

BUNDESGERICHTSHOF

26
0418 021

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 68/69

URTEIL

Verkündet am

5. Oktober 1971
Schwingen,
Amtsinspektor
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Societa A [REDACTED] (S.A.) T [REDACTED] AL [REDACTED]
"S.A.T.A.", G [REDACTED] (Ge [REDACTED])/I [REDACTED], Via C [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer,
Ingenieur Mario V [REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Franz L [REDACTED], Alleininhaber: Ingenieur Franz
L [REDACTED], Ma [REDACTED]/Ofr.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Trüstedt, Claßen, Ballhaus, Dr. Bruchhausen und Ochmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Nürnberg vom 24. Juni 1969 wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin zweier italienischer Patente für Maschinen zur automatischen Herstellung von Wabenträgern aus Vollwandträgern und stellt solche Maschinen her.

Die Beklagte wurde nach der Darstellung des Berufungsgerichts am 19. Dezember 1962 gegründet und am 28. Januar 1963 in das Handelsregister eingetragen. Vor ihrer Gründung fanden zur Vorbereitung ihrer Geschäftstätigkeit Verhandlungen mit der Klägerin statt; diese führten am 5. Dezember 1962 zur Unterzeichnung eines Vertrages zwischen der Klägerin und "der sich in Gründung befindlichen Gesellschaft ..., vertreten von Dr.-Ing. Mario V. [REDACTED] und Luigi R. [REDACTED] (kurz Lizenznehmer genannt)." In diesem Vertrag ist u.a. bestimmt:

- 3 -

"1. Vertragsgegenstand und örtliches Vertragsgebiet:

- a) Vertragsgegenstand sind alle Verfahren und Verrichtungen (muß wohl heißen: V o r r i c h - t u n g e n) für die Herstellung und Lieferung von Spezial-Wabenträgern in gerader, gebogener und konischer Form in Stahl nach dem "VERFAHREN SYSTEM L [REDACTED]" (Patent Nr. ...).
- b) ...

2. Fertigungsmaschinen und -einrichtungen:

- a) Spätestens am 15. März 1963 liefert die Firma Litzka an Lizenznehmer einen Schneidautomaten mit drei Brennern eine Zusammenbaumaschine wie besichtigt ohne Schweißmaschine und ohne Druckluft-Erzeugungsanlage zum Gesamtpreis von DM 250.000 per Stück.

...

Zahlbar ...

...

3. Fertigung, Werbung und Vertrieb:

- a) Der Lizenznehmer verpflichtet sich zur sofortigen Aufnahme aller notwendigen und zweckmäßigen Vorbereitungshandlungen zur alsbaldigen Aufnahme der Fertigung des Vertragsgegenstandes.
- b) Zu diesem Zweck wird der Lizenznehmer unverzüglich durch seine Konstruktions-, Entwicklungs- und Fabrikationsabteilungen alle erforderlichen Handlungen durchführen, um die Serienfertigung des Vertragsgegenstandes schnellstens aufnehmen zu können. Danach wird Lizenznehmer alle Handlungen durchführen, die eine zügige Serienfertigung und Lieferung sicherstellen.

4. Lizenzgebühren:

- a) Lizenznehmer zahlt an die Firma L [REDACTED] vom jeweiligen Verkaufspreis der Wabenträger eine Anerkennungsgebühr von ...

...



d) ...

Die zu zahlende Mindestroyalty beträgt im
1. Jahr 80.000 ... im 2. Jahr 122.500 ...
im 3. Jahr ...

6. Verfahren "SYSTEM L [REDACTED]"

Die Wabenträger bzw. die hierauf bezüglichen
Drucksachen sind mit dem Aufdruck "Verfahren
SYSTEM L [REDACTED]" zu versehen.

7. Vertragsdauer etc.

a) Der Vertrag beginnt, wenn die neue Gesell-
schaft - diese ist verbindlich bis zum
12. Dezember 1962 gegründet - fertig ist,
ihre Produktion von Spezial-Wabenträgern
anzufangen, aber jedenfalls nicht später
als 15. Mai 1963, und hat eine Dauer von
15 Jahren.

