

CISG-online 1703	
Jurisdiction	Germany
Tribunal	Landgericht Landshut (District Court Landshut)
Date of the decision	12 June 2008
Case no./docket no.	43 O 1748/07
Case name	<i>Material for metal covers case</i>

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Forderungen aus einem Vertrag über die Lieferung von Metalldeckenmaterialien. 1

Die Klägerin stellt Decken-, Boden- und Trennwandsysteme her. Der Beklagte ist Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Bezeichnung [...], welches im Innenausbau tätig ist.

Die Klägerin lieferte an die Beklagte verschiedene Metalldeckenmaterialien. Über die streitgegenständlich gelieferten Materialien stellte die Klägerin Auftragsbestätigungen vom 14.07.2006, 31.05.2006 und 22.08.2006 aus (Anlage K 3 und K 5), welche unten auf der Seite in Englisch die folgende Klausel enthalten: 2

«Place of delivery is A[...], place of jurisdiction is the Amtsgericht or the Landgericht in charge for the principal office of [...]. [...]».

Keine der Auftragsbestätigungen ist von der Klägerin unterschrieben.

Während der Verhandlungen der Parteien im Jahr 2005 wurde vom Beklagten und dem Zeugen N[...] am 14.06.2005 ein Schriftstück in italienischer Sprache unterschrieben (Anlage B 1), welches auszugsweise wie folgt lautet: 3

«Offerta per sola fornitura di controsoffitti presso vostro cantiere. [...] dopo esecuzione campionatura approvata. [...]»

GENERALE

[...] Tutte le quotazioni sono comunque assoggettate alle nostre condizioni commerciali maggio 2004. (spedizione a richiesta)

PREZZI

I prezzi sono intesi franco cantiere di T[...].

[...] distinti saluti N[...].»

Die Vertragsurkunde trug Unterschriften des Herrn N[...] auf jeder Seite und ebenfalls auf der letzten Seite. Herr N[...] war bei den Vertragsverhandlungen im Frühjahr 2005 als Vertreter der Klägerin aufgetreten und hatte unter anderem mit dem Beklagten Besichtigungen durchgeführt. 4

Die Klägerin behauptet, dass Verträge auf Grund der von der Klägerin übersandten Auftragsbestätigungen zustande gekommen seien unter Einbeziehung der Gerichtsstands- und Erfüllungsortsklausel. Der Beklagte habe diese Auftragsbestätigungen auch unterschrieben. Einen vorangehenden Vertrag aus dem Jahr 2005 gebe es nicht. Das unter dem Datum vom 14.06.2005 (B 1) abgegebene Vertragsangebot sei kein bindender Vertrag. Die Klägerin habe den Vertrag vor den Änderungen des Beklagten unterzeichnet. Der für die Klagepartei anwesende Herr N[...] sei nicht zu einem veränderten Vertragsschluss ermächtigt gewesen, selbst, wenn er den Vertrag nachträglich gegengezeichnet hätte. Der Erfüllungsort habe auch tatsächlich in A[...] gelegen, weil die gesamte Planung von der Klägerin in A[...] zu erfüllen gewesen sei.

5

Mit Schriftsatz vom 29.10.2007 (Bl. 24/34 d.A.) hat der Beklagte hilfsweise Widerklage für den Fall der internationalen Zuständigkeit des Landgerichts Landshut erhoben und diese Anträge erneut mit Schriftsatz vom 31.01.2008 (Bl. 67/85 d.A.) umgestellt.

