



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 273/03

Verkündet am:
26. Juli 2004
P o t s c h,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EGBGB Art. 28 Abs. 2 und 5

Die Vermutung, daß der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, 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 von der Vermutung verwendeten Anknüpfungspunkt deutlich übertreffen, und sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln läßt.

Das kann bei einem Kaufvertrag über eine Forderung gegenüber dem nach Deutschland weisenden Sitz des Verkäufers der Fall sein, wenn die deutschem 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, Urteil vom 26. Juli 2004 - VIII ZR 273/03 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juli 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Wiechers, Dr. Wolst sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 7. August 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine auf der Insel Anguilla/Karibik gegründete Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach ihrem Vortrag in Macati City auf den Philippinen hat. Vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Klägerin ist der französische Staatsbürger C. Z. .

Die Beklagte, eine deutsche Hypothekenbank, war Inhaberin einer Darlehensforderung in Höhe von 8 Millionen DM gegen eine Aktiengesellschaft luxemburgischen Rechts, die Firma A. . Unter Ziff. 10 des Darlehensvertrages vom 12. Februar/6. März 1991 war die Geltung deutschen Rech-

tes vereinbart worden. 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 durch die Klägerin. Zu diesem Zeitpunkt befand sich die S.

in Liquidation, die Zwangsversteigerung der betroffenen Grundstücke war für den 3. September 1999 vorgesehen. Die Beklagte übersandte ein in französischer Sprache abgefaßtes Exposé "für das Objekt L. " an W. G. , einen österreichischen Staatsangehörigen. Dieser teilte der Beklagten im Namen der Klägerin mit Schreiben vom 21. Juli 1999 mit,

" ... daß wir an dem Objekt L. , definitiv und ohne Konditionen interessiert sind und gegen einen Betrag von FF 1.400.000 die Hypothek und ihre Forderungen in der Höhe von FF 25.000.000 übernehmen wollen.

Um das Geschäft so rasch wie möglich abwickeln zu können, ersuchen wir sie uns umgehend die Bankverbindung mitzuteilen wohin der Betrag von FF 1.400.000 überwiesen werden soll bzw. wie die weitere Vorgangsweise um die Transaktion durchführen zu können sein soll. ..."

Zugleich benannte er als Vertreter der Klägerin Rechtsanwalt Maître R. C. , Nizza. Der Schriftverkehr zwischen W. G. und der Beklagten wurde teils in deutscher und teils in englischer Sprache geführt.

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. Juli 1999 an den Notar eine Überweisung seiner Mandantin,

der Klägerin, in Höhe von 1.400.000 FF nebst 60.000 FF für dessen Kosten auf ein Konto des Notars. In dem Schreiben heißt es weiter:

"Ich überlasse es Ihnen, die Urkunde schnellstmöglich vorzubereiten, da die Zwangsversteigerung auf den 3. September festgesetzt worden ist."

Für die Beklagte ließ Rechtsanwalt D. , Marseille, mit Schreiben vom 4. August 1999 an Rechtsanwalt C. mitteilen, daß sie die Wahl getroffen habe, die Klägerin als Käuferin "anzunehmen". Rechtsanwalt D. erklärte ferner am 23. August 1999 gegenüber dem Notariat A. , daß eine auf seinen - Rechtsanwalt D. - Namen lautende Vollmacht, die es ihm ermögliche, die Forderungsabtretung im Notariat zu unterzeichnen, von der Beklagten vor einem Notar ausgestellt werde, jedoch in Frankreich nicht vor dem 26. August 1999 vorliegen könne. Im übrigen heißt es:

"Ich hoffe, daß Sie in den nächsten Tagen die restlichen Schwierigkeiten mit Maître C. bewältigen können, so daß wir in Betracht ziehen könnten, in dieser Woche zu unterzeichnen."

Diese und die nachfolgende Korrespondenz zwischen den Rechtsanwälten der Parteien und dem Notariat wurde in französischer Sprache geführt.