...

c) Jede Partei erhält einen deutschen und
italienischen Vertragstext; für die Aus-
legung gilt der deutsche Text.

d) Sollte eine der Vertragsbestimmungen rechts-
unwirksam werden, so wird dadurch die Gül-
tigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen
nicht berührt.

e) Zuständigkeitsort ist der Sitz der Firma
L [REDACTED].

f) Es gilt ausschließlich deutsches Recht für
alle aus diesem Vertrag sich ergebenden
Rechtsverhältnisse."

Mit Schreiben vom 14. Dezember 1962 unterrichtete
der Geschäftsführer Vi [REDACTED] der Beklagten die Klägerin
über die erfolgte Gründung der Beklagten und bat zugleich
um Ausstellung einer "Pro-forma-Rechnung für Automaten"
und Übersendung von technischem Informationsmaterial.

Die Klägerin übersandte daraufhin der Beklagten zu Händen ihres Geschäftsführers Vi[REDACTED] eine "Interimsrechnung" vom 22. Dezember 1962, die nicht ausdrücklich auf irgendwelche vorangegangenen schriftlichen oder mündlichen Besprechungen Bezug nahm, in der Höhe und in den Zahlungsmodalitäten jedoch der Vereinbarung vom 5. Dezember 1962 entsprach. Die Rechnung wurde im Laufe des Jahres 1963 von der Beklagten unter Bezugnahme auf diese Rechnung in den übereinstimmend sowohl in der Rechnung wie auch in der Vereinbarung vom 5. Dezember 1962 genannten Teilbeträgen gezahlt. Die entsprechenden Maschinen wurden, wie in der Vereinbarung vom 5. Dezember 1962 bezeichnet, Ende 1963 von der Klägerin ausgeliefert und Anfang Februar 1964 in Betrieb genommen. Die Parteien streiten darüber, ob die Maschinen mangelhaft waren und in der Folgezeit weiter benutzt werden konnten. Im Briefkopf ihrer Geschäftspapiere und in ihren Katalogen wies die Beklagte auf das Bestehen eines Lizenzvertrages mit der Klägerin hin. Sie sorgte auch für die Bezahlung der fälligen Gebühren für eines der einschlägigen italienischen Patente der Klägerin.

Mit Datum vom 14. Dezember 1962 unterbreitete die Klägerin ferner der in Gründung befindlichen Beklagten zu Händen ihres jetzigen Geschäftsführers, des Ingenieurs Mario V[REDACTED], unter Bezugnahme auf eine Besprechung vom 4. Dezember 1962 ein Angebot über eine Hallenkonstruktion für eine Fabrikhalle zum Preise von 78.900,-- DM. Ein entsprechender Auftrag wurde fernschriftlich von Herrn V[REDACTED] am 2. Januar 1963 erteilt und seitens der Klägerin mit Schreiben vom 4. Januar 1963 bestätigt. Die Klägerin lieferte auch diese Hallenkon-

struktion an die Beklagte.

Nach Darstellung der Beklagten waren sowohl die von der Klägerin gelieferten beiden Maschinen als auch die Hallenkonstruktion mangelhaft. Sie hat daher im Februar 1966 beim Appellationsgericht in Genua Klage auf Schadenersatz und Beseitigung der behaupteten Mängel erhoben und dabei u. a. beantragt, "gegebenenfalls" gleichzeitig auszusprechen, daß sie der Klägerin (im dortigen Rechtsstreit: Beklagte) keine Lizenzgebühr zahlen müsse. Die Klägerin (Beklagte jenes Rechtsstreits) hat in erster Linie die fehlende internationale Zuständigkeit des Gerichts in G■■■■ gerügt und gleichzeitig für den Fall der Bejahung der Zuständigkeit durch das Gericht in G■■■■ Eventual-Widerklage auf Zahlung der fällig gewordenen Lizenzgebühren erhoben. Nachdem die Klägerin die vorliegende Klage erhoben hatte, hat sie vor dem Gericht in G■■■■ den "Verzicht" (rinuncia) auf ihre dort erhobene Eventual-Widerklage erklärt. Die Beklagte hat diesem Verzicht widersprochen. Die Parteien streiten darüber, ob der "Verzicht" auf die Widerklage nach italienischem Recht wirksam geworden ist.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin die in Ziffer 4 des Vertrages vom 5. Dezember 1962 vereinbarte Mindestgebühr für das erste Vertragsjahr geltend. Sie hat demgemäß in erster Instanz beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 80.000,-- DM
nebst 10 % Zinsen seit dem 15. Mai 1964
zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet den Klageanspruch und hat vorweg geltend gemacht:

