

Verfahrensgang

OLG Stuttgart, Urt. vom 05.11.2007 – 5 U 99/07, [IPRspr 2007-152](#)

Rechtsgebiete

Zuständigkeit → Besonderer Vertragsgerichtsstand

Rechtsnormen

BGB § 437; BGB § 447

CISG Art. 35; CISG Art. 38; CISG Art. 39

EGBGB Art. 27; EGBGB Art. 28

EUGVVO 44/2001 Art. 5; EUGVVO 44/2001 Art. 23

EuGVÜ Art. 17

HGB § 377

ZPO § 139

Fundstellen

Aufsatz

Hau, IPRax, 2009, 44 A

LS und Gründe

IPRax, 2009, 64

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2007-152>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

land, sondern auch in den bei der Sprachwahl in dem Internetauftritt ausdrücklich aufgeführten Ländern Frankreich und Spanien gesetzliche Währung ist.“

152. *Erfüllungsort und Gerichtsstand im Sinne von Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO ist beim Versendungskauf der Ort, an dem der Verkäufer die Ware an die Transportperson zum Zwecke der Weiterleitung an den Käufer übergibt.*

Hat eine der Parteien während der langjährigen Geschäftsbeziehungen stets gleichlautende Allgemeine Geschäftsbedingungen mit einer Gerichtsstandsklausel verwendet, so kann daraus eine Gepflogenheit im Sinne des Art. 23 I 3 lit. b EuGVO erwachsen. Dies gilt selbst dann, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Gerichtsstandsklausel nicht in der Sprache der anderen Partei gefasst waren.

OLG Stuttgart, Urt. vom 5.11.2007 – 5 U 99/07: IPRax 2009, 64, 44 Aufsatz Hau.

Die Kl. verlangt von der Bekl., der französischen Tochtergesellschaft einer deutschen Firma, Zahlung aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag.

Die Kl. versandte an die Bekl. Fenster- und Türbeschläge nach Monaco, welche die Bekl. u.a. in Glastüren einbaute. Die Kl. machte mit ihrer Klage Zahlung des Kaufpreises vor dem LG Stuttgart geltend.

Das LG Stuttgart hat der Klage der Kl. stattgegeben.

Die Bekl. hat gegen das Urteil Berufung eingelegt.

Während der Anhängigkeit des vorliegenden Verfahrens beim Senat hat das Tribunal de grande instance von Monaco ein Urteil erlassen; in der Entscheidung, die noch nicht Schlussurteil ist, hat das Gericht Ausführungen gemacht, die die Mangelhaftigkeit der in jenem Verfahren streitgegenständlichen Fenster auf die Beschläge der hiesigen Kl. zurückführen.

Aus den Gründen:

„II. Die zulässige Berufung der Bekl. ist nicht begründet. Die deutschen Gerichte sind für die Klage zuständig, der Klage ist vom LG zu Recht stattgegeben worden.

1. Die internationale Zuständigkeit des LG, wie jetzt des Senats, folgt aus wirksam getroffener Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien, Art. 23 EuGVO, in zweiter Linie ergäbe sie sich auch aus Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO. Die insoweit gegen das landgerichtliche Urteil erhobenen Einwände der Bekl. haben im Ergebnis keinen Erfolg.

a) Der Senat sieht die Zuständigkeit der deutschen Gerichte hier aus einer den Erfordernissen von Art. 23 I 3 lit. b EuGVO entsprechenden wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien folgen.