Ebenfalls mit Schreiben vom 23. August 1999 zeigte das Notariat A. im Rahmen der französischen Regelungen zur Geldwäscheprävention der zuständigen Staatsanwältin in D. die von der Klägerin veranlaßte Überweisung von 1.470.424,24 FF an, ferner den für den 3. September 1999 geplanten Termin zur Zwangsversteigerung der belasteten Grundstücke und die von den Parteien noch vor diesem Termin gewünschte notarielle Beurkundung der Abtretung der Hypothekenforderung. Am 25. August 1999 übersandte Rechtsanwalt D. eine Kopie einer ihm unter dem 23. August 1999 von der

Beklagten vor einem Hamburger Notar in französischer Sprache erteilten Vollmacht an das Notariat A. und teilte mit:

"Was die D. betrifft, ist nun alles in Ordnung, damit ich die Urkunde unterzeichnen kann ... Ich denke, daß Sie nun baldig das Einverständnis der Staatsanwaltschaft erhalten werden sowie ein Hypothekenverzeichnis ...".

Per Telefax vom 27. August 1999 erklärte Rechtsanwalt D. gegenüber dem Notariat jedoch, seine Mandantin wünsche nicht mit der Klägerin 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. Am 30. August 1999 wies der Notar die Staatsanwaltschaft in D. unter Bezugnahme auf sein Schreiben vom 23. August 1999 auf die Dringlichkeit der Angelegenheit hin, da für 16.00 Uhr desselben Tages ein Termin in seiner Kanzlei anstehe. Die Staatsanwaltschaft bestätigte umgehend den Eingang der Schreiben und wies darauf hin, daß Untersuchungen liefen. W. G. teilte der Beklagten mit Telefax vom 30. August 1999 unter Verwendung eines Briefbogens der Klägerin mit, daß der Vertrag noch am gleichen Tag um 16.00 Uhr unterzeichnet werden müsse, anderenfalls werde die Klägerin Schadensersatz verlangen.

Im Notariat A. waren zum vereinbarten Termin W. G. und Rechtsanwalt C. für die Klägerin, Rechtsanwalt D. für die Beklagte sowie der zuständige Notar anwesend. Nach den protokollierten Feststellungen eines von dem Vertreter G. hinzugezogenen Gerichtsvollziehers erklärte der Notar, die Unterzeichnung des Vertrages wegen der andauernden staatsanwaltschaftlichen Untersuchungen nicht durchführen zu können, äußerte Rechtsanwalt C. weiterhin die Bereitschaft der Klägerin, eine Abtretungsurkunde zu unterzeichnen und legte Rechtsanwalt D. dar, dies könne sei-

tens der Beklagten vor Abschluß der eingeleiteten Untersuchungen nicht geschehen.

Unmittelbar danach beurkundete der Notar die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung durch die Beklagte an den Niederländer H. zu einem Kaufpreis von 1.700.000 FF. Am 3. September 1999 wurden die hypothekarisch belasteten Grundstücke gegen ein Höchstgebot von 5.240.000 FF öffentlich versteigert.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Schadensersatz in Höhe von zuletzt 665.601,03 € nebst Zinsen mit der Begründung, nach dem ihrer Ansicht nach anwendbaren französischen Recht hätten die Parteien einen wirksamen Vorvertrag geschlossen, von dem sich die Beklagte unberechtigt losgesagt habe, so daß sie, die Klägerin, Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen dem Versteigerungserlös und dem vereinbarten Kaufpreis sowie der Kosten der durch den Gerichtsvollzieher am 30. August 1999 vorgenommenen Protokollierung verlangen könne. Hilfsweise verlangt sie den Ersatz fehlgeschlagener Aufwendungen, die sie mit umgerechnet 5.286,69 € beziffert.