Die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts sei nicht gegeben. Einer Sachentscheidung stehe auch die Rechtshängigkeit vor dem Gericht in G[REDACTED] entgegen. Ferner bestehe für eine Zahlungsklage in der Bundesrepublik kein Rechtsschutzinteresse, da die Beklagte über kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen in der Bundesrepublik verfüge und eine Anerkennung des deutschen Urteils in Italien wegen Verletzung zwingender italienischer Zuständigkeitsvorschriften nicht möglich sei.

Auf den Vertrag vom 5. Dezember 1962 könne die Klägerin sich nicht berufen, da er hinsichtlich der Gerichtsstandsvereinbarung gegen zwingende materielle und formelle Vorschriften des insoweit anzuwendenden italienischen Rechts verstoße und daher nichtig sei. Im übrigen könne die Beklagte durch diesen Vertrag schon deshalb nicht gebunden sein, weil sie bei Vertragsschluß noch nicht bestanden habe und den Vertrag auch nicht später gemäß den Vorschriften des italienischen Rechts förmlich bestätigt ("ratifiziert") habe. Grundlage für die Lieferung und Bezahlung der beiden Maschinen sei nicht etwa der Vertrag vom 5. Dezember 1962, sondern die Rechnung der Klägerin vom 22. Dezember 1962 und die unmittelbar vorausgegangene Bestellung der Beklagten gewesen; beide hätten aber nicht auf den Vertrag Bezug genommen. Sie habe mit der Klägerin nur einen einzigen Vertrag geschlossen, der sich auf Ausarbeitung, Konstruktion und Herstellung eines Industriewerks in Italien mittels zweier von der Klä-

- 8 -

gerin gebauter Maschinen bezogen habe; die Einzelheiten des Vertragsverhältnisses seien nicht in der Vereinbarung vom 5. Dezember 1962, sondern in der nachfolgenden Korrespondenz zwischen den Parteien geregelt worden.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil die "Einrede der Beklagten, daß die deutsche Gerichtsbarkeit nicht gegeben sei", verworfen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Nr. I des landgerichtlichen Urteils wie folgt gefaßt wird:

"Die Einrede der Beklagten wird verworfen, daß das Landgericht Nürnberg-Fürth örtlich unzuständig ist."

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die internationale Zuständigkeit als Unterfall der örtlichen Zuständigkeit angesehen und demgemäß mit der Fassung des Urteilsauspruchs nicht nur über die internationale Zuständigkeit, sondern zugleich auch über die örtliche Zuständigkeit entschieden. Das war nicht richtig. Die internationale und die örtliche Zuständigkeit sind verschiedene Prozeßvoraussetzungen, die selbständig nebeneinander stehen (vgl. BGHZ 44, 46, 51; BGH GRUR 1969, 373, 375 - Multo-plane; Stein/Jonas/Pohle, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl.,

Anm. V 3 vor § 12; Kegel in Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl., Anm. 369 vor Art. 7 EGBGB). Gegenstand des landgerichtlichen Urteils war trotz der mißverständlichen Fassung des Urteilsausspruchs allein die internationale Zuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit war - bei Vorliegen der internationalen Zuständigkeit - nicht streitig. Es bestand deshalb kein Anlaß, besonders über sie zu entscheiden (§ 275 ZPO). Das hat das Landgericht auch nicht getan. Die zu weite Fassung des angefochtenen Urteils wird jedoch von der Revision nicht gerügt.