aa) Mit dem LG sieht der Senat die für Art. 23 EuGVO erforderliche Gerichtsstandsvereinbarung aus § 11 Nr. 2 der AGB der Kl. folgen, wonach für die Kl. im Geschäftsverkehr mit anderen Unternehmen, was Rechtsstreitigkeiten aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis angeht, das LG Stuttgart vereinbart ist. Die Bestimmung des § 11 Nr. 2 entspricht ohne weiteres den Mindestanforderungen des Art. 23 EuGVO an eine Gerichtsstandsvereinbarung. § 11 Nr. 2 der AGB der Kl. zielt auf die Zuständigkeit des LG Stuttgart ab, die mangels anderer Regelung in den AGB auch als ‚international geltend‘ verstanden werden darf, und führt solche Zuständigkeit durch ‚Vereinbarung‘ herbei, wofür Art. 23 I EuGVO wie seine Vorgängerregelung Art. 17 EuGVÜ die Einbeziehung durch ausdrücklich auf die AGB verweisende Hinweis Klausel im jeweiligen Vertragstext genügen lässt (zu diesen Mindestanforderungen schon für Art. 17 EuGVÜ: EuGH, Urt. vom 14.12.1976 – Rs C-24/76 [Estasis Salotti]; zur ‚autonomen‘ Maßgeblichkeit von Art. 23 EuGVO bzw. Art. 17 EuGVÜ insoweit: EuGH, Urt. vom 9.12.2003 – Rs C-116/02 [Gasser] Rz. 51; EuGH, Urt.

vom 10.3.1992 – Rs C-214/89 [Powell Duffryn] Rz. 14; zum Genügen der Hinweisklausel: EuGH 14.12.1976 aaO und BGH, NJW 1994, 2699¹; siehe auch *Jenard*-Bericht zu Art. 17 EuGVÜ vom 3.6.1971, ABL. EG 5.3.1979 Nr. C 59, 1-70 = BT-Drucks. VI/1973 S. 82). Ob die zu den AGB führende Hinweisklausel im Vertrag selbst oder in der zum Vertrag gehörenden Auftragsbestätigung steht, macht, was das Vorliegen einer Vereinbarung in diesem Sinne anlangt, keinen entscheidenden Unterschied.

bb) Eine Vereinbarung der deutschen Zuständigkeit kraft schriftlicher Vereinbarung der Parteien (Art. 23 I 3 lit. a Alt. 1 EuGVO) sieht der Senat im vorliegenden Sachverhalt indes nicht vorliegen. Schriftlichkeit in diesem Sinn setzt schriftliche Abgabe der zur Vereinbarung führenden Willenserklärung jeder Partei voraus. Die dazu und vor Inkrafttreten von Art. 23 EuGVO zu Art. 17 EuGVÜ ergangene reichhaltige Rpsr. des EuGH, der deutschen Gerichte und der Gerichte anderer Mitgliedstaaten der EG/EU hat – bei Zulassung mancher dem Handelsverkehr förderlichen Erleichterung – für die in Satz 3 lit. a Alt. 1 geregelte Schriftlichkeit (siehe *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Art. 23 Rz. 33 ff.) stets das Vorliegen schriftlicher Zustimmung zu einer Gerichtsstandsklausel auf beiden Seiten für erforderlich gehalten (siehe BGH, Urt. vom 9.3.1994, NJW 1994, 2699 = RIW 1994, 508 = IPRspr. 1994 Nr. 137 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. vom 14.12.1976 aaO). Die Übersendung von Auftragsbestätigungen für eingehende Bestellungen, wie dies von der Kl. in Übereinstimmung mit vorheriger Geschäftspraxis im Verkehr mit der Bekl. für die Eingehung der die Klagforderung tragenden Vertragsbeziehung vorgenommen worden ist (Auftragsbestätigungen der Kl. vom 28.1.2005), genügt der in Art. 23 I 3 lit. a Alt. 1 EuGVO geregelten ‚Vollschriftlichkeit‘ der Gerichtsstandsvereinbarung nicht; dies auch dann nicht, wenn die Kl. in diesen Auftragsbestätigungen in der franz. Sprache der Bekl. den Bezug auf ihre eigenen AGB vorgenommen hat (siehe BGH vom 9.3.1994 aaO). Trägt die Regelung von Art. 23 I 3 lit. a Alt. 1 EuGVO schon aus diesem Grund die zwischen den Parteien streitige Gerichtsstandsvereinbarung nicht, bedarf es im jetzigen Zusammenhang des Eingehens auf die Frage, ob der französischsprachige Verweis auf den Auftragsbestätigungen auf etwa nur deutschsprachig beigefügte oder sonst zugänglich gemachte AGB mit einer dort (in § 11 Nr. 2, d.h. in der letzten Klausel einer eine ganze, engzeilig bedruckte Seite umfassenden AGB-Regelung der Kl.) enthaltenen Gerichtsstandsklausel zugunsten des LG Stuttgart dem Formerfordernis des Art. 23 I 3 EuGVO genügt, nicht mehr. Aus Art. 23 I 3 lit. a Alt. 1 EuGVO lässt sich mangels Einhaltung der dafür erforderlichen Form eine zwischen den Parteien für das vorliegende Verfahren wirksame Gerichtsstandsvereinbarung nicht begründen.