Die Beklagte hält deutsches Recht nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB für anwendbar und ist der Meinung, ein Vertrag sei zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Auch verpflichte sie der Abbruch der Verhandlungen angesichts der am 30. August 1999 noch laufenden staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen nicht zum Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

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

Der Klägerin stünden keine vertraglichen Schadensersatzansprüche zu, weil es nach dem anzuwendenden deutschen Recht zwischen den Parteien nicht zum wirksamen Abschluß eines Kaufvertrages 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 Abs. 3 EGBGB sei nicht anzuwenden, da Gegenstand des Vertrages 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 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB ein, die - weil die Abtretung als vertragscharakteristische Leistung beim Forderungskauf von der in H.

ansässigen Klägerin (richtig: Beklagten) habe erbracht werden sollen - zum deutschen Recht führe. Es ergebe sich nicht im Sinne von Art. 28 Abs. 5 EGBGB aus der Gesamtheit der Umstände, daß der (intendierte) Vertrag enge Verbindungen mit Frankreich aufweise. Art. 28 Abs. 5 EGBGB habe gegenüber der Grundregel des Art. 28 Abs. 1 und den diese konkretisierenden Vermutungen der Absätze 2 bis 4 den Charakter einer Ausweichklausel; zwischen Absatz 2 und Absatz 5 des Art. 28 EGBGB bestehe ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Absatz 5 könne deshalb die Vermutung des Absatzes 2 nur verdrängen, wenn dessen Anknüpfungsgehalt durch andere Indizien deutlich übertrifft werde. Davon könne hier keine Rede sein.

Zwar lägen eine Reihe von Gesichtspunkten vor, die eine Verbindung des Sachverhaltes 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 Abs. 5 EGBGB lasse sachwidrig die Regelung des Art. 43 Abs. 1 EGBGB auf den Schuldvertrag durchschlagen und mißachte Art. 28 Abs. 3 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 Absatz 2 und Absatz 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 Abs. 2 EGBGB deutsches Recht zur Anwendung kommen müsse.

Nach deutschem Recht liege ein offener Dissens im Sinne des § 154 Abs. 2 BGB vor, da die Parteien eine Beurkundung des Vertrages vereinbart hätten, zu der es nicht gekommen sei. Ob ein wirksamer Vorvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei, könne dahinstehen, denn jedenfalls habe die Beklagte keine sie aus einem solchen Vertrag treffende Pflicht schuldhaft verletzt. Die Beklagte 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 Klägerin abzuschließen. Auch wenn ein wesentliches Motiv der Beklagten für den Abbruch der Verhandlungen mit der Klägerin 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 nur noch kurzen bis zum Versteigerungsbeginn zur

Verfügung stehenden Zeitraumes 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 Klägerin geltend gemachte Anspruch als Schadensersatzanspruch aus schuldrechtlicher Sonderbeziehung anzusehen und das auf die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien anwendbare Recht nach den Artt. 27 ff. EGBGB zu bestimmen ist. Diese Vorschriften sind sowohl maßgebend für den von der Klägerin in erster Linie verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 32 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB) als auch für die hilfsweise geltend gemachte Haftung aus culpa in contrahendo (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 - II ZR 241/85, NJW 1987, 1141; 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 Beklagten schon zustande gekommen war, wie die Klägerin meint, oder aber eine endgültige Einigung noch nicht erfolgt war. Auch das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages beurteilen sich gemäß Art. 31 Abs. 1 EGBGB nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag wirksam wäre. Damit regelt das nach Artt. 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 Abs. 1 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 (Senatsbeschuß vom 19. Januar 2000 - VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002 unter II 2; BGH, Urteil vom 28. Januar 1997 - XI ZR 42/96, NJW-RR 1997, 686 unter II 1 a aa). Der Kontrolle durch den Senat unterliegt nur, ob das Berufungsgericht seiner Auslegung die zutreffenden rechtlichen Maßstäbe zugrundelegt 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 Abs. 1 EGBGB möglichen Rechtswahl steht nicht schon entgegen, daß die Parteien über den Ankauf einer Forderung verhandelten, für die gemäß Ziff. 10 der Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Firma A. die Geltung deutschen Rechtes vereinbart war. Nach Art. 33 Abs. 2 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 zugrundeliegende Kausalgeschäft zwischen Zedenten und Zessionar nach Artt. 27 ff. EGBGB zu bestimmen, wie sich aus Art. 33 Abs. 1 EGBGB ergibt. Eine stillschweigende Rechtswahl ist jedoch nach Art. 27 Abs. 1 Satz 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 (MünchKommBGB/Martiny, 3. Aufl., Art. 27 EGBGB Rdnr. 42; Giulia-