II. 1. Das Berufungsgericht führt aus: Es habe im Rahmen des ihm unterbreiteten Zwischenstreits nur darüber zu entscheiden, ob das Landgericht seine Zuständigkeit aus zutreffenden Gründen bejaht habe; die Entscheidung über weitere prozessuale Einwendungen der Beklagten obliege ihm nicht, da das Landgericht nur über die Zuständigkeit des deutschen Gerichts entschieden habe. Die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit (vor dem italienischen Gericht in G■■■■) sei nicht vorrangig vor der Zuständigkeit zu prüfen gewesen; denn nur das örtlich zuständige Gericht sei befugt, darüber zu entscheiden, ob der Rechtsstreit in Genua der Durchführung des vorliegenden Verfahrens entgegensteht. Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit sei auch nicht von der Frage abhängig, ob das Urteil eines deutschen Gerichts in Italien anerkannt werden könnte.

2. In der schriftlichen Revisionsbegründung wird demgegenüber der Standpunkt vertreten, die Reihenfolge der Prüfung mehrerer Prozeßvoraussetzungen bestimme sich nach dem praktischen Gesichtspunkt ihrer Abhängigkeit voneinander unter Beachtung des Grundsatzes der Prozeßökonomie; dementsprechend sei im vorliegenden Fall vor der Zuständigkeitsfrage zunächst das Rechtsschutzbedürfnis und - nach Ansicht der Revision als Unterfrage im Rahmen der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses - die Einrede der anderweiten Rechtshängigkeit zu prüfen gewesen.

3. Diese Revisionsrüge ist nicht begründet. Wenn hierzu auch in der Rechtslehre im einzelnen vieles streitig ist, so besteht doch jedenfalls Übereinstimmung darüber, daß grundsätzlich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (einschließlich der internationalen Zuständigkeit) vor der Einrede der anderweiten Rechtshängigkeit und beide Erfordernisse vor dem Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen sind (vgl. Stein/Jonas/Pohle aaO, § 274 Anm. II 3; Wieczorek, ZPO, § 274 Anm. B I; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., Einführung vor § 274, Bem. 3; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., § 97 V 5, S. 467). Die Einhaltung dieser Reihenfolge ist allein sachgerecht; denn nur so ist gewährleistet, daß das zuständige Gericht darüber entscheidet, ob eines der beiden genannten Prozeßhindernisse einer Sachentscheidung entgegensteht. Auch prozeßökonomische Gründe boten im vorliegenden Fall keinen hinreichenden Grund zu einer Umkehr der Reihenfolge, zumal die Fragen der anderweiten Rechtshängigkeit und des Rechtsschutzbedürfnisses durchaus nicht ohne weiteres leichter und schneller im Sinne der Beklagten zu entscheiden gewesen wären.

Da die Fragen der anderweiten Rechtshängigkeit und des Rechtsschutzbedürfnisses nicht vorrangig vor der Frage der internationalen Zuständigkeit zu prüfen waren, und da allein letztere Gegenstand des landgerichtlichen Zwischenurteils war, ist der Rechtsstreit auch nur insoweit in die Berufungsinstanz gelangt. Das Berufungsgericht hat sich daher zu Recht auf die Prüfung der internationalen Zuständigkeit beschränkt (vgl. BGHZ 27, 15, 28).

III. 1. Das Berufungsgericht geht von einer vertraglichen Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit des deutschen Gerichts gemäß Ziff. 7 e des Vertrages vom 5. Dezember 1962 aus. Es bejaht die Bindung der Beklagten an diesen Vertrag nicht wegen seiner Unterzeichnung im Namen der damals noch nicht gegründeten Beklagten, sondern wegen deren Verhaltens nach ihrer Gründung im Geschäftsverkehr mit der Klägerin. Zustandekommen und Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung beurteilt und bejaht das Berufungsgericht ausschließlich nach deutschem Recht, wobei es sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 159, 255) beruft, wonach die Gerichtsstandsvereinbarung als prozeßrechtliche Vereinbarung allein nach der "lex fori" zu beurteilen sein soll.

2. Die Revision macht demgegenüber geltend, daß eine Gerichtsstandsvereinbarung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 49, 384) als materiell-rechtlicher Vertrag zu behandeln sei. Sie folgert hieraus, daß Zulässigkeit und Zustandekommen des Vertrages einschließlich der Gerichtsstandsvereinbarung gemäß dem Grundsatz "locus regit actum" nach italieni-

schem Recht zu beurteilen seien. Nach italienischem Recht sei die Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam. Der Ausschluß der italienischen Gerichtsbarkeit sei für einen in Italien domizilierenden Vertragspartner gemäß Art. 2 der italienischen Zivilprozeßordnung schlechthin unzulässig. Außerdem seien die Formvorschriften des Art. 29 der italienischen Zivilprozeßordnung und des Art. 1341 des italienischen Zivilgesetzbuches nicht beachtet worden.