cc) Zu wirksamer Prorogation zugunsten der deutschen Gerichte unter Heranziehung von § 11 Nr. 2 der AGB der Kl. lässt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der in Art. 23 I 3 lit. a Alt. 2 EuGVO geregelten ‚Halbschriftlichkeit‘ gelangen. Diese zweite Alternative innerhalb der Regelung des lit. a setzt voraus, dass die Parteien ihren Vertrag mündlich geschlossen und sich dabei in für beide Parteien erkennbarer Weise wenigstens stillschweigend über die Zuständigkeitsregelung geeinigt haben, mit nachfolgender schriftlicher Bestätigung wenigstens von einer Vertragsseite (dazu etwa BGH, NJW 1986, 2196²; NJW 1994, 2699¹, jeweils zu Art. 17 Eu-

¹ IPRspr. 1994 Nr. 137.

² IPRspr. 1985 Nr. 148.

GVÜ; *Kropholler* aaO Art. 5 Rz. 42 ff. m.w.N.). Ihre Anwendung mit der Wirkung der Geltung der Klausel des § 11 Nr. 2 der AGB der Kl. scheitert hier ersichtlich am Fehlen einer mündlichen oder telefonischen Abrede zwischen den Parteien. Die Bestellungen der Bekl. erfolgten nach dem Inhalt der beiden Auftragsbestätigungen der Kl. am 27.1.2005 per Fax der Bekl., die Auftragsbestätigungen (im franz. Text der Bestätigungen: *confirmation de commande*) bewirkten damit die Annahme der Bestellungen und hatten nicht die Funktion der Bestätigung vorheriger mündlicher Abrede. Eine Begründung deutscher Zuständigkeit lässt sich für den vorliegenden Fall also auch nicht auf diesem Wege herleiten.

