

Urteil

Sachverhalt

Der Beklagte, ein in der Schweiz wohnhafter schweizerischer Staatsangehöriger verbürgte sich am 26. Oktober 1990 gegenüber der Klägerin, einem in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Kreditinstitut formularvertraglich als Selbstschuldner bis zum Betrage von 100000 DM zuzüglich Nebenleistungen für die Verbindlichkeiten einer deutschen GmbH. Zum Gerichtsstand ist unter Nr.9 des Bürgschaftsvertrages folgendes bestimmt:

„Soweit sich die Zuständigkeit des allgemeinen Gerichtsstandes der Sparkasse nicht bereits aus § 29 ZPO ergibt, kann die Sparkasse ihre Ansprüche im Klageweg an ihrem allgemeinen Gerichtsstand verfolgen, wenn der im Klageweg in Anspruch zu nehmende Bürge Kaufmann oder eine juristische Person im Sinne der Nr.27 AGB ist oder nach Übernahme der Bürgschaft seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort aus der Bundesrepublik Deutschland oder dem Land Berlin verlegt oder sein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthaltsort im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist.“

Gemäß Nr. 11 sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin Bestandteil des Bürgschaftsvertrages.

Nachdem die Hauptschuldnerin bei Fälligkeit nicht zahlte, nahm die Klägerin den Beklagten als Bürgen in Anspruch. Sie erwirkte in der Schweiz einen Zahlungsbefehl. Dagegen erhob der Beklagte „Rechtsvorschlag“. Die Klägerin beantragte daraufhin die „provisorische Rechtsöffnung“. Dieses Begehren wurde durch Urteil abgelehnt. Die dagegen zulässige „Appellation“ wurde nicht durchgeführt. Stattdessen hat die Klägerin vor dem Landgericht Waldshut-Tiengen Klage auf Zahlung erhoben. In dem gemäß § 276 ZPO angeordneten schriftlichen Vorverfahren hat sich der Beklagte damit verteidigt, der Klage stehe die Rechtskraft des schweizerischen Urteils entgegen; davon abgesehen sei die Klage auch unbegründet. In der mündlichen Verhandlung am 19. April 1994 hat er geltend gemacht, er sei „kein Vollkaufmann“ und die fehlende Zuständigkeit des Landgerichts gerügt. Dieses hat die Zuständigkeitsrüge als verspätet zurückgewiesen (§ 296 Abs. 3 i.V.m. § 282 Abs. 3 ZPO) und der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Zurückweisung der Rüge für verfehlt erachtet und die Klage als unzulässig abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Gründe

I.

An einer Überprüfung ist der Senat weder durch die Vorschrift des § 549 Abs. 2 ZPO noch im Hinblick darauf gehindert, dass ich Streit ist, ob das Berufungsgericht ein im ersten Rechtszug zurückgewiesenes Verteidigungsmittel unter Verstoß gegen § 528 Abs.3 ZPO zugelassen hat.

Nach § 549 Abs. 2 ZPO prüft das Revisionsgericht nicht, ob das Gericht des ersten Rechtszuges örtlich zuständig war. Hätte das Berufungsgericht allein die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts verneint, wäre dies also hinzunehmen. Indessen hat das Berufungsgericht – jedenfalls auch – die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht für gegeben erachtet. Dies ergibt sich aus seinen – zutreffenden – Ausführungen dazu, daß § 512 a ZPO seiner Entscheidung nicht entgegenstehe. Hat das Oberlandesgericht der Berufung unter dem Gesichtspunkt stattgegeben, daß das Landgericht zu Unrecht seine internationale Zuständigkeit angenommen habe, schließt § 549 Abs. 2 ZPO eine Prüfung der internationalen Zuständigkeit ebensowenig aus wie § 512 a ZPO (BGHZ 44,46ff., seither ständige Rechtsprechung).

