

Datum: 30.01.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-23 U 70/03

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Zwischenurteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf abgeändert.
Die Klage wird durch Endurteil als unzulässig abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits fallen der Klägerin zur Last.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Die Revision wird zugelassen.

Gründe

A.

Die in Düsseldorf ansässige Klägerin, die früher unter A..... GmbH firmierte, lieferte im Februar/März 1997 der in den N..... ansässigen Beklagten, die früher unter X..... firmierte, je 2 Generatoren, Motoren und Umrichter, die zum Betrieb zweier Sandpumpen auf dem einer Kundin der Beklagten gehörenden Baggerschiff bestimmt und die von der in M..... ansässigen Muttergesellschaft der Klägerin hergestellt worden waren. Die Lieferungen sind Gegenstand u.a. der Auftragsbestätigung der Klägerin vom 10.9.1996 (K3) und deren nachfolgenden Rechnung vom 11.3.1997 (K4). Die von der Klägerin hierfür benutzten Geschäftsformulare enthalten jeweils auf der Vorderseite im oberen Bereich den Vordruck "Lieferbedingungen". Darunter ist jeweils eingetragen "Ab Werk I.....". Im unteren Bereich der Vorderseite steht jeweils vorgedruckt: "Rücksenden an: siehe Rückseite". Auf den Rückseiten der Geschäftsformulare sind im unteren Bereich die auf der Vorderseite in Bezug genommene Adresse und im oberen Bereich die Lieferungsbedingungen der Klägerin mit u.a. folgenden Hinweisen enthalten: "Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung ist Düsseldorf. Gerichtsstand ist Düsseldorf". Die Rechnung der Klägerin wurde bezahlt, die letzte Rate am 2.10.1997. Nachfolgend stellte die Klägerin auf Anforderung der Beklagten im Oktober und Dezember 1997 sowie im Januar 1998 mehrfach Servicetechniker aus den I..... Werken ihrer Muttergesellschaft zur Verfügung. Die Techniker unterstützten die Beklagte bei der Vorbereitung des Einbaus der gelieferten Geräte in deren Werkstatt in den N..... und später beim Einbau an Bord des Baggerschiffes, das zeitweise an der b..... Küste und zuletzt vor Cuxhaven ankerte. Nach einer Explosion von 2 Phasen eines der gelieferten Umrichter im Februar 1998 wechselten die Techniker der Klägerin auf dem Baggerschiff die zerstörten Phasen aus. Nach weiteren Explosionen im Jahre 1999 wurden sie erneut zur Überprüfung herangezogen. Die Klägerin lieferte in diesem Zusammenhang weitere Phasen zum Austausch zerstörter Phasen, die teilweise von der Beklagten bezahlt wurden.

Gegenstand der vorliegenden Klage, die am 28.11.2001 eingereicht und am 11.4.2002 der Beklagten in den N..... zugestellt worden ist, ist die Bezahlung der ab 21.10.1997 angefallenen Monteurstunden und gelieferten Materialien.

Wegen der Einzelheiten der Feststellungen des Landgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat aufgrund der Rüge seiner internationalen Zuständigkeit gemäß § 280 Abs. 2 ZPO durch das angefochtene Zwischenurteil seine internationale Zuständigkeit vorab festgestellt und zur Begründung ausgeführt: Bei dem streitigen Rechtsverhältnis handele es sich um einen Werklieferungsvertrag, auf den das CISG (Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf) anwendbar sei. Zahlung- und Erfüllungsort sei mangels anderweitiger Vereinbarung gemäß Art. 57(1)(a) CISG der Ort der Niederlassung des Verkäufers, also der Niederlassung der Klägerin in Düsseldorf. Diese könne daher gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ (Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher

Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) die in den N..... ansässige Beklagte vor dem Landgericht Düsseldorf verklagen.

Die Beklagte hat Berufung eingelegt.

Sie beanstandet die Anwendung des EuGVÜ und vertritt die Auffassung, dass die EuGVVO (Verordnung Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000), die mit Wirkung zum 1.3.2002 an die Stelle des EuGVÜ getreten ist, anwendbar sei und dass auf Grund der Regelung des Art. 5 Nr. 1 b EuGVVO der Gerichtsstand für die streitgegenständlichen Forderungen in den N..... liege. Vorsorglich macht sie geltend, dass das UN-Kaufrecht nicht anwendbar sei, weil Gegenstand der Klage Werkleistungen seien, bei denen der Erfolg geschuldet gewesen sei. Desweiteren rügt sie, dass das Landgericht ihren Vortrag, die Klägerin sei in den zwischen ihr, der Beklagten, und ihrer Kundin bestehenden Anlagenbauvertrag integriert worden, übergangen habe und die Geltung ihrer, der Beklagten, Allgemeinen Geschäftsbedingungen verneint habe. Sie meint, dass der ursprüngliche Kaufvertrag zwischen den Parteien zu den Bedingungen ihrer Auftragsbestätigung vom 19.7.1996 zustande gekommen sei, und verweist darauf, dass sie seit dem 27.8.1973 ihre darin erwähnten Allgemeinen Geschäftsbedingungen all ihren Bestellungen bei der Klägerin zugrunde gelegt habe.