6

Die Klägerin beantragt

7

- I. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin EUR 30.642,64 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von EUR 10.403,60 seit dem 11.12.2006, aus einem Betrag von 7.546,08 seit dem 22.12.2006 und aus einem Betrag von EUR 12.692,96 seit dem 19.02.2007, zu bezahlen,
- II. festzustellen, dass
 1. im Zusammenhang mit der erfolgten Lieferung von Metaldeckenmaterialien durch die Klägerin dem Beklagten gegenüber der Klägerin keine Rechte oder Ansprüche bei Mängeln, insbesondere kein Recht zum Rücktritt vom Vertrag oder zur Aufhebung des Vertrags, zur Minderung des Kaufpreises und keine Schadensersatzansprüche
 2. des Weiteren dem Beklagten gegenüber der Klägerin keine Rechte oder Ansprüche wegen Nichterfüllung, wegen Pflichtverletzung oder Verzugs, insbesondere keine Ansprüche auf Schadensersatz anstatt der Leistung oder wegen vergeblicher Aufwendungen, wegen eines (angeblichen) Schuldverhältnisses betreffend die Lieferung weiterer Metaldeckenmaterialien zustehen.

Der Beklagte beantragt

8

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte beantragt zuletzt hilfsweise widerklageweise

- I. für den Fall der internationalen Zuständigkeit des Landgerichts Landshut, die Widerbeklagte zu verurteilen, an den Widerkläger den Betrag in Höhe von € 13.818,38 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen;
- II. für den Fall, dass die Klageforderung an die Klägerin zugesprochen wird, die Widerbeklagte zu verurteilen, an den Widerkläger den weiteren Betrag von € 30.642,64 zu bezahlen.

Die Klägerin beantragt,

9

die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte rügt die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Landshut.

10

Er behauptet, dass bereits am 14.06.2005 zwischen den Parteien ein Vertrag geschlossen worden sei (Anlage B 1), welcher in Italienisch abgefasst sei und als Grundlage für die Lieferungen durch die Klägerin gedient habe. In diesem Vertrag sei eine Bezugnahme auf die AGB der Klägerin zwar enthalten, diese Klausel sei jedoch nicht wirksam. Über die Auftragsbestätigungen wären die AGB der Klägerin auch nicht wirksam einbezogen worden. Diese seien nicht in der Vertragssprache, welche zwischen den Parteien durch den Vertrag vom 14.06.2005 festgelegt worden sei, abgefasst. Der Vertrag vom 14.06.2008 habe eine Erfüllungsortvereinbarung enthalten, welcher den Erfüllungsort auf der Baustelle der Beklagten in T[...] festlege.

Bezüglich des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird auf die Niederschrift vom 15.05.2008 (Bl. 108/110 d.A.) verwiesen. Hinsichtlich des beiderseitigen Sachvortrags wird ergänzend auf die beiderseits gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

11

Die Klage ist unzulässig.

Das Landgericht Landshut ist international unzuständig, da ein Gerichtsstand in Deutschland nach der anwendbaren Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000 (EuGVVO) nicht gegeben ist.

1.

12

Der sachliche (Art. 1 EuGVVO), persönliche (Art. 2 EuGVVO) und zeitliche (Art. 66 EuGVVO) Anwendungsbereich der Verordnung sind eröffnet. Bei dem vorliegenden Streit über die Zahlung von Vergütung für die Lieferung von Waren handelt es sich um eine Zivilsache im Sinne der Vorschrift des Art. 1 EuGVVO.

Ein Ausschluss nach Art. 1 Abs. 2 EuGVVO liegt nicht vor. Der Beklagte und der Kläger haben ihren Sitz bzw. Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedsstaaten der EG.

Nach Art. 66, 76 EuGVVO ist der zeitliche Anwendungsbereich eröffnet, da die Klage erst 2007 erhoben wurde.

2.

13

Der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten nach Art. 2 EuGVVO liegt in Italien, weil er dort seinen Wohnsitz hat. Eine internationale Zuständigkeit für Deutschland lässt sich daraus nicht herleiten.

3.

14

Die Klägerin kann ihre Klage hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit für Deutschland auch nicht auf eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 EuGVVO stützen. Die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung erfüllt nicht die Voraussetzungen des Art. 23 EuGVVO.

