

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 24. September 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung restlichen Werklohns nach der Kündigung eines Werkvertrages. Die Parteien streiten unter anderem über die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte und die Wirksamkeit der Klagezustellung. Die Beklagte hat die fehlende internationale Zustän-

digkeit der deutschen Gerichte gerügt und hilfsweise zur Hauptsache verhandelt.

II.

Die Beklagte, eine Aktiengesellschaft italienischen Rechts mit Sitz in Mailand, betreibt ein Bauunternehmen. Ihr war der Auftrag erteilt worden, umfangreiche Hoch- und Tiefbauarbeiten zur Errichtung eines Einkaufszentrums und Bürogebäudes in S. auszuführen. Sie beabsichtigte, die Klägerin als Subunternehmerin einzusetzen. Die Parteien führten umfangreiche Vertragsverhandlungen. Im Februar 1993 erteilte die Beklagte der Klägerin einen Auftrag zur Ausführung der Arbeiten an dem Objekt "Einkaufszentrum und Bürogebäude S.-G.". Während der Vertragsdurchführung entstand zwischen den Parteien Streit. Beide Parteien kündigten den Vertrag aus wichtigem Grund.

III.

Das Landgericht hat die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ bejaht und der Klage überwiegend stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts auf die Berufung der Beklagten aufgehoben und die Sache gemäß § 539 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung mit der Begründung an das Landgericht zurückverwiesen, der Rechtsstreit sei noch nicht rechtshängig, weil die Klageschrift der italienischen Beklagten nicht ordnungsgemäß zugestellt worden sei. Die Klägerin erstrebt mit ihrer Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision der Klägerin hat Erfolg, sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

II.

1. Das Berufungsgericht meint, das Landgericht habe zu Recht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bejaht:

a) Maßgeblich für die Beurteilung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte sei das EuGVÜ. Allgemeiner Gerichtsstand der Beklagten sei nach Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ Mailand in Italien. Die internationale Zuständigkeit des Landgerichts sei allerdings nach dem Wahlgerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ eröffnet. Der Erfüllungsort der streitigen Forderung sei S.. Das maßgebliche Recht zur Beurteilung des Erfüllungsortes bestimme sich nach dem Internationalen Privatrecht des mit der Sache befaßten deutschen Gerichts, also nach den Art. 27 ff. EGBGB.

b) Da die Parteien keine Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB getroffen hätten, sei das anwendbare Recht nach Art. 28 EGBGB zu bestimmen. Nach der Regelvermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB sei für das Vertragsver-



hältnis der Parteien deutsches materielles Recht berufen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt sei der gewöhnliche Aufenthalt der Vertragspartei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, die die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringe. Handele es sich bei der Vertragspartei um eine Gesellschaft, dann sei der Sitz der Hauptverwaltung dieser Gesellschaft maßgeblich. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses habe die Klägerin, die als Auftragnehmerin die für den Werkvertrag charakteristische Leistung zu erbringen habe, ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland gehabt. Nach der Gegenvermutung des Art. 28 Abs. 5 EGBGB, die abweichend von der Regelvermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB das nationale Recht beruft, zu dem der Vertrag aufgrund der Gesamtheit der Umstände eine engere Verbindung aufweist als zu dem nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB berufenen Recht, ergebe sich ebenfalls eine Vermutung zugunsten des deutschen materiellen Rechts. Die Verhandlungen seien überwiegend in deutscher Sprache geführt worden, die Parteien hätten spezielle deutsche Regelungen, die VOB/B, die HOAI, DIN-Normen und TÜV-Bestimmungen vereinbart. Außerdem hätten sie als Valuta für die Werklohnforderung DM vereinbart.

c) Für die Bestimmung des Erfüllungsortes der Klagforderung seien die §§ 269 ff. BGB maßgeblich. Da die Parteien keine Vereinbarungen über den Erfüllungsort getroffen hätten, sei der Erfüllungsort der Werklohnforderung der Ort der Baustelle in S..

2. Diese Erwägungen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Das Berufungsgericht hat die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach dem EuGVÜ, die in jedem Stadium des Verfahrens auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (st. Rspr. des BGH, Urteil vom 21. November 1996 - IX ZR 264/95 = BGHZ 134, 127, 129 f; vgl. die weiteren

Nachweise bei Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht Rdn. 463 f), zu Recht bejaht.

b) Im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu Italien ist das EuGVÜ in Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ) anwendbar. Die Vorschriften des EuGVÜ zur internationalen Zuständigkeit der Gerichte verdrängen die entsprechenden Regelungen des autonomen Internationalen Zivilprozeßrechts (EuGH, Urteil vom 15. November 1983 - Rs.C-288/82 = Slg. 1983, 3663 = IPRax 1985, 92; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einl. Rdn. 16; Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Einl. Rdn. 12 f; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozeßrecht, 4. Aufl. § 3 Rdn. 154).

c) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist nicht durch rügelose Einlassung der Beklagten gemäß Art. 18 EuGVÜ begründet worden. Die Begründung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 18 EuGVÜ wird verhindert, wenn der Beklagte die internationale Zuständigkeit rügt und sich gleichzeitig hilfsweise zur Hauptsache einläßt (EuGH, Urteil vom 24. Juni 1981 - Rs.C-150/80 = Slg. 1981, 1671 = IPRax 1982, 234; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Art. 18 Rdn. 46; Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Art. 18 Rdn. 10 bis 12).

d) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist nach § 5 Nr. 1 EuGVÜ am Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung eröffnet.