Die Beklagten beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie begründet die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf zunächst mit der Geltung ihrer Lieferbedingungen und den darin enthaltenen Gerichtsstand- und Erfüllungsortklauseln. Sie trägt vor, dass diese im Laufe der jahrelangen Geschäftsbeziehungen stets auf der Rückseite ihrer Auftragsbestätigungen und Rechnungen abgedruckt gewesen seien, und meint, sie müsse sich etwaige widersprechende Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht entgegenhalten lassen, weil die Beklagte hierauf in ihr, der Klägerin, nicht geläufigen und für den Vertrag nicht vereinbarten niederländischen Sprache hingewiesen habe, und weil sie ihr, der Klägerin, nicht in zumutbarer Weise zugänglich gemacht worden seien. Im übrigen vertritt sie die Auffassung, dass das EuGVÜ und das UN-Kaufrecht anwendbar seien und sich hieraus ebenfalls die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf ergebe.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen und das nachfolgend unter B. erwähnte ergänzende Vorbringen der Parteien im Verhandlungstermin vom 20.1.2004 Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und auch begründet.

Die Feststellung des Landgerichts Düsseldorf, es sei international zuständig, beruht auf einer Rechtsverletzung, § 513 ZPO. Nach den gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen ist die Klage unzulässig, da das Landgericht Düsseldorf international nicht zuständig ist.

Das Berufungsgericht ist befugt, die internationale Zuständigkeit zu prüfen. § 513 Abs. 2 ZPO steht insoweit nicht entgegen. Diese Regelung bezieht sich - ebenso wie die gleich lautende Regelung des § 545 Abs. 2 ZPO für das Revisionsverfahren - ungeachtet ihres weitgefassten Wortlauts wegen ihrer Bedeutung für das anwendbare Recht und auch zur Wahrung der Pflichten der obersten Gerichtshöfe des Bundes und der sonstigen Rechtsmittelgerichte, Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung dem EuGH vorzulegen (Art. 68 EGV bzw. das Luxemburger Auslegungs-Protokoll vom 3.6.1971 - BGBl. 1972 II 846- i.d.F. des 4. Beitrittsübereinkommens, vgl. Zöller- Geimer ZPO, 24. Aufl. Anh. I Art. 1 EuGVVO Rdn. 5) nicht auf die internationale Zuständigkeit (BGH NJW 2003, 426; Zöller-Gummer/Geßler, a.a.O. § 513 ZPO Rdn. 8).

I.

Die internationale Zuständigkeit ergibt sich nicht aus den vom Landgericht herangezogenen Bestimmungen des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Art. 57 Abs. 1 lit. a CISG. Das EuGVÜ ist nicht anwendbar. Es wurde zum 1.3.2002 und damit vor Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage abgelöst durch die in allen Mitgliedsstaaten mit Ausnahme Dänemarks geltende EuGVVO. Die Regelungen der EuGVVO sind gemäß Art. 66 Abs. 1 EuGVVO auf alle Klagen anzuwenden, die erhoben worden sind, nachdem die Verordnung in Kraft getreten ist. Wann eine

Klage in diesem Sinne erhoben wurde, entscheidet sich für eine bei einem deutschen Gericht eingereichte Klage nach deutschem Recht, also nach § 253 Abs. 1 ZPO, nach der es auf die Zustellung der Klage ankommt (BGH WM 1976, 400 und Kropholler, Kommentar zu EuGVÜ, 6. Aufl., Art. 54 Rdn. 2 zur gleichlautenden Übergangsregelung des Art. 54 Abs. 1 EuGVÜ, Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2002, Art. 66 EuGVVO Rdn. 2, der allerdings vorschlägt, im Interesse einer gleichmäßigen Rechtsanwendung in den Mitgliedsstaaten Art. 30 EuGVVO über seinen Wortlaut hinaus auch bei Art. 66 EuGVVO zugrunde zu legen; Senat 23 U 199/02 Urteil vom 7.3.2003).