Die Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln in einen Vertrag durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist anhand des Art. 23 EuGVVO autonom zu bestimmen (vgl. EuGH 9.12.2003 – 116/02, *Gasser*, Rn. 51; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Art. 23 EuGVVO Rn. 23 ff.). Insoweit sind im Rahmen des Art. 23 EuGVVO Formfragen und Willensübereinstimmung nicht klar zu trennen (vgl. *Kropholler*, a.a.O., Rn. 27). Die Voraussetzungen der in Art. 23 EuGVVO enthaltenen Alternativen liegen jedoch nicht vor.

15

a)

16

Eine wirksame schriftliche Vereinbarung über die Gerichtsstandsklausel nach Art. 23 lit. a Alt. 1 EuGVVO wurde nicht getroffen.

aa)

17

Die im Vertrag vom 14.06.2005 enthaltene Bezugnahme auf die AGB der Klägerin begründet keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung, zumal keine der Parteien den Inhalt dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorträgt. Die wirksame Einbeziehung der AGB der Klägerin in diesen ersten Vertrag hätte vorausgesetzt, dass dem Beklagten diese bei Vertragsschluss vorgelegen hätten (OLG Düsseldorf WM 2000, 2193). Dies war jedoch unstreitig nicht der Fall.

bb)

18

Auch ein Abdruck der Gerichtsstandsklausel der Klägerin auf den als Anlage K3 und K5 vorgelegten Auftragsbestätigungen vom 14.07.2006, 31.05.2006 und 22.08.2006 erfüllt das Erfordernis der schriftlichen Vereinbarung nicht.

(1)

19

Die Anlage K5 vom 22.08.2006 ist entgegen dem Vortrag der Klagepartei nicht vom Beklagten unterschrieben worden, auch die 2. Hälfte der Anlage K3, die Auftragsbestätigung vom 31.05.2006 trägt keinerlei Unterschrift des Beklagten. Eine schriftliche Vereinbarung liegt in diesen Fällen schon deshalb nicht vor, weil der Beklagte sich nie schriftlich mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden erklärt hat.

(2)

20

Auch im Falle der unterschriebenen Auftragsbestätigung (Anlage K3 1. Teil) genügt diese keinesfalls den Formerfordernissen des Art. 23 lit. a Alt. 1 EuGVVO. Die als Anlage K3 übergebene Auftragsbestätigung wurde zwar vom Beklagten unterschrieben an die Klägerin zurückgesandt, eine Unterschrift der Klägerin ist jedoch auf dieser Anlage nicht zu finden. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH NJW-RR 2005, 150 zum inhaltsgleichen Art. 17 Abs. 1 S. 2 lit. a 1. Alt. LugÜ) ist für eine schriftliche Vereinbarung im Sinne der Vorschrift nicht ausreichend, wenn die Partei, zu deren Lasten die Vereinbarung geht, eine nicht unterschriebene Vertragsurkunde unterschrieben an den anderen Teil zurücksendet. Eine solche Betrachtungsweise ist nach der Rechtsprechung (BGH a.a.O.) mit dem Sinn und Zweck des Schriftfor-

merfordernisses nicht zu vereinbaren. Dies hätte nämlich zur Folge, dass eine schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung schon dann zu bejahen wäre, wenn ein entsprechender Vertragstext dem anderen Teil ohne eigene Unterschrift übersandt wird und dieser sie unterzeichnet zurück gibt, was aber nicht dem entspricht was im allgemeinen Rechtsverkehr unter einer schriftlichen Vereinbarung verstanden wird. Es widerspricht auch der von der Rechtsprechung angenommenen restriktiven Auslegung der Regelung des Art. 23 Abs. 1 lit. a 1. Alt EuGVVO (vgl. BGH a.a.O.).

