



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 212/07

vom

11. Mai 2010

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 21. Juni 2007 aufgehoben.

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

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 99.479,50 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Parteien - die Klägerin hat ihren Sitz in Deutschland, die Beklagte in Großbritannien - sind auf dem Gebiet der Fertigung und Lieferung von Getränkearmaturen und Schankanlagen tätig. Sie streiten darum, ob im Februar und Juni 2004 zwischen ihnen zwei Verträge zustande gekommen sind, nach denen die Beklagte eine größere Menge an Alu-Ringen und an Edelstahl-Schankhahn-Gehäusen an die Klägerin zu liefern hatte. Diese jeweils nach Zeichnung und Bemusterung herzustellenden Waren wurden von der Klägerin als Zulieferteile benötigt, um sie in Zapfsäulen und Schankhähne einbauen zu können, die sie

an eigene Kunden zu liefern hatte. Nachdem Lieferungen der Beklagten ausgeblieben waren, tätigte die Klägerin Deckungskäufe, deren Mehrkosten sie mit ihrer Klage in erster Linie ersetzt verlangt. Dabei geht der Streit der Parteien neben der von der Beklagten gerügten internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte und dem auf die erhobenen Ansprüche anwendbaren Recht vor allem um die Frage, ob die Beklagte die jeweiligen Bestellungen zumindest durch eine teilweise Ausführung und/oder ein sachliches Eingehen auf mehrfache Ausführungsanfragen und Mahnungen der Klägerin konkludent angenommen hat.

2 Das von der Klägerin angerufene Landgericht Köln hat den mit dem Hauptantrag geltend gemachten Schadensersatzanspruch, der auf einen Ersatz der durch Deckungsgeschäfte entstandenen Mehrkosten gerichtet ist, auf der Grundlage einer von denen von Parteien "für diesen Rechtsstreit ... [vereinbarten] Anwendung deutschen Rechts" nach Maßgabe der Bestimmungen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Widerklage der Beklagten auf Feststellung, dass eine von der Klägerin mit Hilfsantrag verfolgte Vertragsstrafenverpflichtung nicht besteht, hat das Landgericht abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten.

## II.

3 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 544 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO). Sie hat auch in der Sache Erfolg.

4 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

5 Eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bestehe gemäß Art. 5 Nr. 1 Buchst. a und b erster Spiegelstrich EuGVVO, weil es um Ansprü-

che aus Werklieferungsverträgen gehe, auf die die Vorschriften über den Kauf Anwendung fänden. Erfüllungsort sei nicht der in Großbritannien liegende Ort der Herstellung der zu liefernden Waren, sondern der Sitz der Klägerin in Deutschland, an den die Waren vertragsgemäß hätten geliefert werden müssen. Ebenso seien die in Rede stehenden Ansprüche aufgrund der in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht getroffenen Abrede, die sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nur in einer Abrede über das anzuwendende Prozessrecht erschöpfe, in materieller Hinsicht nach deutschem Recht zu beurteilen.

- 6 Der vom Landgericht zuerkannte Schadensersatzanspruch ergebe sich aus §§ 280 f. BGB, weil die Beklagte hinsichtlich der Alu-Ringe ihre Lieferpflichten trotz Nachfristsetzung nicht vollständig erfüllt und hinsichtlich der Schankhahn-Gehäuse die Lieferung sogar verweigert habe. Sie müsse deshalb die Mehrkosten tragen, die bei der Klägerin durch die zur Herstellung ihrer Lieferfähigkeit getätigten Deckungsgeschäfte angefallen seien. Da nach dem Beweisergebnis auch die im Juni 2004 aufgegebenene zweite Bestellung von der Beklagten angenommen worden sei, schulde sie zugleich die hierin vereinbarte Konventionalstrafe, so dass das widerklagend erhobene negative Feststellungsbegehren der Beklagten unbegründet sei. Dass die betreffenden beiden Verträge zumindest aufgrund konkludenten Verhaltens der Beklagten zustande gekommen seien, ergebe sich neben den ausgeführten Teillieferungen insbesondere aus den Reaktionen der Beklagten auf die Schreiben der Klägerin, mit denen diese eine restliche Lieferung der bestellten Alu-Ringe angemahnt habe. Diese Reaktionen, der insoweit unwidersprochen gebliebene Inhalt einer Besprechung der Parteien vom 30. Juni 2004, die von dem damaligen Mitarbeiter O. der Beklagten bekundete abschlussreife Vorbereitung der Bestellungen sowie die Produktionsvorbereitungen und Lieferankündigungen ließen den sicheren Schluss zu, dass die Parteien dabei nicht mehr über einen noch ausstehenden Abschluss von Verträgen oder die Annahme der beiden Bestellungen verhan-