Die vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Senatstermin vom 20.1.2004 überreichte englische Fassung der Art. 66 und 30 EuGVVO gibt keinen Anlass zu der Annahme, die amtliche deutsche Fassung des Art. 66 EuGVVO entspreche nicht dem Willen des Verordnungsgebers. Auch nach der englischen Fassung stellt die Übergangsregelung des Art. 66 EuGVVO nicht - wie Art. 30 EuGVVO - auf den Zeitpunkt ab, zu dem das verfahrenseinleitende Schriftstück bei dem Gericht eingereicht worden ist, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem die Klage erhoben worden ist. Der deutsche Text zu Art. 30 "bei Gericht eingereicht" entspricht dem englischen Text "lodged with the court". Im Gegensatz dazu heißt es in Art. 66 im englischen Text "legal proceedings instituted", was dem deutschen Text "Klagen, die erhoben worden sind" entspricht. Eine andere Übersetzung ergibt sich auch nicht aus der vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Termin überreichten Kopie aus dem Wörterbuch von Dietl/Lorenz. Der Satz "to institute (legal) proceedings against" ist dort übersetzt mit "gerichtliches Verfahren einleiten gegen jdn." Die "Einleitung" eines gerichtlichen Verfahrens ist aber etwas anderes als das bloße "Einreichen eines verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei Gericht" und entspricht nach deutschem Recht der Rechtshängigkeit, die bis zum Inkrafttreten der EuGVVO zur Bestimmung des Zeitpunkts der Verfahrenseinleitung vor einem deutschen Gericht maßgeblich war. Hätte der Verordnungsgeber für Art. 30 und 66 EuGVVO übereinstimmende Zeitpunkte festlegen wollen, hätte er dies in beiden Regelungen durch Verwendung derselben Begriffe ausgedrückt.

Eine entsprechende Anwendung des Art. 30 EuGVVO kann nicht aus den in der Einleitung zur EuGVVO genannten Gründen der neuen Verordnung, insbesondere nicht aus der Begründung unter Nr. (15) hergeleitet werden. Gemäß Nr. (15) "sollte eine klare und wirksame Regelung zur Klärung der Fragen der Rechtshängigkeit und der im Zusammenhang stehenden Verfahren sowie zur Verhinderung von Problemen vorgesehen werden, die sich aus der einzelstaatlichen unterschiedlichen Festlegung des Zeitpunktes ergeben, von dem an ein Verfahren als rechtshängig gilt; für Zwecke dieser Verordnung sollte dieser Zeitpunkt autonom festgelegt werden." Die Klägerin übersieht, dass ihre Argumentation mit diesem Anliegen des Verordnungsgebers nicht für die Beantwortung der Frage des Zeitpunktes des **Inkrafttretens der Verordnung** gelten kann. Hierzu heißt es unter Nr. (19) der Einleitung zur EuGVVO: "Um die Kontinuität zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und dieser Verordnung zu wahren, sollten Übergangsvorschriften geschaffen werden." Danach entspricht es also durchaus dem Willen des Verordnungsgebers, in der Übergangsvorschrift des Art. 66 Abs. 1 EuGVVO (ebenso wie schon in der Übergangsvorschrift des Art. 54 Abs. 1 EuGVÜ) für das Inkrafttreten der EuGVVO auf den Zeitpunkt der "Klageerhebung" abzustellen, der, wie oben ausgeführt, noch nicht autonom, sondern nach dem Recht des Staates zu bestimmen ist, bei dessen Gericht Klage erhoben wurde.

Vor dem 1.3.2002 war die Klage lediglich anhängig, nicht aber rechtshängig und daher nicht erhoben. Ein zeitliches Vorziehen der Wirkungen der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Anhängigkeit sieht das deutsche Prozessrecht gemäß § 167 ZPO n.F. (= 270 Abs. 3 ZPO a.F.) nur vor, wenn durch die Klagezustellung eine Frist gewahrt oder die Verjährung unterbrochen werden soll. Mit dieser Regelung will das Gesetz dem Kläger das Verzögerungsrisiko der außerhalb seiner Einflussosphäre liegenden Amtszustellung abnehmen; sie bezweckt nicht, den Kläger davor zu schützen, dass das von ihm angerufene Gericht aus Gründen, die erst nach Klageeinreichung entstanden sind, seine Zuständigkeit verneint. Die ZPO sieht auch an keiner anderen Stelle vor, dass die Wirkungen der Rechtshängigkeit zur Bestimmung der internationalen oder sonstigen Zuständigkeit eines Gerichts vorverlagert werden können.

II.

Die Internationale Zuständigkeit des Landgerichts ergibt sich auch nicht aus der zum 1.3.2002 in Kraft getretenen Vorschrift des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO.

Aufgrund der autonomen Bestimmung des Erfüllungsortes in Art. 5 Nr. 1 b EuGVVO ist beim Verkauf von Waren und bei der Erbringung von Dienstleistungen der für die internationale Gerichtszuständigkeit maßgebliche Erfüllungsort nicht mehr, wie zur Zeit der Geltung des EuGVÜ