Selbst wenn man die Übersendung der Auftragsbestätigung als Angebot zur Vertragsänderung oder als Angebot zum erstmaligen Vertragsschluss unter Einbeziehung der Gerichtsstandsklausel, was insoweit dahinstehen kann, ansehen würde, ist in der Urkunde eine wirksame schriftliche Erklärung der Klägerin nicht enthalten, wie dies in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefordert wird (vgl. BGH, a.a.O., juris, Rn. 15).

b)

Eine wirksame mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung der Gerichtsstandsklausel nach Art. 23 lit. a Alt. 2 EuGVVO liegt ebenfalls nicht vor. Die sog. «halbe Schriftlichkeit» setzt eine vorangegangenen mündlichen Vertragsschluss der Parteien voraus, in dem sie sich gerade auch über die Zuständigkeitsregelung für beide Seiten erkennbar geeinigt haben und dementsprechende mündliche rechtsgeschäftliche Erklärungen ausgetauscht haben (vgl. *Kropholler*, a.a.O., Rn. 42). Eine mündliche Einigung auf die Zuständigkeitsregelung wurde von der Klagepartei nicht dargetan. Man hatte sich auch nicht zuvor wirksam auf die Geltung der AGB im Vertrag vom 14.06.2005 der Klägerin geeinigt (s.o.) und diese dann mündlich bestätigt, zumal schon nicht klar ist, welche Klauseln die AGB der Klägerin, auf welche in dem Vertrag vom 14.06.2005 Bezug genommen wird, enthalten.

c)

Eine wirksame Vereinbarung der Gerichtsstandsklausel nach Art. 23 lit. b und c EuGVVO liegt ebenfalls nicht vor.

aa)

Gepflogenheiten zwischen den Parteien im Sinne des Art. 23 lit. b EuGVVO lagen nach der Auffassung des Gerichts nicht vor. Insoweit sind auch die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze nicht gegeben.

Nach der Rechtsprechung ersetzt die Gepflogenheit zwischen den Parteien lediglich das Formerfordernis, nicht aber die Einigung (vgl. BGH a.a.O., juris Rn. 18). Der laufende Abdruck einer Gerichtsstandsklausel in Auftragsbestätigungen oder Rechnungen kann diese Einigung nicht ersetzen (vgl. *Kropholler*, a.a.O., Rn. 50; BGH a.a.O., juris Rn. 18). Bei den vom Kläger als Anlage K3 und K5 zugesandten «order confirmations» handelt es sich nach Auffassung der Kammer um solche Auftragsbestätigungen. Schon die Benennung als «order confirmation» setzt begrifflich eine vorangegangene Bestellung voraus. Die Beklagte benennt als Vertragsgrundlage für die Bestellungen und die daraufhin ausgestellten Auftragsbestätigungen den Vertrag vom 14.06.2005.

(1)

26

Das Gericht ist davon überzeugt, dass es sich bei dem Vertrag vom 14.06.2005 um den Vertrag handelt, auf dessen Grundlage die Bestellungen abgewickelt und die Auftragsbestätigungen versandt wurden. Die Wirksamkeit und das Zustandekommen des Vertrages beurteilen sich nach dem Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.04.1980 (CISG).

(a)

27

Auf den am 14.06.2005 geschlossenen Vertrag ist das Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.04.1980 (CISG) anwendbar. Das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht richtet sich mangels Rechtswahl der Parteien nach Art. 28 EGBGB. Insoweit kann jedoch dahinstehen, ob deutsches oder italienisches Recht zur Anwendung kommen würde. Mangels eines Ausschlusses des CISG durch Parteivereinbarung, welches in beiden Staaten anwendbar ist und aufgrund der Tatsache, dass die Art. 27 ff. EGBGB aufgrund des Art. 35 EGBGB ausschließlich Sachnormverweisungen enthalten, ist jedenfalls das CISG hier anwendbar. Sowohl Italien als auch Deutschland sind Vertragsstaaten des Übereinkommens (Art. 1 CISG), im Verhältnis zu Italien gilt dieses seit 1991. Auch ein Ausschluss nach Art. 2 CISG ist nicht gegeben.

Vorliegend handelt es sich nach Art. 3 Abs. 1 CISG zumindest um einen Vertrag über die Lieferung herzustellender Waren, nämlich der Metalldeckenplatten für die Baustelle des Beklagten. Die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 CISG sind nicht erfüllt. Die Klägerin schuldete nicht überwiegend Arbeiten oder Dienstleistungen, sondern die Lieferung der besagten Deckenplatten.

