; nachfolgend IPR-Gesetz) kommt nicht in Betracht (Art. 35 EGBGB).

a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 29 EGBGB sind, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht gegeben.

aa) Der Begriff der ‚Erbringung von Dienstleistungen‘ im Sinne des Art. 29 I EGBGB ist zwar nach dessen Schutzzweck weit auszulegen. Er umfasst tätigkeitsbezogene Leistungen aufgrund von Dienst-, Werk-, Werklieferungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen (BGHZ 123, 380, 385¹; 135, 124, 130 f.²). Notwendig ist aber, dass die Leistung gegenüber dem Vertragsgegner als Verbraucher erbracht wird (Senat aaO; vgl. auch Art. 5 I des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (BGBl. 1986 II 809), der Art. 29 EGBGB zugrunde liegt). Das ist hier nicht der Fall.

(1) Vortrag, dass die Kl. im Rahmen des Darlehensvertrags vom 1.2.1991 für den Bekl. eine ‚Dienstleistung‘ gemäß Art. 29 EGBGB erbringen sollte, die nicht nur von untergeordneter Bedeutung ist (vgl. BGHZ 135, 124, 131²), fehlt. Der zwischen dem Bekl. und der W. geschlossene Vertrag über das so genannte Berlin-Darlehen, dessen Finanzierung der bei der Kl. aufgenommene Kredit diene, ist nicht auf eine tätigkeitsbezogene Leistung an den Bekl. als Verbraucher gerichtet. Die W. schuldet ihm lediglich die Rückzahlung des Berlin-Darlehens.

(2) Ein durch die Kreditvergabe der Kl. finanzierter Dienstleistungsvertrag im Sinne des Art. 29 I EGBGB liegt – anders als die Revision meint – auch nicht in der Vereinbarung zwischen dem Bekl. und dem Vermittler der Kapitalanlage. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser für seine Leistungen aus dem streitgegenständlichen Darlehen ganz oder teilweise entlohnt werden sollte. Dagegen spricht, dass die Kl. nach Nr. 5.2 des Kreditvertrags den gesamten Nettokreditbetrag direkt an die W. zu überweisen hatte.

¹ IPRspr. 1993 Nr. 37.

² IPRspr. 1997 Nr. 34.

(3) Das von der Kl. gewährte Darlehen ist nach dem Konzept der Initiatoren zwar fester Bestandteil des dem Berlin-Darlehen zugrunde liegenden steuersparenden Kapitalanlage- und Steuersparmodells. Dieser Umstand reicht aber – worauf das Berufungsgericht zu Recht hingewiesen hat – für sich genommen nicht aus, um die verschiedenen Einzelverträge nach dem maßgebenden Willen der Vertragsschließenden als eine einheitliche Dienstleistung im Sinne des Art. 29 I EGBGB anzusehen. Dass dabei wesentlicher Prozessstoff außer Acht gelassen wurde, vermag die Revision nicht aufzuzeigen.

bb) Auch eine entsprechende Anwendung des Art. 29 EGBGB kommt nicht in Betracht.

(1) Der BGH (BGHZ 135, 124, 133 ff.)² hat eine analoge Anwendung bereits für den Fall abgelehnt, dass weder das konkrete Rechtsgeschäft zu den in Art. 29 I EGBGB aufgeführten Vertragstypen gehört noch ein Inlandsbezug nach den Nrn. 1–3 vorliegt. Wie sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm ergibt, ist sie als Ausnahme von Art. 27, 28 EGBGB unabhängig von dem Inlandsbezug des konkreten Falls einer Analogie auf andere als die genannten Vertragstypen nicht zugänglich (MünchKomm-Martiny, 4. Aufl., Art. 29 EGBGB Rz. 14; *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, 2004, Einl. zu §§ 491 ff. Rz. 51; *Staudinger-Magnus*, BGB, 13. Bearb., Art. 29 EGBGB Rz. 28, 45; *Gößmann in Hellner-Steuer*, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 3/410; *v. Westphalen-Emmerich-v. Rottenburg*, VerbrKrG, 2. Aufl., Anh. § 1 Rz. 21; *Fischer* in Festschrift Großfeld, 1999, 277, 283 f.; *Backert*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Mosaik der Sonderanknüpfungen des deutschen internationalen Schuldvertragsrechts, 2000, 149 ff.; a.A. *Baumert*, Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht, 1994, 228; *Moritz*, WuB IV B. Art. 29 EGBGB Nr. 1.98).