3. Auch diese Angriffe der Revision sind nicht begründet.

a) Bei der Frage nach dem auf eine internationale Zuständigkeitsvereinbarung anzuwendenden Recht ist zwischen der prozeßrechtlichen Frage der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung und der materiellrechtlichen Frage ihres Zustandekommens zu unterscheiden. Das Reichsgericht (RGZ 159, 255 m.w.Nachw.) hatte noch jede Gerichtsstandsvereinbarung als prozeßrechtliche Vereinbarung angesehen und demgemäß sowohl hinsichtlich ihres Zustandekommens als auch hinsichtlich ihrer Zulässigkeit allein nach dem Recht des angerufenen Gerichts beurteilt. Demgegenüber hat sich der Bundesgerichtshof (BGHZ 49, 384) auf den Standpunkt gestellt, daß eine vor Beginn des Prozesses getroffene Gerichtsstandsvereinbarung als ein Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen anzusehen sei, dessen Zustandekommen sich nach bürgerlichem Recht richte. Das entspricht auch der heute herrschenden Meinung in der Rechtslehre (vgl. Wieczorek, aaO, § 38, Anm. C I; Baumbach/Lauterbach, aaO, § 38 Anm. 2 A; Stein/Jonas/Pohle, aaO, § 38 I, 3; Rosenberg/Schwab, aaO, § 37 I 1). Hiervon abzuweichen besteht keine Veranlassung. Wenn demnach

auch das Zustandekommen einer vorprozessualen Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich nach bürgerlichem Recht und daher gemäß internationalem Privatrecht gegebenenfalls nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, so ändert das nichts daran, daß über die Zulässigkeit und Wirkung einer solchen Vereinbarung - auch soweit sie die internationale Zuständigkeit betrifft - allein das innerstaatliche Prozeßrecht entscheidet (vgl. Stein/Jonas/Pohle, aaO, § 38 IV; Baumbach/Lauterbach, aaO, § 38 Anm. 1; Rosenberg/Schwab, aaO, § 37 I 1; Soergel/Siebert, aaO, Bem. 380 vor Art. 7 EGBGB). Insoweit läßt sich auch aus der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nichts anderes entnehmen. Dort ist nämlich vor allem auf die Ausführungen bei Rosenberg, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., § 36 I 1 Bezug genommen, wo deutlich zwischen dem Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung einerseits und ihrer Zulässigkeit andererseits unterschieden wird. Daß sich die Zulässigkeit einer internationalen Zuständigkeitsvereinbarung in jedem Falle nach der "lex fori", hier also nach deutschem Prozeßrecht, richtet, hat der Bundesgerichtshof auch in anderen Entscheidungen dadurch anerkannt, daß er eine die deutsche Gerichtsbarkeit ausschließende Vereinbarung nur dann als wirksam angesehen hat, wenn nicht nach deutschem Prozeßrecht ein ausschließlicher (deutscher) Gerichtsstand gegeben war (vgl. BGHZ 49, 124, 127; BGH MDR 68, 474 = LM Nr. 7 zu § 38 ZPO).

Nach deutschem Prozeßrecht bestehen gegen die Zulässigkeit der in Streit stehenden Gerichtsstandsvereinbarung keine Bedenken, wie das Berufungsgericht zu Recht festgestellt hat und auch die Revision nicht verkennt. Der Gerichtsstandsvereinbarung steht insbesondere

auch nicht die Vorschrift des § 40 Abs. 2 ZPO entgegen, da diese Vorschrift nur den Fall betrifft, daß ein inländischer ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist (vgl. BGH GRUR 1969, 373, 376 re. Sp. - Multoplane).