28

(b)

29

Die Kammer ist auch davon überzeugt, dass der Vertrag wirksam geschlossen wurde, insbesondere die Klagepartei wirksam vom Zeugen N[...] vertreten wurde.

(aa)

30

Der Vertrag vom 14.06.2005 enthält handschriftliche Änderungen, welche auf der letzten Seite des Vertrages vom Beklagten unterzeichnet ist. Ebenfalls auf der letzten Seite befindet sich eine Unterschrift, welche nach den Angaben der Klagepartei vor den Änderungen auf das Vertragsdokument kam. Weiter befinden sich an den jeweiligen handschriftlichen Einfügungen wiederum Unterschriften.

Es ist nicht bestritten worden, dass die auf jeder Vertragsseite angebrachten Unterschriften von Herrn N[...] stammen, welcher für die Klägerin die Verhandlungen geführt hat.

(bb)

31

Die Kammer ist der Ansicht, dass der Vertragsschluss unter wirksamer Bevollmächtigung des Herrn N[...] zustande kam.

(aaa)

32

Die Vollmachtserteilung ist im CISG nicht geregelt. Auch allgemeine Grundsätze zur Auslegung des Übereinkommens existieren insoweit nicht.

Aus Art. 7 Abs. 2 CISG folgt daher, dass sich die wirksame Bevollmächtigung nach dem deutschen internationalen Privatrecht als *lex fori* beurteilt. Nach der Rechtsprechung ist für die Beurteilung der Vollmacht der Gebrauchsort der Vollmacht entscheidend bzw. für die Anscheinsvollmacht der Ort, an welchem der Rechtsschein wirkt (*Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 41 I 2 m.w.N., die Rechtsprechung nimmt möglicherweise auch für die Anscheinsvollmacht den Gebrauchsort an, was hier jedoch dahinstehen kann, da es sich um denselben Ort handelt). Der Gebrauchsort der von der Klägerin an den Herrn N[...] gegebenen Vollmacht lag in Italien, wonach italienisches Recht maßgebend ist für die Beurteilung der Bevollmächtigung. Es wurden die Verhandlungen zum Vertrag vom 14.06.2005 in Italien geführt. Insoweit handelt es sich um eine Sachnormverweisung (*Kropholler*, a.a.O., § 41 I 4).

33

(bbb)

Der Herr N[...] handelte zumindest aufgrund einer Duldungsvollmacht mit Wirkung für die Klägerin.

34

Das italienische Recht kennt ebenfalls eine Anscheinsvollmacht, wobei diese auch Fälle umfasst, die in Deutschland unter den Begriff der Duldungsvollmacht fallen (vgl. Aufsatz Dr. *Herbert Asam*, Italienisches Handelsvertreterrecht vor deutschen Gerichten, [www.blume-asam.de/deutsch/info/Aufsatz_1_dt\(Website\).pdf](http://www.blume-asam.de/deutsch/info/Aufsatz_1_dt(Website).pdf), auch Fn. 71 mit Nachweisen zur italienischen Rechtsprechung). Hier vorliegend handelt es sich um eine Duldungsvollmacht. Die Klägerin hatte Herrn N[...] als Vertreter zu den Verhandlungen geschickt. Unstreitig war Herr N[...] schon vor Vertragsschluss 2005 als Vertreter der Klägerin aufgetreten.

Das ursprüngliche Vertragsangebot war ebenfalls schon mit «distinti saluti N[...]» unterzeichnet. Für den Beklagten war es nicht erkennbar, dass der Vertreter der Klägerin nicht zu einer Vertragsänderung befugt war, falls man dies als wahr unterstellt, da schon das ursprüngliche Angebot von Herrn N[...] ausgearbeitet und unterzeichnet war.