(2) Zwar stand der Verbraucherschutz in Deutschland und in Europa bei Abschluss Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (BGBl. 1986 II 809; im Folgenden: Römisches Übereinkommen) sowie der Inkorporation in das EGBGB von 1986 noch am Anfang (vgl. *Fischer* aaO 280; *Moritz* aaO). Die detaillierte Aufzählung der einzelnen Vertragstypen in Art. 29 EGBGB zeigt aber, dass der Gesetzgeber die Rechtswahlfreiheit zum Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei nur in bestimmten Fallkonstellationen beschränken und damit eine Entscheidung gegen einen allumfassenden kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz treffen wollte (*Backert* aaO 152; *Staudinger/Kessal-Wulf* aaO). Nimmt man hinzu, dass die Verbraucherschutzregelung des Art. 5 I Römisches Übereinkommen anlässlich der Übereinkommen vom 18.5.1992 über den Beitritt von Spanien und Portugal sowie vom 29.11.1996 über den Beitritt von Österreich, Finnland und Schweden zu diesem Übereinkommen nicht geändert wurde, obwohl Österreich eine Erweiterung ihres Anwendungsbereichs vorgeschlagen hatte (Erläuternder Bericht zu dem Beitrittsübereinkommen 97/C 191/02, ABl. EG Nr. C 191/11 vom 23.6.1997), so deutet nichts auf eine für eine entsprechende Anwendung des Art. 29 EGBGB erforderliche Regelungslücke hin.

cc) Die von der Revision in diesem Zusammenhang angeregte, im Ermessen des Senats stehende Vorlage an den EuGH gemäß Art. 2 des Ersten Protokolls betreffend die Auslegung des am 19.6.1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (BGBl. 1995 II 916) ist nicht veranlasst. Da der Darlehensvertrag der Parteien vom 1.2.1991 bereits vor Inkrafttreten des Römischen Übereinkommens am 1.4.1991 (siehe Fundstellennachweis B zu BGBl. 2000 II 599) geschlossen wurde, unterliegt er – trotz des Gebots der einheitlichen Auslegung (Art. 36 EGBGB) – gemäß Art. 17 des Römischen Übereinkommens ausschließlich den Vorschriften des EGBGB.

b) Eine Anwendung des deutschen VerbrKrG ist entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus Art. 34 EGBGB herzuleiten.

aa) Dies ergibt sich allerdings nicht bereits aus einem generellen Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 34 EGBGB (so aber *Mankowski*, RIW 1993, 453, 460 ff.; *Ebke*, IPRax 1998, 263, 268 f.; *Junker*, IPRax 2000, 65, 71). Ein derartiger Vorrang ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn Art. 29 I EGBGB – wie hier – keine Anwendung findet und somit keine Ausschlusswirkung entfalten kann (BGHZ 135, 124, 135)².

bb) Indessen ist den Regelungen des deutschen VerbrKrG hier, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht der für Verträge mit Auslandsberührung notwendige zwingende Schutzcharakter beizumessen.

(1) Ob es sich bei dem deutschen VerbrKrG um zwingende Vorschriften im Sinne des Art. 34 EGBGB handelt, wird von einem Teil der Literatur verneint (MünchKomm-Martiny aaO Art. 34 EGBGB Rz. 112; MünchKomm-Sonnenberger, 4. Aufl., Einl. IPR Rz. 57, 62; *Bamberger-Roth-Spickhoff*, BGB, 2003, Art. 34 EGBGB Rz. 13, 22; *Kropholler*, IPR, 5. Aufl., 494; *Dausen-Kreuzer-Wagner*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, [Stand 2001], Rz. R 158; *Leible-Freitag*, Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, 167, 178 f.), von einem anderen bejaht (*Ermann-Hobloch*, BGB, 11. Aufl., Art. 34 EGBGB Rz. 15; *Soergel-v. Hoffmann*, BGB, 12. Aufl., Art. 34 EGBGB Rz. 61; *v. Westphalen* aaO Anh. § 1 Rz. 26; *Bülow*, EuZW 1993, 435, 437; *Fischer* aaO 286; *Roth*, RIW 1994, 275, 278). Der erkennende Senat, der die Streitfrage bislang offen gelassen hat (Senatsurt. vom 3.11.1998 – XI ZR 346/97, WM 1998, 2463), schließt sich jedenfalls für den Fall, dass der in Rede stehende Darlehensvertrag zwar von dem deutschen VerbrKrG, nicht aber von der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (ABl. EG Nr. L 42/48, im Folgenden: Verbraucherkreditrichtlinie) erfasst wird, der erstgenannten Ansicht an.