dd) Der Senat sieht aber, wie dies in der mündlichen Verhandlung vom 10.9.2007 erörtert worden ist, Art. 23 I 3 lit. b EuGVO als anwendbar und als Grundlage einer die Zuständigkeit der deutschen Gerichte unter Heranziehung von § 11 Nr. 2 der AGB der Kl. begründenden, kraft der zwischen den Parteien in der Zeit ihrer langjährigen Geschäftsbeziehung entstandenen Gepflogenheiten wirksam gewordene Gerichtsstandsvereinbarung. Nach dieser Bestimmung reicht für die in Art. 23 I 3 EuGVO enthaltene Formregelung einer Gerichtsstandsvereinbarung jede (von Satz 3 lit. a abweichende) Form aus, welche den zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten entspricht. Satz 3 lit. b der Norm trägt in förmlicher Hinsicht die Existenz einer zwischen den Parteien für die vorliegende Klage wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung. Das LG hat seine Entscheidung insoweit richtig angesetzt. Es hat auf die langjährige Geschäftsbeziehung der Parteien abgehoben, in deren Zeit die Lieferbeziehungen so gehandhabt wurden, wie dies auch im jetzt streitigen Fall geschehen ist. Auf Bestellung per Fax folgte die Auftragsbestätigung der Kl. mit dem Hinweis auf Geltung ihrer AGB; es folgten weiterhin Lieferung und Bezahlung. Eine Vertragsbeziehung in dieser Form wiederholt zu schaffen und abzuwickeln, stellt eine Gepflogenheit, d.h. ein zwischen den Parteien regelmäßig und über einen durchaus längeren Zeitraum beobachtetes gegenseitiges Verhalten, dar und damit auch die von Art. 23 I 3 lit. b EuGVO für beachtlich erklärte Gepflogenheit in der Schaffung einer Gerichtsstandsvereinbarung (siehe OLG Düsseldorf, OLGR 2004, 208³; *Kropholler* aaO Rz. 50), die die Parteien in ihrem gegenseitigen Verhältnis – zumindest für bereits zurückliegende Bestellvorgänge – im Rahmen von Treu und Glauben gelten zu lassen haben (so richtig das landgerichtliche Urteil unter Verweisung auf BGH, NJW-RR 2004, 1292, 1293⁴). Das LG hat bei seiner Anwendung von Art. 23 I 3 lit. b EuGVO weiterhin richtig gesehen, dass die Regelung des lit. b im Grundsatz lediglich die zur Gültigkeit der Vereinbarung führende Form regelt und eine zwischen den Parteien materiell wirksame Vereinbarung des Gerichtsstands, wie von Art. 23 I 1 EuGVO ganz grundsätzlich gefordert, nicht ersetzen kann. Im Ergebnis ist jedoch – mit dem LG – in der Sicht des Senats auf der Grundlage der im Termin der mündlichen Verhandlung stattgefundenen Erörterung der Sachlage eine solche Vereinbarung zwischen den Parteien seit langem und mit Wirkung auch für das hier streitgegenständliche Verhältnis vorhanden. Das LG hat insofern zutreffend zugrunde gelegt, dass die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits seit über zehn Jahren in geschäftlichen Beziehungen stehen und, was für das Vorliegen einer ‚Vereinbarung‘ im Sinne von Art. 23 I 1 EuGVO entscheidend ist, die Kl. im Rahmen dieser ständigen und laufenden Geschäftsbeziehung ständig auf ihre AGB verwiesen hat. Die

³ IPRspr. 2004 Nr. 103.

⁴ IPRspr. 2004 Nr. 94b.

zur Gepflogenheit erstarkende stetige Übung hat damit eine vertragliche Einigung unter Einschluss der AGB der Kl. zur Grundlage. Sie genügt damit Art. 23 I 1 wie Satz 3 lit. b EuGVO. Für die Einigung im Sinne von Satz 1 bedarf es ausdrücklicher Abrede nicht, es genügt, dass aus dem Vertrag und seiner Abwicklung hervorgeht, dass die AGB einer Seite durch einen ausdrücklichen Hinweis im Vertragstext einbezogen worden sind (EuGH, Urt. vom 14.12.1976 aaO; BGH, Urt. vom 9.3.1994 [siehe oben unter bb]). Dies gilt im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung dessen, dass hier die Hinweisklausel in französischer Sprache, die AGB der Kl. mit ihrer Gerichtsstandsklausel in § 11 Nr. 2 AGB in deutscher Sprache gefasst waren und sind. Die Bekl. kann nach einer zehnjährigen Geschäftsbeziehung sich nicht darauf berufen, dass die AGB der Kl., auf die seit zehn Jahren konstant verwiesen worden ist, in deutscher Sprache präsentiert sind. Damit muss die Bekl. rechnen; sie hätte sich in der vorliegenden Geschäftsbeziehung ggf. dagegen verwehren können und dann die AGB auf Französisch erhalten, da die Kl. dargelegt hat, sie habe ‚im Internet‘ ihre AGB auch in franz. Fassung präsent. Es darf deshalb im vorliegenden Falle die konkludente Hinnahme der AGB der Kl. durch die Bekl. angenommen werden, wenn sie sich gegen den regelmäßigen und stets und dann auch in den Auftragsbestätigungen des 28.1.2005 erscheinenden Hinweis auf die AGB der Kl. nicht verwahrt hat.