(2)

Eine wirksame Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin im Vertrag vom 14.06.2005 scheidet indes aus, so dass dies auch nicht als Grundlage für die Einbeziehung der AGB mittels der Auftragsbestätigungen dienen konnte. Nach dem CISG richtet sich die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Art. 14 CISG. Ein Rückgriff auf das nationale IPR ist insoweit nicht möglich (vgl. *Staudinger/U. Magnus*, Neubearbeitung 2005, Art. 14 CISG Rn. 40). Dies erfordert nach der Rechtsprechung jedoch, dass der Empfänger der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis von den AGB nehmen kann, wofür der Erklärende sie ihm übersandt oder anderweitig zugänglich gemacht haben muss (*Staudinger/U. Magnus*, a.a.O., Rn. 41 m.w.N.).

35

Dies war hier nicht der Fall. Es war im Vertrag nur auf die AGB Bezug genommen, eine Übersendung sollte nur auf Nachfrage erfolgen.

36

Es kommt daher auch aus dem Vertrag vom 14.06.2005 in Verbindung mit den Auftragsbestätigungen keine wirksame Einbeziehung der Gerichtsstandsklausel über eine Gepflogenheit der Parteien in Betracht. Unstreitig gab es zuvor keine geschäftlichen Kontakte zwischen den Parteien.

37

bb)

38

Zum Handelsbrauch hat der Kläger nicht ausreichend vorgetragen. Die ganz allgemein gehaltenen Ausführungen sind nicht ausreichend. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln mittels Handelsbrauch, als auch für die Annahme der Geltung der Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im Gewerbe der Parteien im Handelsverkehr zwischen Deutschland und Italien. Es wäre vorzutragen gewesen, dass ein spezifischer Handelsbrauch für die Lieferung von Deckenplatten zwischen Deutschland und Italien vorliegt, welcher die Begründung eines Gerichtsstandes am Ort des Lieferanten oder die Grundsätze des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben beinhaltet. Ein solcher Handelsbrauch ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich.

4.

39

Die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Landshut ergibt sich auch nicht aus dem Erfüllungsort, Art. 5 Nr. 1 EuGVVO. Ein Erfüllungsort ist wirksam in T[...] vereinbart worden.

Vorrangig für die Bestimmung des Erfüllungsortes nach Art. 5 Nr. 1 EuGVVO ist eine Erfüllungsortvereinbarung zu beachten, wie sich aus dem Satzteil in Art. 5 Nr. 1 lit. b «– und sofern nichts anderes vereinbart worden ist –» ergibt. Im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO sind an die Vereinbarung eines Erfüllungsortes nur dann die strengen Formvorschriften des Art. 23 EuGVVO anzulegen, wenn die Erfüllungsortvereinbarung nur zur Umgehung der Voraussetzungen des Art. 23 EuGVVO dient (vgl. *Kropholler*, a.a.O., Art. 5 EuGVVO Rn. 35 f. m.w.N.). Ist dies nicht der Fall, so kommt es für die sich hier stellende Frage der Einbeziehung der auf der Auftragsbestätigung abgedruckten AGB der Klägerin auf die *lex causae*, also das für den Hauptvertrag geltende Recht an (vgl. *Kropholler*, a.a.O., Rn. 35 m.w.N.).

a)

40

Das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht richtet sich mangels Rechtswahl der Parteien nach Art. 28 EGBGB. Insoweit kann jedoch dahinstehen, ob deutsches oder italienisches Recht zur Anwendung kommen würde. Mangels eines Ausschlusses des CISG, welches in beiden Staaten anwendbar ist und aufgrund der Tatsache, dass die Art. 27 ff. EGBGB aufgrund des Art. 35 EGBGB ausschließlich Sachnormverweisungen enthalten, ist jedenfalls das CISG hier anwendbar (s.o. 3. c) aa) (1)).

b)

41

Im Vertrag von 2005 wurde von den Parteien als Erfüllungsort die Baustelle in T[...] vereinbart. Dies ergibt sich aus der Auslegung des Vertrages. Gleich am Beginn des Vertrages heißt es insoweit:

«Offerta per sola fornitura di controsoffitti presso vostro cantiere [...] dopo esecuzione campionatura approvata.» (Angebot nur für die Lieferung der Hängedecken zu Ihrer Baustelle [...] nach Durchführung der genehmigten Bemusterung).