no/Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, BT-Drucks. 10/503, S. 49; Steinle, ZVgIRWiss 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 Klägerin von Anfang an die Ansicht vertreten, französisches Recht sei anwendbar, während die Beklagte von der Geltung deutschen Rechtes 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., 2002, Art. 27 EGBGB Rdnr. 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 Klägerin eine anguillanische Gesellschaft mit Sitz auf den Philippinen, die Beklagte ist eine deutsche Aktiengesellschaft, Gegenstand des geplanten Kaufvertrages war der Erwerb einer deutschem Recht unterliegenden Forderung gegen eine luxemburgische Gesellschaft, der Schriftverkehr zwischen dem Vertreter der Klägerin, dem österreichischen Staatsbürger W. G. , und der Beklagten 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 Abs. 1 Satz 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 Abs. 2 EGBGB zeigen - als nahezu zwingende Folge des von ihm auch für eine Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 Satz 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 Abs. 1 EGBGB französischem Recht unterlag, § 1154 BGB also bei der Abtretung der Forderung keine Anwendung finden konnte (MünchKommBGB/Kreuzer, BGB, 3. Aufl., nach Art. 38 EGBGB Anh. 1 Rdnr. 47; Martiny in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Rdnr. 313; Schäfer, Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken 1993, S. 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 Abs. 2 EGBGB nach deutschem Recht zu beurteilen waren (BGH, Urteil vom

26. November 1990 - II ZR 92/90, NJW 1991, 1414 unter 1; Senatsurteil, BGHZ 111, 376, 379 f.).

Erfolglos ist schließlich auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagte 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 Beklagte habe das Exposé an den österreichischen Staatsbürger G. abgesandt, der darauf seinerseits mit einem in Wien verfaßten Schreiben geantwortet habe. Daß das Berufungsgericht dabei Sachvortrag der Klägerin übergangen hätte, zeigt die Revision nicht auf.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts führt jedoch Art. 28 Abs. 1 Satz 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 Abs. 1 Satz 1 EGBGB wird durch die Vermutungsregeln des Art. 28 Abs. 2 bis Abs. 4 EGBGB konkretisiert (Erman/Hohloch, BGB, 11. Aufl., Art. 28 EGBGB Rdnr. 2; Spickhoff in: Bamberger/Roth, BGB, Art. 28 EGBGB Rdnr. 3; Staudinger/Magnus, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 26). Dabei verdrängt die Anknüpfung nach Art. 28 Abs. 3 EGBGB als *lex specialis* diejenige nach Absatz 2 (Soergel/von Hoffmann, BGB, 12. Aufl., Art. 28 EGBGB Rdnr. 72).

b) Zu Unrecht meint die Revision, Art. 28 Abs. 3 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 Abs. 3 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 Klägerin bezogen.

Die Revision bringt vor, der Umstand, daß wirtschaftlicher Kaufgegenstand letztlich der Erwerb der französischen Hypothek gewesen sei, führe - ebenso wie der Erwerb einer Grundschild - zur Anwendung des Art. 28 Abs. 3 EGBGB und damit des französischen Rechtes. Ihr ist insoweit zuzustimmen, als der eigentliche Zweck des Forderungskaufes, 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 (s. u. unter 3 c bb (1)). Anknüpfungspunkt für derartige wirtschaftliche Überlegungen ist aber Art. 28 Abs. 5 EGBGB, der eine Gesamtabwägung aller Umstände vorschreibt, und nicht der ausschließlich auf den rechtlichen Gegenstand von Schuldverträgen bezogene Absatz 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 für die zu sichernde Forderung bestimmen kann, wie die Revision meint, ist für den Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 3 EGBGB ohne Relevanz. Denn auch ein Gleichlauf des Statuts der gesicherten Forderung mit dem der Hypothek kann sich nur aus Art. 28 Abs. 5 EGBGB ergeben und ist zudem für das Forderungskaufstatut nur mittelbar von Bedeutung, weil dieses - wie Art. 33 Abs. 1 EGBGB voraussetzt - selbständig anzuknüpfen ist.