Zum gegenteiligen Ergebnis führt auch nicht das Vorbringen der Bekl., sie habe ihrerseits ebenfalls mit gleicher Regelmäßigkeit in ihren Bestellungen auf ihre eigenen Einkaufsbedingungen (*conditions d'achat*) verwiesen. Zuzugeben ist der Bekl. insoweit, dass wechselseitige Einbringung von AGB beider Parteien die Einbeziehung der AGB der Kl. des vorliegenden Verfahrens und die daraus folgende Vereinbarung inländischen Gerichtsstands nicht mehr zwingend erscheinen lässt. Die Bekl. kann mit ihrem Vorbringen, sie habe ihrerseits ihr ‚Pflichtenheft‘ zum Inhalt der mit der Kl. jeweils geschlossenen Verträge gemacht, keinen Erfolg haben. Richtig ist insoweit nur, dass die Bekl. Hinweise auf ihr ‚Pflichtenheft‘ mit seinen ‚Einkaufsbedingungen‘ auf ihren Bestellungen mit abgedruckt hat. Es fehlt im vorliegenden Verfahren indes, vom Zeitpunkt des Endes der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aus betrachtet, jeder Nachweis dafür, dass die Bekl. ihr ‚Pflichtenheft‘ mit seinen ‚Einkaufsbedingungen‘ jemals hat in die Vertragsbeziehung einbeziehen können. Die Kl. bestreitet dies von Anfang an; die Bekl. hat einen für ihren Vortrag streitenden Nachweis bis zuletzt nicht unternommen, auch noch in ihrem letzten Schriftsatz vom 24.10.2007 nicht. Ein solcher Nachweis obliegt ihr indes hier; als geführt hätte er überdies nur betrachtet werden können, wenn die Bekl. hätte ersichtlich machen können, dass ihr Pflichtenheft, das insbesondere auch die Beschreibung technischer Standards von auf ihre Bestellungen hin zu liefernden Waren enthält, im Rahmen ihrer Einkaufsbedingungen eine der Gerichtsstandsklausel des § 11 Nr. 2 der AGB der Kl. konträre Regelung der Gerichtszuständigkeit enthält und mit diesem Inhalt Einbeziehung in die Vertragsabschlüsse gefunden hat. Es fehlt insoweit aber an hinreichend substantiiertem Vertrag der Bekl.; die Bekl. hat sich auch im Nachgang zur diesbezüglichen Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat schriftsätzlich Erhebliches nicht mehr vorzutragen in der Lage gesehen. Der am 25.10.2007 beim Senat eingegangene Schriftsatz führt insoweit nicht über früheres Vorbringen hinaus. Es hat deshalb

dabei zu bleiben, dass § 11 Nr. 2 der AGB der Kl. zwischen den Parteien Vereinbarung gefunden hat. Das führt zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte, wie dies vom LG zutreffend angenommen worden ist.

b) Bestände zwischen den Parteien die unter a) bejahte Gerichtsstandsvereinbarung nicht, wären die deutschen Gerichte indes gleichwohl gemäß Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO für das hier vorliegende Verfahren zuständig. Nach h.M. liegt bei Versendungskäufen, wie sie der von der Kl. geltend gemachten Klagforderung zugrunde liegen, der Erfüllungsort im Sinne der Norm an dem Ort, an dem die Kl. als Verkäuferin die Beschlägesendungen der mit dem Transport zu der Bekl. beauftragten Speditionsunternehmen übergeben hat (siehe MünchKomm-Martiny, 4. Aufl., Bd. 10, Vor Art. 27 EGBGB Rz. 59; *Bajons* in Festschrift Geimer, 2000, 64; siehe auch *Piltz*, NJW 2002, 793; *Junker*, RIW 2002, 572; *Kropholler* aaO Rz. 49). Die Entscheidungen des BGH vom 1.6.2005, RIW 2005, 776⁵ und vom 2.3.2006, NJW 2006, 1806⁶ stehen nicht entgegen.