Auf der letzten Seite des Vertrages heißt es unter PREZZI (Preise):

42

«I prezzi sons intesi franco cantiere di T[...].» (die Preise verstehen sich franco Baustelle T[...]).

Aus der Auslegung der Vertragsbestimmungen ergibt sich, dass ein Erfüllungsort an der Baustelle in T[...] vereinbart werden sollte. 43

c) 44

Dieser Erfüllungsort konnte von der Klägerin nicht mit ihren auf der Auftragsbestätigung abgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeändert werden.

Die in der Auftragsbestätigung enthaltene Erfüllungsortvereinbarung ist eine AGB. Sie wird von der Klägerin auf jede Auftragsbestätigung aufgedruckt, ist also zum mehrmaligen Verwenden bestimmt. Diese dort abgedruckte Klausel ist für den Beklagten überraschend.

aa) 45

Grundsätzlich richtet sich die Einbeziehungskontrolle der AGB im Anwendungsbereich des CISG nach den Art. 14 ff. CISG. Die Inhaltskontrolle von AGB ist dagegen nach dem anwendbaren nationalen Recht zu beurteilen.

Umstritten ist die Frage, ob die Prüfung der überraschenden Klausel eine Frage der Einbeziehungs- oder Inhaltskontrolle darstellt (vgl. Staudinger/*U. Magnus*, Art. 4 CISG Rn. 24 ff. m.w.N.; Münchner Kommentar/*Gruber*, 5. Aufl. 2008, Art. 14 CISG Rn. 35). Die Beurteilung als Einbeziehungsvoraussetzung oder Inhaltsfrage ist nach der Konvention autonom zu qualifizieren (vgl. Staudinger/*U. Magnus*, a.a.O.). Es ist nach Auffassung der Kammer diejenige Ansicht überzeugender, welche die Eigenschaft einer Klausel als «überraschend» als Frage der Einbeziehungskontrolle auffasst, da es sich insoweit um eine Frage der äußeren Einbeziehung, nicht um eine der inneren Wirksamkeit der Klausel handelt. 46

Ein Überraschungsmoment kann sich auch aus den Umständen der Einbeziehung ergeben, etwa die «versteckte» Stellung im Vertragstext (vgl. Palandt/*Heinrichs*, §§ 305c BGB Rn. 4 ff. zum nationalen deutschen Recht) oder die Stellung einer nach den Vertragsverhandlungen unerwartete Klausel, auch wenn sie ansonsten durchaus typisch für Verträge der gleichen Art ist. 47

bb) 48

Eine Einbeziehung der Erfüllungsortvereinbarung in der Auftragsbestätigung scheitert bereits daran, dass die Klausel überraschend ist.

Nach Art. 8 Abs. 2 CISG i.V.m. dem Gebot von Treu und Glauben ist insoweit zu berücksichtigen, ob die Klausel von den Erwartungen des Vertragspartners so deutlich abweicht, dass dieser mit der Klausel vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht (vgl. *Schlechtriem*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl. 2000, Art. 14 CISG Rn. 16 mit Fn. 104). Hier hatten die Parteien im Vertrag vom 14.06.2005 den Erfüllungsort in T[...] vereinbart. Eine Erfüllungsortvereinbarung in A[...] stünde zu dieser ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung in diametralem Gegensatz. Mit einer solchen abweichenden Regelung in den Auftragsbestätigungen der Klägerin musste der Beklagte nicht vernünftigerweise rechnen. 49

Zudem war die Klausel in kleiner Schrift am Ende der Seite im Zusammenhang mit den Adressdaten der Klägerin angegeben. 50

II.

51

Mangels Bedingungseintritt war über die hilfsweise erhobene Widerklage nicht zu entscheiden.

III.

52

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 709 S. 1, S. 2 ZPO.