(hierzu EuGH NJW 2000, 719), nach dem IPR des Gerichtsstaates zu bestimmen. Maßgebend ist jetzt vielmehr allein der Ort in einem Mitgliedsstaat, an dem die Waren vertragsgemäß geliefert worden sind oder hätten geliefert werden können, bzw. der Ort, an dem die Dienstleistungen vertragsgemäß erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen. Abgestellt wird also jetzt -ohne kollisionsrechtliche Verweisung- einheitlich für Leistung und Gegenleistung auf den Ort der Erbringung der vertragscharakteristischen Leistung. Nur dann, wenn der hiernach ermittelte Erfüllungsort außerhalb des geographischen Anwendungsbereichs der EuGVVO liegt, ist nach Art. 5 Nr. 1 c, a EuGVVO wieder der Erfüllungsort nach dem IPR des Gerichtsstaates maßgebend (Zöller-Geimer, 24. Aufl., Anh. I Art. 5 EuGVVO Rdn. 3-7). Der Begriff der Dienstleistungen ist ebenfalls gemeinschaftsrechtlich autonom zu bestimmen und nicht gemäß den rechtlichen Einordnungen in den einzelnen Mitgliedsländern (Kropholler, a.a.O., Art. 5 EuGVVO, Rdn. 35; Schlosser EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. Art. 5 EuGVVO Rdn. 10 b; Musielak-Weth, ZPO, 3. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rdn. 7; Senat, a.a.O.). Bereits in § 13 EuGVÜ wird der Begriff der Dienstleistung zur Bestimmung von Zuständigkeiten in Verbrauchersachen benutzt. Ebenso wird in Art. 5 des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (EVÜ) zur Frage des anzuwendenden materiellen Rechts darauf abgestellt, ob Dienstleistungen Vertragsgegenstand sind. Für diese Regelungen ist anerkannt, dass der Begriff der Dienstleistung aus den Übereinkommen selbst auszulegen ist, um eine einheitliche Anwendung der Bestimmungen in den Mitgliedsstaaten zu gewährleisten (BGH NJW 1994, 262,263). Der Zweck einer einheitlichen Anwendung der Verordnung erfordert es auch für Art. 5 EuGVVO, den Begriff der Dienstleistung eigenständig im Sinne des Gemeinschaftsrechts zu verstehen. Dienstleistungen im Sinne des Gemeinschaftsrechts sind aber auch Werk- und Werklieferungsverträge (BGH NJW 1994, 262,263). Insoweit kann auch auf Art. 50 des Römischen Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.3.1957 in der Fassung des Amsterdamer Vertrages vom 2.10.1997 Bezug genommen werden, der neben kaufmännischen Tätigkeiten auch gewerbliche und handwerkliche Tätigkeiten als Dienstleistungen definiert. Im vorliegenden Fall macht die Klägerin Ansprüche aus Werk- und Werklieferungsverträgen, möglicherweise auch aus selbständigen Kaufverträgen geltend, bei denen die vertragscharakteristische Leistung (Unterstützung der Beklagten beim Einbau der im Jahre 1997 gelieferten Generatoren, Motoren und Umrichter sowie später beim Austausch zerstörter Phasen, Lieferung von Ersatzphasen) entweder in der Werkstatt der Beklagten in den N..... oder an Bord des Baggerschiffes "A....." oder in I..... (bei Lieferung "ab Werk") zu erbringen waren. Für keinen dieser Ansprüche wäre das Landgericht Düsseldorf international zuständig, da sämtliche vertragscharakteristischen Leistungen außerhalb des Gerichtsbezirkes Düsseldorf in einem Mitgliedsstaat zu erbringen waren.

III.

Die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf kann schließlich auch nicht aus einer gegenüber der Regelung des Art. 5 Nr. 1 b EuGVVO vorrangigen Vereinbarung der Parteien über den Gerichtsstand und / oder den Erfüllungsort hergeleitet werden.

1. Keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung:

Der Abdruck der Lieferbedingungen der Klägerin mit der Gerichtsstandsklausel auf der Rückseite ihrer Auftragsbestätigung und Rechnung hat schon deshalb nicht zu einer die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf begründenden wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung geführt, weil die für Gerichtsstandsvereinbarungen einzuhaltenden Formvorschriften der gleichlautenden Regelung in Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EuGVÜ und Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO nicht eingehalten sind. Nach diesen Regelungen muss eine Gerichtsstandsvereinbarung entweder (a) schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung (sog. halbe Schriftlichkeit) oder aber (b) in einer Form, welche den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien entstanden sind, oder (c) im internationalen Handel in einer Form getroffen werden, die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kannten oder kennen mussten oder den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten.

a. Mit der Beklagten eine mündliche, später schriftlich bestätigte Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen zu haben, macht die Klägerin nicht geltend.