c) Weiterhin greift auch die Vermutungsregel des Art. 28 Abs. 2 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 Staates maßgebend ist (Staudinger/Magnus, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 193; Spickhoff, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 52; MünchKommBGB/Martiny, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 116; Erman/Hohloch, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 32; Rosenau, RIW 1992, 879, 882). Dies würde hier zur Anwendung des deutschen Rechtes führen, da die Beklagte als Veräußerer ihren Sitz in Deutschland hat. Im vorliegenden Fall gilt die Vermutungsregel des Art. 28 Abs. 2 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 Abs. 5 EGBGB).

aa) Das Rangverhältnis der einzelnen Absätze des Art. 28 EGBGB ist umstritten. Nach herrschender, auch vom Berufungsgericht vertretener Auffassung ist Art. 28 Abs. 5 EGBGB gegenüber den Vermutungsregeln der Absätze 2 bis 4 dieser Vorschrift nachrangig und kommt nur in Ausnahmefällen zum Tragen (Staudinger/Magnus, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 126; Erman/Hohloch, aaO, Art. 28 Rdnr. 17; Looschelders, Internationales Privatrecht, Art. 28 EGBGB Rdnr. 80 f.; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., § 10 Rdnr. 44, 59; Kropholler, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., S. 415, 419 f.; vgl. auch BT-Drucks. 10/504, S. 79). Nach anderer Ansicht setzt Art. 28 Abs. 5 EGBGB gleichrangig mit den Absätzen 2 bis 4 der Vorschrift die Grundregel der engsten Verbindung nach Art. 28 Abs. 1 EGBGB durch (Martiny in: Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 148; MünchKommBGB/Martiny, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 92; Hepting in Festschrift für Lorenz, S. 393, 407 f.; von Bar, In-

ternationales Privatrecht, 2. Bd., Rdnr. 488; Wolf, Der Begriff der wesentlich engeren Verbindung im Internationalen Sachenrecht, 2002, S. 15).

Dieser Meinungsstreit bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Denn auch soweit Art. 28 Abs. 2 bis 4 EGBGB im Wege des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Vorrang vor Absatz 5 eingeräumt und daraus erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines Ausnahmefalls im Sinne von Absatz 5 abgeleitet werden, ist die Anwendbarkeit von Absatz 5 jedenfalls dann zu bejahen, wenn solche Anknüpfungspunkte zu einem anderen als dem nach Absatz 2 vermuteten Recht führen, die an Gewicht den von der Vermutung verwendeten Anknüpfungspunkt deutlich übertreffen (Staudinger/Magnus, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 127; Erman/Hohloch, aaO, Art. 28 Rdnr. 17; Looschelders, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 81; Kropholler, aaO, S. 419 f.), und sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln läßt (von Hoffmann/Thorn, aaO, § 10 Rdnr. 59), eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Schuldners der charakteristischen Leistung also blaß und künstlich wirken müßte (so - ausgehend von einem normativen Gleichrang der Absätze 2 und 5 - von Bar, aaO, Rdnr. 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 Abs. 2 EGBGB gemäß Absatz 5 der Vorschrift nicht gilt.

