

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 87/69

URTEIL

Vorkündet am

15. April 1970

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma T [REDACTED] - C [REDACTED] AG, vertreten durch
den Verwaltungsrat und Geschäftsführer Martin F [REDACTED] in
Z [REDACTED] (Schweiz), A [REDACTED]straße 4,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Karl O. H [REDACTED] in H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 1970
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger
sowie der Bundesrichter Dr. Messner, Mormann,
Dr. Reinhardt und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
in Hamburg vom 14. März 1969 wird auf Ko-
sten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Hamburger Firma verlangt von der
beklagten schweizerischen Firma 101 820 DM Schadens-
ersatz, weil diese sich von einem angeblich im März
1967 durch Schriftwechsel geschlossenen Kaufvertrag
über 250 t Maleinsäureanhydrid ohne Grund losgesagt
habe. Zwischen den Parteien ist streitig, ob ein Ver-
trag überhaupt und mit einer Gerichtsstandsklausel
Hamburg zustande gekommen ist. Die Instanzgerichte
haben vorab über die Zuständigkeit entschieden und
die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten verworfen.

Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt
zugrunde:

Die Beklagte hat in Wien eine Schwesterfirma, die "I [REDACTED] C [REDACTED] -H [REDACTED]", Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (im folgenden: IChH). Diese korrespondierte seit Anfang März 1967 durch Fernschreiben mit der Klägerin wegen der Lieferung von 250 t Maleinsäureanhydrid durch die Klägerin.

Am 21. März 1967 schrieb IChH fernschriftlich (FS Nr. 719/67) an die Klägerin:

"im namen unseres schweizer hauses, der (Beklagten) bestellen wir 250 to maleinsäureanhydrid westeuropaeischer herkunft zu us-dollar 370.-/mto, frachtfrei passau oder furth im walde, nach unserer wahl, zur lieferung 50 to monatlich, augustbis dezember 1967, auf unseren abruf.
bezahlung kassa gegen dokumente

auftrag gilt fuer antwort hier donnerstag, 23.3.67, 9 uhr."

Nachdem die Klägerin die IChH am 23. März 1967 vormittags angerufen hatte, sandte diese am selben Tage mittags folgendes Fernschreiben (FS Nr. 747/67) an die Klägerin:

"... Bezugnehmend auf unser heutiges Telefonat teilen wir Ihnen in (der Beklagten) Auftrag mit, daß wir mit einer Akkreditivbezahlung einverstanden sind, jedoch wird das Akkreditiv nur für die jeweilige Monatspartie von 50 to eröffnet, bzw. spätestens 10 Tage vor Lieferbeginn.

Ein Akkreditiv für die Gesamtmenge ist leider nicht annehmbar, da die Laufzeit ca. 6 Monate betragen wird...."



Die Klägerin sandte am selben Tage (23. März 1967), nachdem die Verhandlungspartner angeblich noch einmal fernmündlich miteinander gesprochen hatten, um 15.55 Uhr folgendes Fernschreiben (FS Nr. 1518/67) an die IChH:

"betr.: maleinsaureanhydrid - ihr telex 719/67 vom 21.3.67 sowie ihr telex 747 vom 23.3.67.

wir beziehen uns auf obige fernschreiben sowie auf das heutige telefonat mit ihrem herrn ... misra und bestaetigen, wie folgt durch sie an die (Beklagte) verkauft zu haben:

250 to maleinsäureanhydrid
gemaess unserer aufgegebenen spezifikation
dol 370.-- per 1.000 kg netto

...
frachtfrei passau oder furth im wald, in ihrer wahl lieferzeit 50 to monatlich august bis december 1967 zahlung gegen unwiderrufliches akkreditiv zu unseren gunsten welches vereinbarungsgemaess spaetestens 20 tage vor lieferbeginn zu eroeffnen ist ..."