Die Parteien haben die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts aber auch nicht wirksam schriftlich vereinbart. Eine schriftliche Vereinbarung liegt vor, wenn jede Partei ihre Willenserklärung schriftlich abgegeben hat. Das kann in einer von beiden Teilen unterzeichneten Vertragsurkunde, aber auch -abweichend von § 126 II BGB- in getrennten Schriftstücken geschehen, sofern aus ihnen die Übereinstimmung hinsichtlich des gewählten Gerichtsstandes ausreichend deutlich hervorgeht. Es genügt daher auch -was hier allein in Betracht kommt- ein Briefwechsel. In diesem Fall muss aber, wenn die Gerichtsstandsklausel in AGB enthalten ist, entweder in beiden Willensäußerungen oder

wenigstens in dem -dann angenommenen- Angebot auf die AGB Bezug genommen werden. Dem Erfordernis der Schriftlichkeit ist nicht genügt, wenn eine Gerichtsstandsvereinbarung in AGB enthalten ist, die lediglich auf der Rückseite einer von beiden Parteien unterzeichneten Vertragsurkunde aufgedruckt sind. Dieses Verfahren gewährleistet nicht, dass die andere Partei tatsächlich einer Klausel zugestimmt hat. Erforderlich ist vielmehr, dass auf der Vorderseite des Vertragsformulars auf die auf der Rückseite abgedruckten AGB verwiesen wird. Dieser Hinweis muss derart deutlich sein, dass die andere Partei bei Anwendung normaler Sorgfalt in zumutbarer Weise Kenntnis nehmen kann (EuGH NJW 1977, 494 und 495; BGH NJW 1994, 2699 f; NJW 1996, 1819 f). Diese Anforderungen sind hier schon deshalb nicht erfüllt, weil die Auftragsbestätigung der Klägerin vom 10.9.1996 auf der Vorderseite keinen Hinweis auf die rückseitig abgedruckten Lieferbedingungen enthält. Darüberhinaus fehlt es an einer schriftlichen Zustimmung der Beklagten zu der in den Lieferbedingungen der Klägerin enthaltenen Gerichtsstandsklausel. Der Umstand, dass der Käufer einer einseitigen Bestätigung durch den Vertragspartner nicht widerspricht, ist nicht als Annahme anzusehen (EuGH NJW 1977, 495; BGH NJW 1994, 2699 /2700). Auf die weiteren Einwände der Beklagten zum Zustandekommen des ursprünglichen Liefervertrages und zur Einbeziehung ihrer, der Beklagten, Allgemeinen Geschäftsbedingungen in diesen Vertrag kommt es daher nicht an.

b. Der Gerichtsstand Düsseldorf ist auch nicht nach der Alternative (b) der Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EuGVÜ und Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO -Gepflogenheiten der Parteien- maßgeblich. Diese Alternative setzt voraus, dass die Parteien sich früher darauf geeinigt haben, ihren gesamten Vertragsbeziehungen die Lieferbedingungen der Klägerin einschließlich der Gerichtsstandsklausel zugrunde zu legen (BGH NJW 1994, 2699/2700). Das ist jedoch selbst nach dem Vortrag der Klägerin nicht feststellbar. Eine entsprechende Willensübereinstimmung der Parteien ist nicht allein dadurch zustande gekommen, dass die Klägerin jahrelang im Verhältnis zur Beklagten bei der Bestätigung von Aufträgen oder bei Rechnungsstellungen stets Geschäftsformulare benutzt hat, bei denen (ohne Verweisung auf der Vorderseite) auf der Rückseite ihre Lieferbedingungen abgedruckt waren. In der Alternative (b) der Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EuGVÜ und Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO wird ebensowenig wie in der Alt. (a) auf das Erfordernis der rechtsgeschäftlichen Willenseinigung der Parteien hinsichtlich der Gerichtsstandsklausel verzichtet. Sie muss bei der Alternative (a) für das konkrete Geschäft vorliegen (OLG Düsseldorf, 16. Zivilsenat, RIW 1990, 577/579) und bei der Alternative (b) für Geschäfte in der Vergangenheit in einem Umfang feststellbar sein, dass sich hieraus eine Gepflogenheit der Parteien ergeben konnte. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Vorfrage, nach welcher Rechtsordnung sich bestimmt, ob die Lieferbedingungen der Beklagten jemals Gegenstand eines Vertrages zwischen den Parteien geworden sind oder ob dies gar aus Art. 17 EuGVÜ bzw. Art. 23 EuGVVO selbst im Wege der sogenannten autonomen Auslegung zu ermitteln ist. Die Beantwortung dieser Vorfrage kann letztlich offenbleiben, denn sämtliche denkbaren Anknüpfungen führen zum gleichen Ergebnis, nämlich zum Fehlen einer die Gerichtsstandsklausel der Klägerin erfassenden Willensübereinstimmung der Parteien sowohl in Bezug auf die streitgegenständlichen als auch in Bezug auf frühere Geschäfte.