(2) Zwingende Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB sind Bestimmungen, die beanspruchen, einen Sachverhalt mit Auslandsberührung ohne Rücksicht auf das jeweilige Vertragsstatut zu regeln. Nicht alle nach deutschem Recht zwingenden Vorschriften sind zugleich gemäß Art. 34 EGBGB unabdingbar (BAGE 100, 130, 139³; MünchKomm-Martiny Rz. 8). Fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des allumfassenden Geltungsanspruchs einer Norm, so ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob sie nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach den sonstigen Kollisionsnormen anzuwendende Recht eines anderen Staats international gelten soll (BAGE 63, 17, 25⁴; 80, 84, 92⁵; 100, 130, 139³; MünchKomm-Martiny Rz. 9, 127; *Staudinger-Magnus* aaO Art. 34 EGBGB Rz. 52, 53).

³ IPRspr. 2001 Nr. 52.

⁴ IPRspr. 1989 Nr. 72.

⁵ IPRspr. 1995 Nr. 57.

(3) Nach der st. Rspr. des BAG (BAGE 63, 17, 32⁴; 80, 84, 92⁵; 100, 130, 139³) und einer in der Literatur (*Kropholler* aaO 22; *Looschelders*, IPR, 2004, Art. 34 EGBGB Rz. 10; *Staudinger-Magnus* Rz. 57 m.w.N.; *Junker*, IPRax 2000, 65, 70; vgl. ferner *Klauer*, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer-EVÜ und EG-Richtlinien, 2002, 236 m.w.N.) weit verbreiteten Ansicht ist für die Anwendung des Art. 34 EGBGB grundsätzlich erforderlich, dass die betreffende Vorschrift nicht nur dem Schutz und Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien und damit reinen Individualbelangen dient, sondern daneben zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt.

(4) Diese Voraussetzung, gegen deren Berechtigung die Revision keine Einwendungen erhebt, erfüllt das deutsche VerbrKrG nicht. Nach seiner Zielsetzung dient es dem Schutz des einzelnen Verbrauchers vor einer Gefährdung seiner wirtschaftlichen Interessen sowie der Korrektur der strukturellen Ungleichgewichtslage gegenüber dem professionellen, in der Regel finanziell weit überlegenen Anbieter und damit dem Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien (vgl. BT-Drucks. 11/5462 S. 11, 13 f. und 11/8274 S. 19; *Kropholler* aaO 494; *Staudinger-Magnus* Rz. 71). Dass daneben auch ein öffentliches Interesse an einem privatrechtlichen Verbraucherschutz mit dem Sozialstaatsprinzip, der Marktregulierungsfunktion von Verbrauchervertragsrecht oder dem Interesse an einem funktionierenden Binnenmarkt begründet werden kann (*Bitterich*, Die Neuregelungen des internationalen Verbrauchervertragsrechts in Art. 29a EGBGB, 2003, 279 f. N. 1049), ändert nichts. Das VerbrKrG verfolgt dieses Interesse nämlich nicht. Vielmehr handelt es sich insoweit um eine bloße Nebenwirkung, wie sie mit vielen Gesetzen verbunden ist, die dem Schutz einer bestimmten Bevölkerungsgruppe dienen. Ein solcher reflexartiger Schutz öffentlicher Gemeinwohlinteressen reicht für eine Anwendung des § 34 EGBGB nicht aus.