(1) Der Klägerin war von Anfang an nur daran gelegen, die gemäß der *lex rei sitae* französischem Recht unterliegende Hypothek (Art. 43 Abs. 1 EGBGB) zu erwerben und zu verwerten. Dies zeigt sich bereits darin, daß der Vertreter der Klägerin, W. G., in seiner Anfrage mit Schreiben vom 21. Juli 1999 Interesse an dem Objekt "L." bekundete und auf ein ihm von

der Klägerin übersandtes Exposé für dieses Objekt Bezug nahm. Im gesamten Schriftverkehr (Schreiben des Rechtsanwalts D. vom 4., 23., 25. und 27. August 1999, Schreiben des Rechtsanwalts C. vom 27. Juli 1999; Schreiben von W. G. vom 30. August 1999) werden einleitend nur das "Objekt L." bzw. die Eigentümerin der Grundstücke genannt. Die gesicherte Forderung war für die Klägerin 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 Millionen 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 Klägerin keine Rolle gespielt hat.

Der Erwerb der Hypothek hätte die Klägerin zudem in die Lage versetzt, die Grundstücke in L. kostengünstig zu ersteigern. In diesem Fall hätte die Klägerin 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 Klägerin, in ihrer Eigenschaft als Hypothekengläubigerin zurückgeflossen wäre. Hinzu kommt, daß die Verhandlungen zeitlich kurz vor dem auf den 3. September 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 Geschäftes auf dem Erwerb der Hypothek, der sich nach französischem Recht vollzieht. Dies hat das Berufungsgericht bei der Prüfung der nach Art. 28 Abs. 5 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 Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986 (BGBl. I 1986, 1142) geltenden Recht BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 - II ZR 241/85, NJW 1987, 1141 unter I; BGHZ 44, 183, 186). Daß - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - Art. 28 Abs. 3 EGBGB hier nicht unmittelbar anwendbar ist, weil der beabsichtigte Verpflichtungsvertrag nicht ein dingliches Recht an einem Grundstück, sondern eine hypothekarisch gesicherte 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 Abs. 3 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 Abs. 3 EGBGB dafür, die Belegenheit der Hypothek, auf deren Erwerb es der Klägerin bei dem Forderungskauf entscheidend ankam, im Rahmen von Art. 28 Abs. 5 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 Abs. 3 EGBGB sachwidrig die

Regelung des Art. 43 Abs. 1 EGBGB auf den Schuldvertrag erstreckt noch Art. 28 Abs. 3 EGBGB mißachtet.

(2) Anders als bei der unmittelbaren Geltung von Art. 28 Abs. 3 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 Vertrages 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, aaO, Art. 28 EGBGB Rdnr. 47; Martiny in: Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 141 m.w.Nachw.). Dies gilt auch dann, wenn die Beurkundung im vorliegenden Fall - so die Klägerin - nur deklaratorischen Charakter haben sollte. Auch weist der letztlich von der Beklagten 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 des Code Civil (vgl. dazu Bette, WM 1997, 797, 800; Einsele, ZVglRWiss 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, Urteil vom 19. Januar 2000 - VIII ZR 275/98, JZ 2000, 1115 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 Rechtes hindeutenden Umstände bleiben auf andere Rechtsordnungen weisende Anknüpfungstatsachen wie der Sitz der Klägerin 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 Beklagten 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 Abs. 2 EGBGB zwingend nach deutschem Recht richteten (s. o. 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 Klägerin 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 Abs. 5 EGBGB sprechen, gegenüber den sonstigen Umständen so eindeutig, daß die Anwendbarkeit der Vermutungsregel des Art. 28 Abs. 2 EGBGB ausgeschlossen ist. Diese nach Art. 28 Abs. 5 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.

III.

Auf die Revision der Klägerin ist daher das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat sieht von einer eigenen Sachentscheidung nach § 563 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO ab. Ob und wie weit sich die Parteien nach französischem Recht bereits gebunden haben, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht festgestellt. Es bedarf tatrichterlicher Würdigung, ob die Parteien danach bereits vor der beabsichtigten notariellen Beurkundung einen bindenden Vertrag geschlossen haben.

Dr. Deppert

Dr. Beyer

Wiechers

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Wolst ist wegen Urlaubs
an der Unterzeichnung gehindert.

Dr. Deppert 12. August 2004

Hermanns