aa. Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln sind nach der Rspr. des EuGH eng auszulegen. Das gilt nicht nur für die Formvorschriften sondern würde in gleicher Weise gelten, wenn die materiell-rechtlichen Anforderungen an das Zustandekommen der Vereinbarung im Wege der sogenannten autonomen Auslegung den Art. 17 EuGVÜ bzw. 23 EuGVVO zu entnehmen wären. Nach der Zielsetzung der Verfasser des EuGVÜ und der EuGVVO sollen diese Bestimmungen gerade und vor allem gewährleisten, dass Zuständigkeitsvereinbarungen nicht unbemerkt Inhalt des Vertrages werden (Bericht Janard zu Art. 17, BT-Drucksache IV/1973 Seite 82; Schlosser EU-Zivilprozessrecht a.a.O. Art. 23 EuGVVO Anm. 1). Dementsprechend hat der EuGH (NJW 1977, 494) für die Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln in AGB einen deutlichen Hinweis verlangt, dem die betroffene Partei bei Anwendung der normalen Sorgfalt nachgehen könne, und den hinweislosen Abdruck von den die Gerichtsstandsklausel enthaltenen AGB auf der Rückseite von Vertragsurkunden als nicht genügend i.S. des Art 17 EuGVÜ angesehen, weil dieses Verfahren nicht gewährleiste, dass die andere Partei tatsächlich der Gerichtsstandsklausel zugestimmt habe. Da es an einer echten Willenseinigung in diesem Sinne aber gerade auch im Falle der sog. überraschenden Klausel fehlt, muss konsequenterweise auch der Versuch einer Vertragspartei als unzulässig angesehen werden, Gerichtsstandsvereinbarungen auf diesem Weg in ein Vertragswerk hineinzutragen (OLG Düsseldorf, a.a.O.; Schlosser, a.a.O.).

bb. Geht man davon aus, dass Art 17 EuGVÜ und Art 23 EuGVVO nichts darüber besagen, welche materiellen Anforderungen an das Zustandekommen der Vereinbarung zu stellen sind, insbesondere ob und unter welchen Voraussetzungen AGB überhaupt Vertragsbestandteil werden (Überblick über den Meinungsstreit vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.), ist die Frage nach den materiellen

Wirksamkeitsvoraussetzungen durch Rückgriff auf das nationale Recht zu lösen. Maßgeblich ist dann das Recht, das nach dem internationalen Privatrecht des mit dem Rechtsstreit befassten Gerichts für die streitige Verpflichtung maßgebend ist (EuGH NJW 1977, 491; NJW 2000, 719 zu Art. 5 EuGVÜ).

(1) Folgt man der Rechtsauffassung der Klägerin zur Einordnung der streitgegenständlichen Vertragsbeziehungen unter das UN-Kaufrecht, bestimmt sich die Wirksamkeit der Einbeziehung ihrer Lieferbedingungen gemäß Art. 3 EGBGB, wonach die völkerrechtlichen Vereinbarungen dem EGBGB vorgehen, nach den Vertragsabschlussvorschriften des CISG. Lediglich soweit nationale Gesetze oder Rechtsregeln bestimmte Klauseln als unzulässig bewerten, gehen diese Vorschriften aufgrund Art. 4 Satz 2 a dem CISG vor (Schlechtriem, Kommentar zu Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl. Artt. 14-24 Rdn. 1). Gemäß Art. 8 Abs. 3, 9 CISG können sich Vereinbarungen aufgrund von Verhandlungen zwischen den Parteien, der zwischen ihnen bestehenden Gepflogenheiten oder der internationalen Gebräuche ergeben. Im übrigen ist darauf abzustellen, wie eine "vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei" das Abgebot aufgefasst hätte (Art. 8 Abs. 2 CISG). Wenn es um die Einbeziehung von AGB geht, ist nach der übereinstimmenden Rspr. und Lit. (BGH NJW 2002, 370/371; Schlechtriem, a.a.O. Art. 14 Rdn 16) auch gefordert, dass der Empfänger eines Vertragsabgebots, dem AGB zugrundegelegt werden sollen, die Möglichkeit haben muss, von diesen in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen.

Ebenso wie nach nationalem deutschem Recht muss nach UN-Kaufrecht zunächst für den Empfänger des Angebots der Wille des Anbietenden erkennbar sein, dass dieser seine Bedingungen in den Vertrag einbeziehen wolle (BGH a.a.O.). Bereits diese Voraussetzung ist selbst nach dem Vortrag der Klägerin für keinen Zeitpunkt der jahrelangen Geschäftsbeziehung der Parteien feststellbar. Bei der Ausgestaltung der Auftragsbestätigungen bzw. Rechnungen der Klägerin ähnlich derer vom 10.9.1996 bzw. 11.3.1997 war für die Beklagte bei Anwendung der von ihr zu erwartenden normalen Sorgfalt nicht eindeutig genug erkennbar, dass die Klägerin mit ihr Verträge nur unter Einbeziehung der auf den Rückseiten ihres Geschäftspapiers abgedruckten Lieferbedingungen abschließen wollte. Der vorgedruckte und individuell eingesetzte Text auf der Vorderseite ließ im Gegenteil eher darauf schließen, dass die rückwärtig abgedruckten Lieferbedingungen nicht gelten sollten. Die Eintragung auf der Vorderseite unter dem Vordruck "Lieferbedingungen": "Ab Werk I....." konnte bei einem aufmerksamen Leser ebenso gut den Eindruck erwecken, als sei diese Lieferbedingung, die die Transportgefahr betraf, abschließend. Bestärkt werden konnte die Beklagte in einer solchen Auffassung dadurch, dass auf der Vorderseite ein Verweis auf die Rückseite nur wegen der Adresse für Rücksendungen enthalten war. Diese Zweifel verblieben auch bei mehrseitigen Vertragstexten, bei denen möglicherweise beim Umblättern die auf der Rückseite der 1. Seite abgedruckten Lieferbedingungen ins Auge fielen.