Ferner sandte die Klägerin am selben Tage folgende "Verkaufsbestätigung" an die Beklagte ab, und Durchschrift an die IChH:

"Wir bestätigen, durch Ihr österreichisches Haus, die (IChH) wie folgt an Sie verkauft zu haben:
(es folgen die bereits im Fernschreiben mitgeteilten Vertragsbedingungen, und sodann erstmals:)

Erfüllungsort und Gerichtsstand:

Hamburg; Hamburger freundschaftliche Arbitrage und Schiedsgericht oder ordentliche Gerichte in unserer Wahl."

Die Beklagte will diese Verkaufsbestätigung nicht erhalten, die IChH soll ihr fernmündlich widersprechen haben. Nachdem dann die Beteiligten wegen dieses Geschäfts mehrere Wochen lang nicht mehr miteinander in Verbindung getreten waren, sandte - veranlaßt durch eine fernmündliche Rückfrage (deren Inhalt streitig ist) der Klägerin - die IChH mit Schreiben vom 27. April 1967 der Klägerin einen "Auftrag Nr. 108/67" der Beklagten vom 25. April 1967. Das Schreiben der IChH lautet:

"Bezugnehmend auf unsere Verhandlungen übermitteln wir Ihnen in (der Beklagten) Namen den Auftrag Nr. 108/67 vom 25.4.1967 über 250 to Maleinsäureanhydrid"

Der Auftrag der Beklagten Nr. 108/67 lautet:

"Auf Grund der Vorverhandlungen mit unserer Vertretung (der IChH) bestätigen wir, folgende Ware von Ihnen gekauft zu haben

(es folgen die Vertragsbedingungen im wesentlichen, wie in der Verkaufsbestätigung der Klägerin vom 23. März 1967, jedoch heißt es unter Ware erstmals "schneeweiß in Schuppen", ferner fehlt eine Klausel über Gerichtsstand und Erfüllungsort)"

Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 2. Mai 1967 an die Beklagte:

"Wir erhielten heute durch die (IChH) Ihren Auftrag Nr. 108/67 vom 25.4.

Der guten Ordnung halber weisen wir darauf hin, daß unter Punkt "Ware" folgende Abmachung getroffen wurde:

"Maleinsäureanhydrid ...
weisse Pastillen ..."

Die IChH übermittelte am 14. Juni 1967 der Klägerin folgendes Fernschreiben:

"Unser jugoslawischer Kunde möchte aus verschiedenen Gründen den Auftrag stornieren, da die notwendige Bankgenehmigung für die Kompensation zurückgezogen wurde. Wir bitten um Ihr Einverständnis."

Die Klägerin lehnte dies ab. Weitere Verhandlungen über eine Aufhebung des Kaufvertrages blieben ergebnislos. Die Beklagte lehnte (durch IChH) eine Erfüllung des Vertrages ab. Die Klägerin verlangt Schadensersatz in Höhe von 101 820 DM.

Gegen das ihre Einrede der Unzuständigkeit verworfende Berufungsurteil hat die Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrage, die Klage (als unzulässig) abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Zulässigkeit von Berufung und Revision

Die Parteien streiten nicht darüber, welches deutsche Gericht zuständig ist, sondern darüber, ob die Hamburger Gerichte aufgrund der Gerichtsstandsklausel, oder ob mangels einer Gerichtsstandsverein-

barung die Schweizer Gerichte am Sitz der Beklagten zuständig sind. Der Streit betrifft also die internationale Zuständigkeit. Deshalb stand nach BGHZ 44, 46 § 512 a ZPO nicht der Zulässigkeit der Berufung, und steht § 549 Abs. 2 ZPO nicht der Zulässigkeit der Revision entgegen.

II. Das anzuwendende Recht

1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zu den in der "Verkaufsbestätigung" der Klägerin vom 23. März 1967 aufgeführten Vertragsbedingungen, einschließlich der Gerichtsstandsklausel, zustande gekommen ist. Es entscheidet diese Frage nach deutschem Recht. Hierzu hält es sich hinsichtlich der Gerichtsstandsklausel schon deshalb für befugt, weil eine Gerichtsstandsvereinbarung als Prozeßhandlung immer nach der lex fori zu beurteilen sei. Hilfsweise hält es die Anwendung deutschen Rechts jedenfalls deshalb für geboten, weil beide Parteien in beiden Vorinstanzen die Frage des Zustandekommens des Kaufvertrages nach deutschem materiellen Recht behandelt haben.