b) Die Rechtsordnung, nach der gemäß den vorstehenden Ausführungen das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung und insbesondere die Einhaltung etwaiger Formvorschriften zu beurteilen ist, ist nach den Regeln des deutschen internationalen Privatrechts zu ermitteln. Daraus folgt entgegen der Ansicht der Revision noch nicht, daß die Formvorschriften des italienischen Rechts anzuwenden wären. Die einzuhaltende Form des Vertrages bestimmt sich gemäß Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nach dem für den Gegenstand des Vertrages maßgebenden Recht. Das dafür maßgebliche Recht richtet sich wiederum in erster Linie danach, was die Parteien vereinbart haben (BGHZ 52, 239, 241; Soergel/Siebert, aaO, Bem. 220 vor Art. 7 EGBGB). Für eine solche Vereinbarung ist keine besondere Form vorgeschrieben; sie kann daher insbesondere auch durch schlüssiges Verhalten getroffen werden (vgl. dazu BGHZ 52, 239, 241; Soergel/Siebert, aaO, Bem. 235 - 239 vor Art. 7 EGBGB). Nimmt man deshalb mit dem Berufungsgericht an, daß die Parteien sich darüber geeinigt haben, ihren Geschäftsbeziehungen den Vertrag vom 5. Dezember 1962 zugrunde zu legen, so ergibt sich aus Ziffer 7 f dieses Vertrages, daß ausschließlich deutsches Recht maßgeblich sein soll, das dann gemäß Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auch für die Form des Vertrages gilt. Nach deutschem Recht waren aber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, keine Formvorschriften zu beachten.

Auch die Vereinbarung deutschen Rechts bedurfte im vorliegenden Fall keiner Form, gleichgültig, ob man sie nach der lex fori oder nach dem vereinbarten Recht beurteilt (vgl. BGHZ 53, 189, 191; Soergel/Siebert, aaO, Bem. 234 vor Art. 7 EGBGB).

IV. 1. Bei der Prüfung der Frage, ob zwischen den Parteien eine verbindliche Vereinbarung mit dem Inhalt des schriftlichen Vertrages vom 5. Dezember 1962 zustande gekommen ist, geht das Berufungsgericht ersichtlich davon aus, daß die Unterzeichnung des Vertrages vom 5. Dezember 1962 durch "Vertreter" der damals noch nicht rechtsfähigen Beklagten diese noch nicht habe binden können. Das Berufungsgericht bejaht eine Bindung der Beklagten jedoch auf Grund ihres späteren Verhaltens und führt hierzu aus (BU S. 8/9): Die Beklagte habe nach ihrer Errichtung den während ihres Gründungsstadiums durch ihren Vertreter für sie geschlossenen Vertrag dadurch als bestehend behandelt, daß sie die vertragsmäßigen Leistungen im Empfang genommen und die Verpflichtungen erfüllt habe. Sie habe die Klägerin ausdrücklich zur Lieferung der im Vertrag aufgeführten Maschinen aufgefordert und habe ihrerseits den Kaufpreis in den festgelegten Raten bezahlt. Sie sei auch der Verpflichtung nach Ziff. 6 des Vertrages nachgekommen, indem sie in ihren Geschäftspapieren ausdrücklich auf die "Lizenz L [REDACTED]" hingewiesen habe. Aus diesem Verhalten der Beklagten ergebe sich somit in unwiderleglicher Weise, daß sie sich nach ihrer Gründung den von ihren Vertretern geschlossenen Vertrag vom 5. Dezember 1962 zu eigen gemacht habe und auf der Grundlage des Vertrages tätig geworden sei.