Die von *Hager/Bentele* (IPRax 2004, 73 ff.) entwickelte differenzierende Auffassung führt in einer Konstellation wie der hier vorliegenden nicht notwendig zu einem anderen Ergebnis. Die beiden Autoren sehen in ihren Ausführungen, zwischenzeitlich gefolgt durch OLG Hamm (Urt. vom 6.12.2005 – 19 U 120/05, Nr. 43 = NJOZ 2006, 520⁷), den Erfolgsort kaufvertraglicher Verpflichtungen in der Konstellation des Versendungskaufs grundsätzlich beim Empfänger der Lieferleistung, d.h. beim Käufer. Veranlasst ist diese Einschätzung insbesondere durch den Gesichtspunkt der ‚Sachnähe‘ für die Bewertung der Mangelhaftigkeit der Lieferware. Richtig ist insoweit zumindest, dass die Bestimmung des Erfüllungsorts gemäß Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO durch ‚autonome‘ Auslegung der Norm und grundsätzlich ohne Rückgriff auf die Lösung des in der Sache maßgeblichen Rechts, d.h. die Lösung der *lex causae* zu gewinnen ist. Eine unmittelbare europäische Regelung des Erfüllungsorts der Verpflichtungen aus einem Versendungskauf kennt indes weder die EuGVO noch sonstiges sekundäres oder gar primäres Gemeinschaftsrecht. Der Ort der Bewirkung der Lieferung im Sinne des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO ist deshalb nicht ohne weiteres und für alle Kauffälle aus vorhandenem, bereits und an anderem Ort positiviertem EG-Recht zu bestimmen. Auszugehen ist deshalb nach wie vor vom Wortlaut des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO, der als Lieferort den Ort bestimmt, an dem die Lieferung durch den Absender/Verkäufer zu bewirken ist. Das ist nach herkömmlichem Verständnis der Ort, an dem der Verkäufer die Sendung mit der Kaufware der von ihm unabhängigen Transportperson übergibt. Eine Verlagerung an den Ort der Übergabe durch die Transportperson an den Empfänger oder eine Geheißperson ist untunlich. Beim Versendungskauf begibt sich der Verkäufer mit Ablieferung an die Transportperson weiterer Einflussmöglichkeiten auf die zum Empfänger gehende Ware, er hat damit seine ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt. Die nationalen Rechtsordnungen innerhalb der EU sehen dies vielfach so (vgl. § 447 BGB), bei Geltung ‚autonomer Auslegung‘ von Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO kommt es auf diese Regelung und Einschätzung der nationalen Rechte indes primär nicht an. EG-Recht außerhalb der EuGVO verhält sich aber nicht anders. Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucher-

⁵ IPRspr. 2005 Nr. 109.

⁶ IPRspr. 2006 Nr. 109.

⁷ IPRspr. 2005 Nr. 127.

schutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz vom 20.5.1997 (ABl. Nr. L 144/19) wie Richtlinie 99/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.5.1999 (ABl. Nr. L 171/12) als Bestandteile des sekundären EG-Rechts lassen ihrerseits erkennen, dass die Übergabe an eine Transportperson den Einfluss des Verkäufers zu beenden in der Lage ist. Der Senat sieht deshalb keine Notwendigkeit, gerade bei einem Versendungskauf, d.h. einem Liefervertrag, bei dem die Lieferung der Kaufsache vom Verkäufer an den Käufer durch eine unabhängig agierende Transportperson erfolgt, den Erfüllungsort, der nach dem Normtext der Ort ist, ‚an dem‘ die Lieferung zu bewirken ist, vom Ort der Übergabe des Transportguts an die Lieferperson und weiter ‚nach hinten‘, d.h. zum Empfänger der Lieferung zu verschieben. Der Senat sieht deshalb die bislang schon überwiegende Auffassung zu Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO im Einklang mit den für die ‚autonome‘ Bestimmung bedeutsamen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Als Ergebnis folgt daraus im vorliegenden Fall weiterhin, dass die Zuständigkeit der deutschen Gerichte auch gegeben wäre, wäre eine Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 23 I EuGVO hier nicht anzunehmen.