Eine andere Auslegung der von der Klägerin benutzten Vertrags- und Rechnungsformulare ergibt sich nicht daraus, dass im internationalen Geschäftsverkehr Gerichtsstandsklauseln in AGB weit verbreitet sind und diese Übung daher von der Beklagten bei der Auslegung der Vertragserklärungen der Klägerin einbezogen werden musste. Die Beklagte, aus deren Sicht die Auslegung der Willenserklärungen der Klägerin vorzunehmen ist, durfte nämlich davon ausgehen, dass auch ihre AGB, auf die in ihren Geschäftsformularen in der Fußnote hingewiesen worden ist, bei der Klägerin Beachtung finden würden. Mögen diese AGB auch nicht wirksam einen niederländischen Gerichtsstand begründen, weil der Hinweis auf sie nicht in der Vertragssprache Deutsch oder in der Weltsprache Englisch, sondern in niederländischer Sprache erfolgt ist, weil sie außerdem der Klägerin nicht in der vom BGH (NJW 2002, 370/371) geforderten Weise zugänglich gemacht worden sind und / oder weil sie für Geschäfte der streitgegenständlichen Art keine Gerichtsstandsklausel enthielten, so spricht doch deren Existenz gegen die Annahme, die Beklagte habe sich ohne weiteres der den Gerichtsort Düsseldorf vorsehenden Gerichtsstandsklausel in den AGB der Klägerin unterwerfen wollen (vgl. auch OLG Düsseldorf, RIW, 1990, 577/580).

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte noch im Juli 1996 anlässlich der Bestellung der Generatoren/Motoren/Umrichter, mit denen sich die streitgegenständlichen Werkleistungen und Ersatzlieferungen befassen, für ihre Auftragsbestätigung vom 19.7.1996 (K 1) ein Geschäftsformular benutzt hat, das auf der Vorderseite in niederländischer Sprache den Vermerk enthält:

"Jedem Angebot, jedem Auftrag sowie jeder mit uns getroffenen Vereinbarung liegen unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Grunde, die am 27.8.1973 unter der Nummer 6828 bei der Geschäftsstelle des Landgerichts Dordrecht hinterlegt worden sind." In den beim Landgericht Dordrecht unter der Nr. 6828 hinterlegten Geschäftsbedingungen heißt es unter Art. 9 in niederländischer Sprache: "Jede mit Elektrobau Sliedrecht getroffene Vereinbarung wird als in Dordrecht zustandegekommen erachtet und unterliegt der niederländischen Gesetzgebung."

Hinsichtlich aller sich aus oder in Verbindung mit der getroffenen Vereinbarung ergebenden Streitigkeiten ist der zuständige Richter in Dordrecht zuständig, die Berufung und / oder Revision ausgenommen". Die vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Senatstermin vom 20.1.2004 geäußerten Bedenken gegen die Identität der in der Anlage BK1 (Bl. 212 GA) überreichten Übersetzung mit den beim Landgericht Dordrecht unter der Nr. 6828 hinterlegten Geschäftsbedingungen werden vom Senat nicht geteilt. Auch wenn die Geschäftsbedingungen sowohl in der niederländischen Sprache (B1) als auch in der Übersetzung (BK1) lediglich auszugsweise vorgelegt worden sind, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte andere als auf der Vorderseite ihrer Auftragsbestätigung vom 19.7.1996 in Bezug genommenen Geschäftsbedingungen vorgelegt hat. Legen-wie es hier geschehen ist- beide Vertragsparteien -ohne miteinander darüber verhandelt zu haben - einander widersprechende Gerichtsstandsklauseln ihren Geschäften zu Grunde, kann weder im nationalen noch im internationalen Geschäftsverkehr ohne Hinzutreten besonderer Umstände die Gerichtsstandsklausel einer Vertragspartei unter dem Gesichtspunkt des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreibens oder eines anderen Handelsbrauchs oder gar einer Gepflogenheit zwischen den Parteien maßgeblich werden.