2. Die Revision wendet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, aus ihrem Verhalten nach ihrer Gründung ergebe sich in unwiderleglicher Weise, daß sie sich den Vertrag vom 5. Dezember 1962 zu eigen gemacht habe und auf der Grundlage des Vertrages tätig geworden sei. Sie führt hierzu aus: Das Verhalten der Beklagten nach ihrer Gründung rechtfertige die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts nicht, da es sich beispielsweise ohne weiteres auch dann ergeben hätte, wenn sie, ohne selbst zu der Firma L [REDACTED] in irgend welche Vertragsbeziehungen zu treten, nur eine Vereinbarung mit den beiden Unterzeichnern des Vertrages vom 5. Dezember 1962 (M. V [REDACTED] und R. L. R [REDACTED]) dahingehend getroffen hätte, daß sie einerseits als ein "solutionis causa adjectus" die Leistungen in Empfang nahm, welche Litzka den beiden anderen Kontrahenten schuldete, und daß sie andererseits im Auftrag und für Rechnung dieser beiden Kontrahenten an die Firma L [REDACTED] die Zahlungen leistete und sonstige Verpflichtungen erfüllte. Das Verhalten der Beklagten erkläre sich aber ohne weiteres auch so, daß sie nach ihrer Gründung durch Briefwechsel sowie durch mündliche und fernmündliche Besprechungen einen eigenen neuen Vertrag mit der Klägerin abgeschlossen habe. Einen solchen Sachverhalt habe die Beklagte auch, unter anderem in der Berufungsbegründung, behauptet und unter Beweis gestellt, nämlich, daß sie niemals in den Vertrag vom 5. Dezember 1962 eingetreten sei, sondern nur nach Maßgabe eines rechtlich selbständigen Vertrages vom 28. Januar 1963 in unmittelbare Vertragsbeziehungen zu der Klägerin getreten sei. Dieses Vorbringen habe das Berufungsgericht unter Verletzung des § 286 ZPO übergangen.

Einen Verstoß gegen § 286 ZPO sieht die Revision auch darin, daß das Berufungsgericht nicht auf das Vorbringen der Beklagten eingegangen ist, wonach der Vertrag vom 5. Dezember 1962 nach dem Willen der Beteiligten nur unter der Bedingung habe gelten sollen, daß die vorgesehene Gesellschaft bis zum 12. Dezember 1962 gegründet worden sei (vgl. Ziff. 7 a des Vertrages), was jedoch nicht der Fall gewesen sei.

3. Auch diese Revisionsangriffe sind nicht begründet.

Soweit das Berufungsgericht dem Verhalten der Beklagten nach ihrer Gründung den erkennbaren Willen entnimmt, den Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin die Vereinbarungen des Vertrages vom 5. Dezember 1962 zu Grunde zu legen, handelt es sich im wesentlichen um eine tatrichterliche Würdigung, die der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur in begrenztem Umfange zugänglich ist.

Wenn das Berufungsgericht andererseits nicht ausdrücklich festgestellt hat, daß auch die Klägerin durch ihr Verhalten den Willen zum Ausdruck gebracht hat, die Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten auf der Grundlage des Vertrages vom 5. Dezember 1962 abzuwickeln, so beruht das ersichtlich darauf, daß eine solche Schlußfolgerung dem Berufungsgericht nach Lage der Sache als selbstverständlich und keiner weiteren Erwähnung in den Urteilsgründen bedürftig erscheinen mußte.

.

Die Wertung, die das Gesamtverhalten der Beklagten durch das angefochtene Urteil erfahren hat, ist möglich. Wenn die Revision weitere Möglichkeiten aufzeigt, so begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der tatsächlichen Würdigung. Damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden.

Unbegründet ist auch die Rüge, das Berufungsgericht habe unbeachtet gelassen, daß die Beklagte in der Berufungsinstantz den Abschluß eines neuen Vertrages mit abweichendem Inhalt unter dem Datum vom 28. Januar 1963 behauptet und unter Beweis gestellt habe. An der hierzu angeführten Stelle der Berufungsbegründung (S. 6/7 = GA Bl. 245/246) hat die Beklagte lediglich in unsubstantiierter Form vorgetragen, zwischen den Parteien sei nur und ausschließlich ein Vertrag zustandegekommen über "Ausarbeitung (Studium), Konstruktion und Herstellung eines Industriewerks, geeignet für die Produktion in Italien mittels zweier von der Klägerin gebauter automatischer Maschinen von 5/6 000 t/Jahr Wabenträgern in allen Bereichen" entsprechend der Produktionstabelle der Klägerin, unter Einsatz von 8 Arbeitern. Es fehlen nähere Angaben über den Inhalt, den Zeitpunkt und die näheren Umstände des Zustandekommens dieses behaupteten Vertrages, und vor allem darüber, was die Klägerin dazu veranlaßt haben sollte, von den zuvor ausgehandelten umfangreichen Einzelregelungen abzugehen und insbesondere ihre Lizenzforderung fallen zu lassen. Diesen Ausführungen ist mithin nicht einmal hinreichend deutlich zu entnehmen, ob die Beklagte entsprechende konkrete Vereinbarungen geltend machen wollte oder ob es sich lediglich um eine (von der im Berufungsurteil vertretenen Ansicht)

abweichende Bewertung des Verhaltens der Parteien nach Gründung der Beklagten handelte. Die Entscheidung konnte daher durch dieses Vorbringen nicht im Sinne der Beklagten beeinflußt werden.