2. Die Klage ist auch begründet. Die Bekl. ist unstreitig aus der Lieferung zur Zahlung verpflichtet; der von ihr zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch steht ihr für eine Aufrechnung und darüber hinaus nicht zu Gebote. Das ergibt sich aus Folgendem:

a) Der Senat kann davon ausgehen, dass die Kl. den geltend gemachten Kaufpreisanspruch hat. Er ist auch zwischen den Parteien unstreitig, auch in der eingeklagten Höhe; er steht der Kl. auch in rechtlicher Hinsicht zu, gleichviel, ob sein rechtlicher Rahmen das nach Art. 27 I wie nach Art. 28 II EGBGB maßgebliche Recht des deutschen BGB ist oder ob hierfür nach der Sicht der Bekl. das Recht der CISG gilt. Nach beiden Rechten steht dem Verkäufer nach Lieferung der vertraglich vereinbarten Sache der Kaufpreisanspruch zu.

b) Unabhängig von der Geltung der einen wie der anderen Rechtsgrundlage gilt, dass das LG § 139 ZPO hier nicht verletzt hat. In der Sitzungsniederschrift des LG Stuttgart zur Sitzung vom 4.12.2006 befindet sich der ausdrückliche Vermerk über den vom Vorsitzenden Richter erteilten Hinweis auf § 377 HGB gegenüber der Bekl.

c) Die von der Bekl. unternommene Aufrechnung führt hier nicht zum Ziel; das LG hat dies im Ergebnis so richtig gesehen. Aufrechnungsstatut ist hier deutsches Recht, die von der Bekl. zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung beruht, wenn sie existiert, ebenfalls auf deutschem Recht. Kollisionsrechtlich ergibt sich das wie folgt: Die Anwendbarkeit deutschen Rechts für die Gegenforderung der Bekl. ergibt sich wiederum aus Art. 27, 28 EGBGB. Für Maßgeblichkeit des Rechts der CISG ergibt sich insofern nichts, wenn die Lieferungen der Kl. an die Bekl. im Jahr 2003 nach Maßgabe von § 11 Nr. 3 der AGB der Kl. erfolgt sind. Gilt danach deutsches Recht des HGB und BGB, ist zu einer aufrechenbaren Schadensersatzforderung gemäß § 437 BGB nicht zu gelangen ...

An diesem Ergebnis ändern auch die Feststellungen des hier vorgelegten Gutachtens aus dem Verfahren vor dem Tribunal de grande instance von Monaco und des dort inzwischen ergangenen, den Senat nicht bindenden Urteils nichts. Das Gutachten befasst sich nur mit der Qualität des Endprodukts. Es beantwortet also nicht die Frage, ob die von der Kl. gelieferten Teile mangelhaft waren, und erst recht nicht die

Frage nach den vertraglichen Vorgaben an die Qualität der Beschläge. Zwar wird in dem Gutachten festgestellt, dass ein erhöhter Druck für die Öffnung der Flügeltüren notwendig ist. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsweise, dass die von der Kl. gelieferten Teile als Produkt an sich mangelhaft waren, da sie in anderen Fenstern oder Türen durchaus funktionierten und dem Stand der damaligen Technik entsprachen.