delt hätten, sondern nur noch über die Abwicklung der bereits geschlossenen Verträge beziehungsweise die Bewältigung der nach Vertragsschluss aufgetretenen Schwierigkeiten. Ebenso wenig seien die umfangreichen Verhandlungen und die geführte Korrespondenz lediglich Vorbereitung für weitere Vertragsabschlüsse gewesen. Der von der Beklagten insoweit gegenbeweislich als Zeuge benannte Mitarbeiter H. habe nicht mehr vernommen werden müssen. Denn das Landgericht habe das erst in einem zum Beweisergebnis nachgelassenen Schriftsatz in dessen Wissen gestellte Vorbringen mit Recht als verspätet angesehen und unbeachtet gelassen.

7            2. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8            a) Die Zulassung der Revision ist allerdings nicht mehr wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) geboten. Denn die von der Nichtzulassungsbeschwerde als zulassungsrelevant erörterte Rechtsfrage, ob bei dem hier gegebenen Werklieferungsvertrag ein die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte begründender Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b erster Spiegelstrich EuGVVO vorliegt, ist zwischenzeitlich durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 25. Februar 2010 (Rs. C - 381/08, NJW 2010, 1059 - Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl) geklärt worden. Danach ist ein Vertrag über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware auch dann als Verkauf beweglicher Sachen im Sinne der genannten Vorschrift einzustufen, wenn der Auftraggeber bestimmte Vorgaben zur Beschaffung, Verarbeitung und Lieferung der Ware macht und der Lieferant - wie hier - die zu verarbeitenden Stoffe zu beschaffen und für die Qualität und die Vertragsgemäßheit der Ware einzustehen hat (EuGH, aaO, Rdnr. 43). Ebenso ist durch dieses Urteil geklärt, dass bei einem Fehlen vertraglicher Regelungen der Parteien zum Lieferort derjenige Ort zu-

ständigkeitsbegründend im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Buchst. b erster Spiegelstrich EuGVVO ist, an dem die körperliche Übergabe der Waren an den Verkäufer erfolgt ist oder hätte erfolgen müssen (EuGH, aaO, Rdnr. 62). Das ist nach den von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts der Ort des inländischen Sitzes der Klägerin.

9            b) Die Nichtzulassungsbeschwerde ist jedoch deshalb begründet, weil das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) dadurch in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat, dass es dem von der Beklagten für ihre Behauptung, die beiden Bestellungen der Klägerin nicht angenommen zu haben, rechtzeitig angetretenen Gegenbeweis auf Vernehmung des Zeugen H.            nicht nachgegangen ist. Wegen der verfassungsrechtlichen Relevanz dieses Verfahrensfehlers ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 544 ZPO).

10            aa) Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (BVerfG, WM 2009, 671, 672; BGH, Beschluss vom 12. Juni 2008 - V ZR 223/07, juris, Tz. 5; Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 16/07, TranspR 2009, 410, Tz. 23; jeweils m.w.N.). Das ist unter anderem dann der Fall, wenn ein Gericht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs missachtet, wonach ein Beweistritt für erhebliche, nicht willkürlich ins Blaue hinein aufgestellte Tatsachen nur dann unberücksichtigt bleiben darf, wenn das angebotene Beweismittel ungeeignet ist, weil es im Einzelfall zur Beweisbehauptung erkennbar keine sachdienlichen Ergebnisse erbringen kann, oder wenn die unter Beweis gestellte Tatsache so ungenau bezeichnet ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann (BVerfG, aaO; BGH, Beschlüsse vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710, unter II 2 a; vom 12. Juni 2008, aaO; jeweils m.w.N.). Da die Handhabung der Substantiierungsanforderungen durch das Gericht dieselben