Bei der Feststellung, ob eine Norm international zwingenden Charakter hat, ist Zurückhaltung geboten (*Freitag/Leible*, ZIP 1999, 1296, 1299; *Schwarz*, ZVglRWiss 101 (2002), 45, 49), da sonst der mit dem Römischen Übereinkommen durch die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts bezweckte internationale Entscheidungseinklang empfindlich gestört (*Soergel-v. Hoffmann* Rz. 16), das differenzierte, allseitige Anknüpfungssystem der Art. 27 ff. EGBGB partiell außer Kraft gesetzt (*Staudinger*, BGB, 4. Aufl. Art. 34 EGBGB Rz. 3; *Looschelders* Rz. 13) und die Rechtsanwendung erschwert wird (*Leible-Freitag* aaO 167, 171). Art. 34 EGBGB darf nicht zu einer allgemeinen Ausweichklausel umfunktioniert werden, mit der das das Römische Übereinkommen und das EGBGB beherrschende Grundprinzip der Rechtswahlfreiheit der Vertragsschließenden nach Belieben beseitigt (*v. Hoffmann*, IPRax 1989, 261, 265) und die einheitliche Anknüpfung des Vertragsstatus auflöst wird (*Fischer* aaO 285; *Leible-Freitag* aaO). In Zweifelsfällen ist daher davon auszugehen, dass die betreffende Vorschrift keine international zwingende Geltung beansprucht (*Freitag/Leible* aaO; *Dauses-Kreuzer-Wagner* Rz. R 158; *Taupitz*, BB 1990, 642, 649). Der Umstand, dass der auf den individuellen Schutz des einzelnen Verbrauchers gerichtete Zweck des deutschen VerbrKrG reflexartig auch Gemeinwohlinteressen erfasst, stellt deshalb keine ausreichende Grundlage für eine Anwendung des Art. 34 EGBGB dar. Eine unzumutbare Belastung des inländischen Verbrauchers ist damit im Regelfall nicht verbunden. Denn abgesehen davon, dass

der Verbraucherschutz mit den Art. 29 und 29a EGBGB weitgehend verwirklicht wird, darf der Betroffene nicht ohne weiteres auf die umfassende Geltung seines Aufenthaltsrechts vertrauen.

c) Ein internationaler Geltungswille des deutschen VerbrKrG ist schließlich auch nicht aus seinem gemeinschaftsrechtlichen Ursprung herzuleiten. Dass der Gesetzgeber eine europäische Richtlinie in nationales Recht umsetzt, bedeutet nicht, dass diese Normen international grundlegende Bedeutung haben und unabhängig von den allgemeinen Kollisionsregeln auf Fälle mit Auslandsbezug anwendbar sein sollen. Ob und inwieweit die nationalen Gerichte nach den Grundsätzen des Urteils des EuGH vom 9.11.2000 (Rs C-381/98, Slg. I 2000, 9325 [Ingmar GB Ltd.]) verpflichtet sind, bei der Wahl eines drittstaatlichen Rechts und bei hinreichendem Gemeinschaftsbezug des Sachverhalts das der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie dienende nationale Recht in richtlinienkonformer Auslegung gegen das gewählte Vertragsstatut durchzusetzen (vgl. dazu *Staudinger-Magnus* Rz. 42, 90; *Reithmann-Martiny-Freitag*, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl., Rz. 417 f.; *Bitterich*, VuR 2002, 155, 157 ff.), kann entgegen der Ansicht der Revision offen bleiben. Denn enthält die Richtlinie – wie die Verbraucherkreditrichtlinie – keine ausdrückliche kollisionsrechtliche Regelung und schreibt sie den Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung nur einen zu beachtenden Mindeststandard vor, so kann ein international zwingender Charakter der Umsetzungsnorm aufgrund der Richtlinie nur für den Mindeststandard, nicht aber für etwaige nationale Schutzverstärkungen angenommen werden (*Bitterich*, Neuregelung aaO 283 N. 1066, 289; *Reithmann-Martiny-Freitag* Rz. 417; *Nemeth/Rudisch*, ZfRV 2001, 179, 182; *Pfeiffer* in Festschrift Geimer, 2002, 821, 835; *Schwarz* aaO 45, 71; a.A. *Staudinger* aaO Art. 34 EGBGB Rz. 5).

Der Darlehensvertrag der Parteien vom 1.2.1991 über 101 466 CHF (117 778 DM) wird aber von dem Mindeststandard der Verbraucherkreditrichtlinie nicht erfasst, weil diese nach Art. 2 I lit. f auf Kreditverträge über mehr als 20 000 ECU keine Anwendung findet. Die Frage nach der Reichweite des internationalen Geltungswillens der Richtlinie ist infolgedessen nicht entscheidungserheblich und nicht gemäß Art. 234 III EG dem EuGH vorzulegen.

c) Zwar hat das Berufungsgericht verkannt, dass Art. 120 IPR-Gesetz von vornherein eine Anwendung des deutschen VerbrKrG nicht zu begründen vermag, weil es sich dabei um von den deutschen Gerichten nicht zu beachtendes schweizerisches Kollisionsrecht handelt (Art. 35 I EGBGB). Daraus vermag die Revision aber nichts für sich herzuleiten, weil das Berufungsgericht das Vorliegen eines ‚Konsumentenkredits‘ im Sinne der Vorschrift verneint hat.