2. Die Revision rügt in erster Linie, die Annahme des Berufungsgerichts, eine außerhalb eines Rechtsstreits getroffene Gerichtsstandsvereinbarung sei eine Prozeßhandlung und ihr Zustandekommen richte sich deshalb immer nach der lex fori, widerspreche der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Das trifft zu. Nach BGHZ 49, 384 ist eine vor dem Prozeß getroffene Gerichtsstandsvereinbarung ein Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen, dessen Zustandekommen sich nach bürgerlichem Recht richtet, so daß im Kollisionsfalle für ihn die Regeln des deutschen internationalen Privatrechts gelten. Für das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung, die hier nur Teil eines umfassenderen Vertrages, nämlich eines Kaufvertrages, sein kann, kommt es deshalb - vor jeder materiellen Entscheidung - darauf an, nach welchem Recht es sich beurteilt, ob zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zu den Bedingungen der "Verkaufsbestätigung" vom 23. März 1967 zustande gekommen ist. Da ein Kaufvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist, innerhalb dessen den Parteien grundsätzlich die Verfügung über das anzuwendende Recht, also die Rechtswahl, zusteht, ist deshalb nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen in erster Linie der wirkliche (ausdrücklich oder stillschweigend erklärte) Wille der Vertragsparteien, und - wenn ein solcher nicht festzustellen ist - ihr hypothetischer Wille maßgeblich. Insoweit kommt also die Hilfsbegründung des Berufungsurteils zum Zuge.

3. Die vom Berufungsgericht angewandten Grundsätze entsprechen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt anerkannt, daß der übereinstimmende Wille der Parteien, auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis deutsches Recht anzuwenden, auch daraus entnommen werden kann, daß die Parteien in den Tatsacheninstanzen übereinstimmend von der Geltung deutschen Rechts ausgegangen sind. Das ist hier der Fall: Beide Parteien haben in beiden Instanzen die Frage, ob

zwischen den Parteien ein Kaufvertrag auf der Grundlage der "Verkaufsbestätigung" zustande gekommen ist, ausschließlich nach deutschem Recht (insbesondere hinsichtlich des Unterschiedes und der Wirkung von Bestätigungsschreiben einerseits, Auftragsbestätigung andererseits) behandelt. Das stellt das Berufungsgerecht ausdrücklich fest. Der Richtigkeit dieser Feststellung steht nicht der Hinweis der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 13) entgegen, daß "selbst dann, wenn zwischen den Parteien ein die Gerichtsstandsvereinbarung beinhaltender Vertrag zustande gekommen sein sollte", die Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam sein dürfte, weil "für die von der IChH abzugebende Annahmeerklärung der von der Klägerin angebotenen Gerichtsstandsvereinbarung hier österreichisches Recht maßgebend" sei, hier aber die nach § 104 österreichische Jurisdiktions-Norm (JN) vorgeschriebene Schriftform nicht gewahrt sei.

4. Die Ansicht der Beklagten, die streitige Gerichtsstandsklausel bedürfe nach § 104 JN der Schriftform, ist unrichtig. Österreichisches Recht kommt nicht zum Zuge, weil es an einem entsprechenden Anknüpfungspunkt fehlt. Denn der Kaufvertrag auf der Grundlage der "Verkaufsbestätigung" ist nicht zwischen der Klägerin und der IChH, sondern zwischen der Klägerin und der Beklagten zustande gekommen. Geht man davon aus, daß die Beklagte selbst die an sie gerichtete "Verkaufsbestätigung" erhalten hat, so war die IChH nicht einmal beim Abschluß des Vertrages unmittelbar beteiligt. Für die Revisionsinstanz ist allerdings zu un-