(1) Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist der Erfüllungsort nicht vertragsautonom zu bestimmen, sondern nach dem materiellen Recht, das von dem Internationalen Privatrecht des angerufenen Gerichts für das Vertragsverhältnis berufen ist (EuGH, Urteil vom 29. Juni 1994 - Rs.C-288/92 =

Slg. 1994 I, 2913 = NJW 1995, 183; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Art. 5 Rdn. 62 bis 71; Kropholler, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Art. 5 Rdn. 16 bis 21).

(2) Die Regelvermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB gilt auch für Bauverträge. Danach ist das Recht des Staates anzuwenden, in welchem die Partei ihren Sitz hat, welche die charakteristische Leistung des Vertrages zu erbringen hat. Der Werkvertrag wird wie beispielsweise der Dienstvertrag (BGH, Urteil vom 17. November 1994 - III ZR 70/93 = BGHZ 128, 41, 48) nicht durch die Geldleistung des Auftraggebers, sondern durch die Leistung des Auftragnehmers charakterisiert. Das führt regelmäßig zum Recht des Ortes der Niederlassung des Werkunternehmers. Die Baustelle ist für sich genommen kein hinreichender Umstand, der abweichend von der Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB eine engere Verbindung im Sinne des Art. 28 Abs. 5 EGBGB begründen könnte (MünchKomm-Martiny, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. Rdn. 141 f; Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht Rdn. 280 ff; Schröder/Wenner, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. Rdn. 408 f, jeweils m.w.N.).

(3) Der Erfüllungsort der Werklohnforderung ist nach deutschem Recht, wenn die Parteien keine Erfüllungsortvereinbarung getroffen haben, der Ort des Bauwerkes (BGH, Urteil vom 5. Dezember 1985 - I ARZ 737/85 = BauR 1986, 241 = ZfBR 1986, 80).

e) Aufgrund einer Vorlage des französischen Kassationshofs vom 9. Dezember 1997 (Rs.C-440/97 = ABl. EG C 55 vom 20. Februar 1998, S. 21 = Rev. crit. 1998, 117), über die der EuGH bisher nicht entschieden hat (vgl. Jayme/Kohler, IPRax 1998, 417, 422 f), mußte der Senat darüber befinden, ob er die Sache nach § 148 ZPO bis zu einer Entscheidung des EuGH aussetzt.

Der Kassationshof hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob der Erfüllungsort im Sinne des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ nach dem Internationalen Privatrecht des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts zu bestimmen ist, oder nach Maßgabe der Art des Schuldverhältnisses und der Umstände des Einzelfalles, insbesondere nach dem Recht des Ortes, an welchem die Leistung tatsächlich erbracht wurde oder zu erbringen war, ohne das materielle Recht anwenden zu müssen, das nach den Kollisionsnormen maßgebend ist.

Ungeachtet der Antwort des EuGH auf die vom Kassationshof vorgelegte Frage ist die Entscheidung des EuGH für diesen Rechtsstreit nicht vorgreiflich, so daß eine Aussetzung nach § 148 ZPO nicht erforderlich war. Sollte der EuGH seine bisherige Rechtsprechung aufgeben und seine Rechtsprechung im Sinne der zweiten Alternative der Vorlagefrage ändern, dann wäre nach Art des Schuldverhältnisses und den Umständen des Einzelfalles der Erfüllungsort ebenfalls in der Bundesrepublik Deutschland. Die Klägerin, mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland, hatte aufgrund eines Bauvertrages, für den das deutsche materielle Recht nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB berufen ist, ihre Werkleistung für eine Baustelle in der Bundesrepublik Deutschland zu erbringen. Die Parteien hatten für die Werkleistung der Klägerin die VOB/B, die HOAI, die deutschen DIN-Normen und die deutschen TÜV-Bestimmungen sowie als Valuta für die Werklohnforderung Deutsche Mark vereinbart.

III.