2. Rechtsfehlerfrei ist schließlich auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht unter Zugrundelegung schweizerischen Rechts der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen hat.

a) Der deutsche Tatrichter hat das maßgebliche ausländische Recht gemäß § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln. In welcher Weise er sich die notwendigen Kenntnisse verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Vom Revisionsgericht überprüft werden darf insoweit lediglich, ob er sein Ermessen rechtsfehlerfrei ausübt, insbesondere die sich anbietenden Erkenntnisquellen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles hinreichend ausgeschöpft hat (st. Rspr., siehe etwa

Senatsurt. vom 23.4.2002 – XI ZR 136/01, WM 2002, 1186, 1187⁶ m.w.N.). An die Ermittlungspflicht sind dabei umso höhere Anforderungen zu stellen, je komplexer und je fremder im Vergleich zum deutschen das anzuwendende Recht ist. Bei Anwendung einer dem deutschen Recht verwandten Rechtsordnung und klaren Rechtsnormen sind die Anforderungen geringer (BGHZ 118, 151, 163)⁷.

b) Gemessen an diesen Grundsätzen ist dem Berufungsgericht – anders als die Revision meint – kein Ermessensfehler vorzuwerfen. Ihr Einwand, das Berufungsgericht habe nicht ermittelt, welcher Erklärungswert den AGB der Kl. über die Verlängerung des Darlehensvertrags nach den von der schweizerischen Rechtsprechung und Literatur entwickelten Auslegungsgrundsätzen beizumessen sei, greift nicht. Das Vertragswerk enthält keinen Hinweis darauf, dass dem Bekl. das Recht eingeräumt werden sollte, den Kredit durch eine einseitige Erklärung gegenüber der Kl. zu verlängern. Davon abgesehen hat der Bekl. eine entsprechende Erklärung auch nicht abgegeben.

Das Berufungsgericht hat es entgegen der Ansicht der Revision auch nicht versäumt, der Frage nachzugehen, ob die Kl. sich mit ihrem Angebot, den Darlehensvertrag um weitere fünf Jahre zu einem Zinssatz von 8,7% p.a. zu verlängern, nach schweizerischem Recht vertragstreu verhalten hat oder dieses Angebot für den Bekl. inakzeptabel war. Dazu bot das Vorbringen des Bekl. keinen hinreichenden Anlass. Denn der Bekl. hat es versäumt, wesentliche Umstände vorzutragen, die eine Prüfung der Treuwidrigkeit der Kl. erst möglich gemacht hätte. Das gilt insbesondere für die Marktüblichkeit des vertraglich vereinbarten Nominalzinssatzes von 7,125% p.a. bei 90% Auszahlung im Jahre 1991, die Entwicklung der Zinsen für Personalkredite in Schweizer Franken bis zum Jahre 2000 sowie zu seiner für die Risikoprämie der Kl. bedeutsamen Bonität trotz mehrmonatiger Zinsrückstände mit zum Teil mehr als 1 500 CHF.“

14. *Im Fall des Art. 29 CMR bestimmt sich der Umfang des zu ersetzenden Schadens wegen der Beschädigung von Transportgut (hier: eines Holzhauses, das sich auf dem Transport von Russland nach Deutschland befand) nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht und daher, wenn deutsches Recht zur Anwendung kommt, nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Dem Geschädigten ist es jedoch unbenommen, seinen Schaden stattdessen auf der Grundlage der Art. 17 ff. CMR zu berechnen.*

BGH, Urt. vom 3.3.2005 – I ZR 134/02: NJW-RR 2005, 908; MDR 2005, 1238; VersR 2005, 1557; Europ. TranspR 2006, 729; NZV 2005, 364; TranspR 2005, 253, 305 Aufsatz Rinkler; VRS 109 2005, 109.

15. *Auf die Rückabwicklung eines Teppichkaufs, den eine deutsche Verbraucherin bei einer Verkaufsveranstaltung im Rahmen einer Pauschalreise in der Türkei mit dem Geschäftsinhabers eines Teppichknüpfzentrums abgeschlossen hat, findet gemäß Art. 29 I Nr. 3, II EGBGB das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers (hier: also deutsches Recht) Anwendung, wenn zwischen dem Geschäftsinhaber und dem Reiseveranstalter enge Geschäftsbeziehungen bis hin zu Gewinn-*

⁶ IPRspr. 2002 Nr. 3.

⁷ IPRspr. 1992 Nr. 265.