terstellen, daß die "Verkaufsbestätigung" lediglich der IChH als der zum Empfang eines Bestätigungsschreibens bevollmächtigten Vertreterin der Beklagten zugegangen ist und sie auf diese Weise beim Abschluß des Vertrages mitgewirkt hat. Über die Frage, welcher Form eine einzelne Vertragsklausel bedarf, bei deren Vereinbarung ein Vertreter mitgewirkt hat, entscheidet aber nicht das Vertretungsstatut, das lediglich für Fragen der Vertretungsmacht zuständig ist (vgl. Soergel/Kegel 9. Aufl. BGB vor Art. 7 ff EGBGB Anm. 158), sondern das Geschäftsstatut. Das ist hier, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler (s. vorstehend zu 3) festgestellt hat, das deutsche Recht.

III. Zustandekommen des Vertrages

1. Das Berufungsgericht sieht die "Verkaufsbestätigung" vom 23. März 1967 als kaufmännisches Bestätigungsschreiben an, dem die Beklagte, wenn sie seinen Inhalt nicht als Vertragsinhalt hinnehmen wollte, unverzüglich habe widersprechen müssen. Daß sie dies getan habe, sei nicht bewiesen. Ein Widerspruch sei nicht deshalb entbehrlich gewesen, weil die "Verkaufsbestätigung" in einem nicht zu erwartenden Umfang zum Nachteil der Beklagten von dem bisherigen Verhandlungsergebnis abgewichen sei. Hinsichtlich der Zahlungsbedingungen seien die Parteien sich schon einig darüber gewesen, daß ein Akkreditiv nicht bereits vor der ersten Monatslieferung über den Preis der Gesamtmenge zu eröffnen war, vielmehr seien Teilakkreditive

jeweils fristgemäß vor den einzelnen Monatslieferungen zu stellen gewesen. Eine Einigung habe lediglich insoweit noch ausgestanden, als die IChH in ihrem FS Nr. 747 am 23. März 1967 Akkreditiv-Eröffnung 10 Tage vor Lieferbeginn angeboten hatte, die Klägerin in der "Verkaufsbestätigung" aber Eröffnung des Akkreditivs 20 Tage vor Lieferbeginn forderte. Ferner habe erstmals die "Verkaufsbestätigung" die Klausel: Erfüllungsort und Gerichtsstand Hamburg enthalten. Beide Punkte hätten jedoch im Rahmen der gesamten Vereinbarung nur ein so geringes Gewicht, die Erfüllungsort- und Gerichtsstandsklausel sei zudem im Exportgeschäft so üblich, daß die Beklagte der "Verkaufsbestätigung" habe widersprechen müssen, wenn sie diese beiden Punkte nicht als Vertragsinhalt habe gelten lassen wollen.

Diese Begründung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, den Unterschied zwischen einer Auftragsbestätigung - für die insbesondere § 150 Abs. 2 BGB gilt - und einem Bestätigungsschreiben verkannt. Es hat vielmehr mit sorgfältiger und zutreffender Begründung die "Verkaufsbestätigung" als Bestätigungsschreiben qualifiziert. Hierzu war es berechtigt, weil dem Fernschreiben Nr. 719 der IChH vom 21. März 1967, durch das IChH namens der Beklagten Ware "bestellte", weitere fernmündliche und fernschriftliche Verhandlungen folgten, deren Ergebnis die Klägerin in der "Ver-

kaufsbestätigung" zusammenfassend bestätigte. Die Revision hat auch insoweit keinen Rechtsfehler aufgezeigt, als das Berufungsgericht die Differenzen zwischen dem Ergebnis der vorher gepflogenen Verhandlungen und dem Inhalt der "Verkaufsbestätigung" nicht für schwerwiegend hält. Insbesondere bedurfte es keiner weiteren Begründung, daß der deutsche Exporteur üblicherweise den Sitz seiner Firma als Erfüllungsort und Gerichtsstand vereinbart. Die Revision behauptet selbst nicht, daß dies etwa nicht der Fall sei.

Die Vorinstanzen haben deshalb mit Recht Gerichtsstand Hamburg als rechtswirksam vereinbart angesehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Messner

Mormann

Dr. Reinhardt

Braxmaier