Unerheblich ist schließlich auch die vom Berufungsgericht nicht erörterte Frage, ob der Vertrag vom 5. Dezember 1962 unter der Bedingung abgeschlossen worden ist, daß die Beklagte spätestens bis zum 12. Dezember 1962 gegründet war; da das Berufungsgericht nicht von der Annahme ausgeht, der Vertrag vom 5. Dezember 1962 sei als solcher wirksam zwischen den Parteien zustande gekommen oder durch einseitige Erklärung genehmigt worden, kommt es nicht mehr auf die Frage an, ob der Wirksamkeit des ursprünglichen Vertrages auch der Nichteintritt einer erforderlichen Bedingung entgegengestanden hat. Maßgebend ist allein, daß die Parteien sich nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nach der Gründung der Beklagten darüber geeinigt haben, ihre Geschäftsbeziehungen auf der Basis der Vereinbarungen vom 5. Dezember 1962 abzuwickeln und dabei ersichtlich dem Umstand keine Bedeutung beigemessen haben, daß die Gründung der Beklagten etwas später erfolgt ist als ursprünglich vorgesehen war.

V. Die zwischen den Parteien getroffene Zuständigkeitsvereinbarung ist entgegen der Ansicht der Revision nicht nach § 306 BGB nichtig, weil die Beklagte sich zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet hätte. Eine Gerichtsstandsvereinbarung enthält keine Leistungsverpflichtung i. S. dieser Vorschrift und die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ist allein nach den einschlägigen prozeßrechtlichen Vorschriften und nicht nach

bürgerlichem Recht zu beurteilen (s. o. zu Ziffer III 3 a). Im übrigen könnte eine Unmöglichkeit allenfalls in der Abdingung des italienischen Gerichtsstandes, nicht aber in der Vereinbarung des deutschen Gerichtsstandes gesehen werden.

VI. Die Revision ist schließlich auch insoweit unbegründet als sie eine Verletzung des § 551 Ziff. 7 ZPO rügt und darauf hinweist, daß das angefochtene Urteil in den Entscheidungsgründen nicht auf die vorsorglich von der Beklagten erklärte Anfechtung des Vertrages vom 5. Dezember 1962 eingeht. Der Revision ist zuzugeben, daß die Anfechtung eines Vertrages als ein selbständiger Rechtsbehelf anzusehen ist, dessen Übergehen in den Entscheidungsgründen grundsätzlich dazu führt, daß der absolute Revisionsgrund des § 551 Ziff. 7 ZPO gegeben ist. Es ist jedoch in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß der Revisionsgrund des § 551 Ziff. 7 ZPO dann nicht gegeben ist, wenn lediglich ein solches Verteidigungsmittel übergangen worden ist, das offensichtlich unerheblich ist (vgl. insbesondere BGHZ 39, 333, 339 mit weiteren Nachweisen). So liegt es hier. Selbst wenn der am 5. Dezember 1962 unterzeichnete und nach Gründung der Beklagten mit dieser durch konkludentes Handeln zustandegekommene Vertrag wirksam von der Beklagten angefochten worden sein sollte, würde sich daraus noch nicht die rückwirkende Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ergeben. Es ist vielmehr anerkannt, daß die etwaige Nichtigkeit des Hauptvertrages die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung im Zweifel nicht berührt, weil letztere regelmäßig gerade auch den Streit über die Wirksamkeit des Hauptvertrages erfassen soll

(Stein/Jonas/Pohle, aaO, § 38 II 2). Im vorliegenden Fall haben die Parteien sogar gemäß Ziffer 7 d des Vertrages vom 5. Dezember 1962 besonders vereinbart, daß die etwaige Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berühren soll.

VII. Die Revision der Beklagten mußte nach alledem mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden.

Trüstedt

Claßen

Ballhaus

Bruchhausen

Ochmann