- 12            Das Berufungsgericht hat zwar nicht übersehen, dass die Beklagte den Zeugen H.            bereits in seinem lange vor der erstinstanzlichen Beweis-  
aufnahme eingereichten Schriftsatz vom 27. April 2006 gegenbeweislich zu der  
Tatsache benannt hatte, dass sie die beiden Bestellungen der Klägerin nicht zu  
den genannten Bedingungen angenommen habe. Entgegen der Auffassung  
des Berufungsgerichts war die Beklagte bei ihrem (Gegen-)Beweisantritt auch  
nicht gehalten, Angaben zu machen, „wer genau, wann, wo, bei welcher Ge-  
legenheit und auf welchem Wege (telefonisch, schriftlich, Fax, E-Mail?) gegen-  
über dem Zeugen O.            eine Erklärung“ dahingehend abgegeben hat, dass  
die von der Klägerin aufgegebenen Bestellungen vorläufig noch nicht ange-  
nommen werden könnten. Denn die Angabe von Einzelheiten zum Zeitpunkt  
und zum Ablauf bestimmter Ereignisse ist - wie vorstehend dargestellt - nicht  
erforderlich, wenn diese Einzelheiten für die Rechtsfolge der unter Beweis ge-  
stellten Haupttatsache, nämlich das Fehlen einer nach §§ 146 ff. BGB erforder-  
lichen Annahmeerklärung der Beklagten, nicht entscheidend sind. Misst das  
Gericht diesen Einzelheiten für die Zuverlässigkeit oder die Wahrscheinlichkeit  
der unter Beweis gestellten Behauptung Bedeutung zu, sind sie durch entspre-  
chende Nachfrage bei der Beweisaufnahme zu klären (BGH, Beschlüsse vom  
21. Mai 2007, aaO, und vom 11. Juli 2007, aaO; Urteil vom 2. April 2009, aaO).
- 13            cc) Damit hat das Berufungsgericht das Verfahrensgrundrecht der Be-  
klagten auf Gewährung des rechtlichen Gehörs in dem entscheidenden Punkt  
ihres Verteidigungsvorbringens verletzt. Das Berufungsurteil beruht auf dieser  
Grundrechtsverletzung. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungs-  
gericht bei der Beurteilung der von ihm für erwiesen erachteten Vertragsan-  
nahme zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es den von der Beklag-  
ten angetretenen Gegenbeweis auf Vernehmung des Zeugen H.            er-  
hoben hätte.

III.

14 Die Verletzung der Beklagten in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

15 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht auch zu prüfen haben wird, ob die zwischen den Parteien vereinbarte Wahl deutschen Rechts nicht zur Anwendbarkeit des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 5. Juli 1989 (BGBl. II S. 588 - im folgenden: CISG) führt. Denn die von den Parteien gemäß dem damals noch geltenden Art. 27 EGBGB (vgl. Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung [EG] Nr. 593/2008 vom 25. Juni 2009 [BGBl. I S. 1574]) wirksam vorgenommene Wahl deutschen Rechts ist, wenn - wie hier - eine ausdrückliche Verweisung auf das unvereinheitlichte deutsche Recht fehlt, grundsätzlich dahin zu verstehen, dass das nach dem Recht dieses Staates für grenzüberschreitende Warenkäufe anwendbare Kaufvertragsrecht und damit das Recht des insoweit nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b CISG vorrangig anwendbaren Übereinkommens gewählt ist. Angesichts dieser bei vorbehaltloser Rechtswahl unmittelbar eintretenden Rechtsfolge hätte es deshalb zusätzlicher, über den bloßen Text der Rechtswahlklausel hinausgehender Anhaltspunkte bedurft, um auf einen Willen der Parteien zu schließen, nicht nur deutsches Recht allgemein, sondern darüber hinaus dessen unvereinheitlichtes Kaufrecht zu wählen (Senatsurteil vom 25. November 1998 - VIII ZR 259/97, WM 1999, 868, unter III 1; Ferrari in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-

Kaufrecht (CISG), 5. Aufl., Art. 6 Rdn. 22 f. m.w.N.; vgl. ferner BGHZ 96, 313, 319 ff. [zu Art. 3 EKG]).

Ball

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 11.01.2007 - 83 O 238/05 -

OLG Köln, Entscheidung vom 21.06.2007 - 12 U 16/07 -