1. Das Berufungsgericht hat die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht nach den §§ 539, 540 ZPO damit begründet, daß die Klage der Beklagten in Mailand bisher nicht wirksam zugestellt worden und der Zustellungsmangel nicht geheilt sei:

a) Da die Beklagte ihren Sitz in Italien habe, hätte die Zustellung gemäß § 199 ZPO nach den Regeln des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Handels- und Zivilsachen vom 15. November 1965 (HZÜ) erfolgen müssen. Das sei nicht geschehen. Die Zustellung der Klage sei vielmehr an die Zustellungsanschrift in M. erfolgt, die von der Klägerin angegeben worden sei. Die Auslandszustellung nach § 199 ZPO sei auch nicht entbehrlich gewesen, weil die Beklagte im Zeitpunkt der Zustellung weder einen Prozeßbevollmächtigten noch einen Zustellungsbevollmächtigten gehabt habe. Der Rechtsanwalt E., an den zugestellt worden sei, habe weder eine Prozeßvollmacht noch eine Zustellungsvollmacht gehabt.

b) Die Zustellung an die Anschrift in M. sei auch deshalb nicht wirksam gewesen, weil die Beklagte dort keine Zweigniederlassung unterhalten habe. Außerdem habe die Klage keine Beziehung zu dem Geschäftsbetrieb einer etwaigen Niederlassung der Beklagten in M. gehabt.

c) Der Zustellungsmangel sei auch nicht geheilt worden. Eine Heilung des Zustellungsmangels nach § 187 ZPO komme nicht in Betracht. Eine derartige Heilung sei nur möglich, wenn nationale Vorschriften verletzt worden seien. Wenn Vorschriften des HZÜ verletzt worden seien, sei eine Heilung nach § 187 ZPO nicht möglich. Zustellungsmängel nach dem HZÜ könnten nur geheilt werden, wenn das HZÜ eine Heilungsmöglichkeit vorsehe, das sei nicht der Fall.

d) Der Zustellungsmangel führe nicht zur endgültigen Unzulässigkeit der Klage. Da der Mangel noch behoben werden könne, sei die Sache gemäß den §§ 539, 540 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen.

2. Diese Erwägungen halten im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

a) Für die Zustellung einer Klageschrift an eine ausländische Partei im Zivilprozeß sind die Regeln des autonomen Internationalen Zivilprozeßrechts und die Regeln internationaler Abkommen, vor allem des HZÜ maßgeblich. Das EuGVÜ regelt die Fragen der Zustellung nicht, so daß auch im Geltungsbereich des EuGVÜ das autonome Recht und die internationalen Abkommen die Voraussetzungen einer wirksamen Zustellung regeln (vgl. Kropholler, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Art. 20 Rdn. 3; Stürner, JZ 1992, 325).

b) Die Frage, ob eine Klage an einen Beklagten mit Sitz im Ausland im Wege der Auslandszustellung nach § 199 ZPO i.V.m. den Regelungen des HZÜ erfolgen muß oder ob eine Zustellung im Inland möglich ist, entscheidet das autonome Internationale Zivilprozeßrecht (Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. Rdn. 2108). Eine Auslandszustellung nach § 199 ZPO ist nicht erforderlich, wenn dem Beklagten an einem Geschäftslokal im Inland (§ 183 ZPO), einem Zustellungsbevollmächtigten oder einem Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden kann (BGH, Urteil vom 22. November 1988 - VI ZR 226/87 = NJW 1989, 1154 = RIW 1989, 481; Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. Rdn. 2108; Zöller/Geimer, ZPO, 21. Aufl., § 199 Rdn. 15). Letzteres ist hier geschehen.

(1) Das Berufungsgericht hat eine wirksame Zustellung nach den §§ 183, 184 ZPO zu Recht verneint. Nach den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte im Zeitpunkt der Zustellung keine Niederlassung in M.. Ob die unwirksame Zustellung an die vermeintliche Niederlassung in M. dadurch geheilt worden ist, daß die Klageschrift in die Hände des späteren Prozeßbevollmächtigten der Beklagten gelangt ist, kann für die Ent-

scheidung des Senats dahinstehen. Es kommt deshalb auch nicht auf die Frage an, ob Verstöße gegen Vorschriften des HZÜ gemäß § 187 ZPO geheilt werden können (vgl. hierzu Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. Rdn. 2125).

(2) Das Berufungsgericht hat aber übersehen, daß mit Verfügung des Vorsitzenden der Zivilkammer des Landgerichts vom 21. November 1994 die Klage an Rechtsanwalt H. als Prozeßbevollmächtigten der Beklagten (§ 176 ZPO) am 23. November 1994 ordnungsgemäß zugestellt worden ist. Spätestens aufgrund dieser Zustellung, die vom Berufungsgericht von Amts wegen hätte berücksichtigt werden müssen, war der Rechtsstreit anhängig. Das Berufungsgericht hätte folglich nicht nach den §§ 539, 540 ZPO verfahren dürfen.

c) Die Frage, ob die erste Zustellung gemäß § 187 ZPO geheilt worden ist, wird nur dann entscheidungserheblich, wenn es auf die materiell-rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommen sollte. Die materiell-rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit in einem grenzüberschreitenden Zivilprozeß, wie beispielsweise die Verjährungsunterbrechung, die Verschärfung der Haftung, die Verpflichtung zur Zahlung von Prozeßzinsen, richten sich nach dem vom Internationalen Privatrecht des mit der Sache befaßten Gerichtes und nicht nach dem Internationalen Zivilprozeßrecht (Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art. 21 Rdn. 53; Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rdn. 350 ff, 703).

Ullmann

Thode

Haß

Hausmann

Wiebel