Etwas anderes kann die Klägerin auch nicht daraus herleiten, dass die Schreiben der Beklagten nach ihrer Umfirmierung aus September 1996 (B7), vom 7.10.1996 (B6) und vom 6.2.1997 (B13), die sämtlich aus einer Zeit vor Erbringung der streitgegenständlichen Leistungen stammen, auf der Vorderseite auf beim Landgericht Dordrecht unter der Nr. 6819 hinterlegte Geschäftsbedingungen verweisen, deren Inhalt sich nicht aus den Gerichtsakten ergibt, und dass ein Schreiben der Beklagten vom 27.7.1999 betreffend einen der letzten streitgegenständlichen Montageeinsätze (K23) in der Fußnote einen völlig geänderten Hinweis in niederländischer Sprache enthält, von der keine Übersetzung vorgelegt worden ist. Es liegen nämlich keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte ihre bis jedenfalls im Sommer 1996 verwendete Gerichtsstandsklausel im Zusammenhang mit ihrer Umfirmierung für die streitgegenständlichen Geschäfte fallen gelassen und sich statt dessen der Gerichtsstandsklausel der Beklagten angeschlossen hat.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Parteien jemals in der Vergangenheit ihre Geschäfte bewusst nach den Lieferbedingungen der Klägerin abgewickelt, insbesondere den von der Klägerin in ihren Lieferbedingungen vorgegebenen Gerichtsstand gewählt und dadurch konkludent diese Lieferbedingungen vereinbart haben. Selbst wenn dies bei einzelnen Kaufgeschäften geschehen sein sollte, wäre die Beklagte hieran nicht bei der Abwicklung der streitgegenständlichen, für die Geschäftsbeziehung der Parteien atypischen Werk- bzw. Werklieferungsverträge gebunden, zumal die Lieferbedingungen der Klägerin ihrem Wortlaut nach nur reine Warenlieferungen erfassen.

(2) Nichts anderes gilt, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass die streitgegenständlichen Verträge nicht dem UN-Kaufrecht unterliegen.

Die Wirksamkeit der Einbeziehung der Lieferbedingungen der Klägerin wäre dann -geht man mit der Klägerin davon aus, dass die Parteien keine andere Rechtswahl getroffen haben- gemäß Art. 28 EGBGB nach deutschem Recht zu bestimmen. Die nach Art. 28 Abs. 1 EGBGB maßgebliche engste Verbindung weisen die streitgegenständlichen Aufträge und auch die früheren Lieferungen der Klägerin an die Beklagte mit Deutschland auf. Gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat. Bei den streitgegenständlichen Aufträgen und auch bei früheren Warenlieferungen waren die charakteristischen Leistungen von der Klägerin zu erbringen. Damit wäre das Recht des Staates anwendbar, in dem sie ihre Hauptverwaltung hat, das ist die Bundesrepublik Deutschland. Auch nach deutschem unvereinheitlichtem Recht werden im kaufmännischem Geschäftsverkehr AGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn die Vertragsparteien ihre Anwendung ausdrücklich oder unter bestimmten Voraussetzungen wenigstens stillschweigend vereinbaren (BGH NJW 1985, 1838/1839). Die Rspr., die im Einzelfall (z.B. BGH NJW 2000, 1154/1155 zur Eigentumsvorbehaltsklausel) annimmt, dass auf der Rückseite einer Auftragsbestätigung abgedruckte AGB allein dadurch Vertragsbestandteil werden können, dass der Vertragspartner den AGB nicht widerspricht und die Ware entgegennimmt, ist im internationalen Handelsverkehr nicht in gleichem Maße anwendbar. Im übrigen fehlt es auch dann an einer Willensübereinstimmung, wenn man davon ausgeht, dass Gerichtsstandsklauseln auch im internationalen Rechtsverkehr üblich sind. Zur Begründung kann auf die Ausführungen unter (1) verwiesen werden.

c. Schließlich ist auch die Alt. (c) der Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EuGVÜ und Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO nicht erfüllt. Ein internationaler Handelbrauch, der hier eine Rolle spielen könnte, ist nicht ersichtlich.

2. Keine wirksame, die Anwendung des Art. 5 Nr. 1 b EuGVVO ausschließende Vereinbarung über den Erfüllungsort:

Das Zustandekommen und die Wirksamkeit einer Vereinbarung des Erfüllungsort nach Art. 5 EuGVVO richtet sich nach dem auf den Vertrag anwendbaren innerstaatlichen Recht und wirkt sich auf den Gerichtsstand unabhängig davon aus, ob die Formvorschriften nach Art. 17 EuGVÜ bzw. 23 EuGVVO beachtet sind (EuGH WM 1980, 720; OLG Karlsruhe RIW 1994, 1046/1047).

Aus der Begründung unter 1. (1) b ergibt sich jedoch, dass auch die Klausel über den Erfüllungsort in den Lieferbedingungen der Klägerin nicht geeignet ist, die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf zu begründen.

C.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird uneingeschränkt zugelassen.

Streitwert für die 2. Instanz: 210.885,01 Euro

D..... D..... T.....