d) Zu demselben Ergebnis wäre auch unter Anwendung von Art. 35 CISG zu gelangen, da sich die von der Kl. gelieferten Teile, wie von dieser Norm für vertragsgemäße Leistung gefordert, zum gewöhnlichen Gebrauch eignen. Abzustellen ist insoweit auf die Verkehrsauffassung über die üblicherweise zu erwartende Beschaffenheit (MünchKomm-Gruber aaO Art. 35 CISG Rz. 16). Hier mangelt es bereits an einem gegenteiligen Vortrag der Bekl., die nicht darlegt, inwieweit die Beschläge nicht für den gewöhnlichen Vertragszweck – nämlich den Einbau in Hebeschiebetüren – geeignet gewesen sein sollen.

e) Ob die Bekl. der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377 HGB bzw. Art. 38, 39 CISG genügt hat, kann bei dieser Sachlage dahinstehen.“

153. *Sofern ein im Ausland (hier: in der Schweiz) ansässiger Verwaltungsrat einer ausländischen (hier: Schweizer) Gesellschaft an einem in Deutschland begangenen Betrug zum Nachteil eines Geschädigten mit Wohnsitz in Deutschland beteiligt ist, sind deutsche Gerichte für die Entscheidung über eine Klage auf Schadensersatz nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ international zuständig.*

BGH, Versäumnisurt. vom 6.11.2007 – VI ZR 34/07: NJW-RR 2008, 516; RIW 2008, 399; WM 2008, 479; VersR 2008, 1129; EuZW 2008, 189; EWiR 2008, 215 mit Anm. Mankowski; WuB VII. C. Art. 5 LugÜ 1.08 mit Anm. Geimer. Leitsatz in ZBB 2008, 120.

Der Kl. begehrt vom Bekl. Ersatz des Schadens, den er bei einer Kapitalanlage erlitten hat.

Der Bekl. hat seinen Wohnsitz in der Schweiz. Er war Portfolio-Manager und Verwaltungsrat der GVP S.A. (künftig: GVP), mit welcher der Kl. in seiner Wohnung durch Vermittlung des M. einen Vertrag über eine Anlage von 100 000 DM sowie einen Vertrag über Vermögensverwaltung abgeschlossen hat. Der Kl. beantragte mit den ihm von der GVP zugesandten Unterlagen die Eröffnung eines Kontos bei der S. Bank (Schweiz) AG (künftig: S. Bank). Mit einer von der GVP vorgefertigten „Verwaltungsvollmacht für Dritte“, welche der Kl. unterzeichnete, ermächtigte er u.a. den Bekl. zur Verwaltung dieses Kontos bei der S. Bank. Der Kl. überwies den Anlagebetrag auf das neu eröffnete Konto bei der S. Bank unter Verwendung eines von der GVP vorgefertigten Zahlungsauftrags.

Der Kl. kündigte in der Folgezeit einen Teil der Anlage und später sämtliche Verträge, erhielt aber nur einen Teilbetrag von der S. Bank zurück. Gegenüber der GVP widerrief er daher die Verwaltungsvollmacht.

Mit Urteil des LG Darmstadt vom 16.12.2003 wurde der Bekl. wegen Untreue und Beihilfe zum Betrug zu einer Freiheitsstrafe verurteilt; die Schädigung des Kl. war nicht Gegenstand dieser Verurteilung.

Der Kl. begehrt vom Bekl. die restliche Anlagesumme nebst nicht ausgeschütteten Zinsen, Ersatz der Kosten der Rechtsverfolgung sowie die ihm von der Kündigung bis 1.8.2004 entgangenen Erträge, jeweils nebst Zinsen.

Das LG hat die Klage wegen fehlender internationaler Zuständigkeit der deutschen Gerichte als unzulässig abgewiesen. Das OLG hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

„I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, eine Zuständigkeit deutscher Gerichte sei nicht gegeben. Der Kl. habe die Voraussetzungen nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ nicht schlüssig vorgetragen. Die behauptete Tathandlung im Sinne einer Untreue gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB oder einem entsprechenden Delikt sei in der Schweiz durch weisungswidrige Vermögensverwaltung am Arbeitsplatz des Bekl. vorgenommen worden. Auch der