Der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte weiter nachzugehen, wäre freilich sinnlos, falls das Berufungsgericht die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Waldshut-Tiengen zutreffend verneint hätte und auch kein anderes deutsches Gericht örtlich zuständig wäre. Dann wäre die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nämlich inhaltsleer. Der Klägerin würde eine Gerichtsbarkeit ohne Gerichte zur Verfügung gestellt. Indessen muß § 549 Abs. 2 ZPO einschränkend ausgelegt werden. Diese Vorschrift schließt im Interesse der Prozeßökonomie und -beschleunigung die Prüfung der örtlichen (und sachlichen) Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszuges aus. Hat das Gericht mit denselben Erwägungen zugleich über die örtliche und die internationale Zuständigkeit entschieden, ist dieser Beschleunigungseffekt in bezug auf die örtliche Zuständigkeit nicht erreichbar. Im Rahmen einer Überprüfung der internationalen Zuständigkeit muß sich das Revisionsgericht ohnehin mit den Erwägungen der Vorinstanz befassen. Deshalb gilt § 549 Abs. 2 ZPO auch in bezug auf die örtliche Zuständigkeit nicht, soweit daneben die internationale Zuständigkeit im Streit ist und beide Zuständigkeiten von denselben Voraussetzungen abhängen.

Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht die örtliche Zuständigkeit mit derselben Begründung abgelehnt wie die internationale. Sind die deutschen Gerichte international zuständig, dann ist das Landgericht Waldshut-Tiengen örtlich zuständig. Denn die erste Alternative der

Gerichtsstandsvereinbarung begründet – falls sie eingreift – die Zuständigkeit in beiderlei Hinsicht.

2. Mit der Revision kann auch geltend gemacht werden, das Berufungsgericht habe die in erster Instanz zurückgewiesene Rüge, deutsche Gerichte seien international nicht zuständig, zu Unrecht zugelassen.

Falls die Rüge der internationalen Unzuständigkeit unter § 529 Abs. 1 ZPO fallen sollte, ist die unter Verstoß gegen diese Vorschrift erfolgte Zulassung der Rüge revisibel (BGH. Urt. v. 29. März 1984–1 ZR 230/81, NJW 1985, 743 f.).

Gehört die Rüge zu den Verteidigungsmitteln im Sinne von § 528 Abs. 1 ZPO, bleibt sie, wenn sie im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden ist, gemäß § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen. Ob eine hiergegen verstoßende Zulassung mit der Revision angefochten werden kann, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Frage beiläufig bejaht (Urt. 29. März 1984–1ZR230181, NJW 1985, 743, 744; ebenso Zöller/ Gummer, ZPO 19. Aufl. § 528 Rdnr. 47; Deubner NJW 1981, 929, 930; E. Schneider MDR 1985, 287, 289). Der XI. Zivilsenat hat sie verneint (Beschl. 26. Februar 1991 – XI ZR 163/ 90, NJW 1991, 1896, 1897; ebenso Stein/Jonas/Grunsky ZPO 20. Aufl. § 528 Rdnr. 16; Wieczorek/Rössler, ZPO 2. Aufl. § 528 Anm. E. Baumbach/Lauterbach/Aibers, ZPO 54. Aufl. § 528 Rdnr. 32; Thomas/ Putzo, ZPO 19. Aufl. § 528 Rdnr. 26; Schmidt-Kessel LM ZPO § 277 Nr. 1).

Es spricht viel dafür, daß die - erstmalige - Zulassung eines Verteidigungsmittels durch das Berufungsgericht jedenfalls dann revisibel ist, wenn es sich um die Rüge der internationalen Unzuständigkeit handelt. Können – wie der Große Senat für Zivilsachen (BGHZ 44, 46ff.) zu § 512 a, 549 Abs. 2 ZPO unter Hinweis auf die erhebliche Bedeutung der Entscheidung über die internationale Zuständigkeit ausgeführt hat – in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche Berufung und Revision auch darauf gestützt werden, daß das Gericht mit Unrecht seine internationale Zuständigkeit bejaht hat, dann dürfte für den Fall, daß diese entweder von beiden Vorinstanzen oder jedenfalls der zweiten verneint wurde, nichts anderes gelten. Denn ein deutscher Kläger hat – spiegelbildlich betrachtet – das gleiche Interesse wie ein ausländischer Beklagter, sein Recht nicht vor dem Gericht eines fremden Staates suchen zu müssen. In beiden Fällen überwiegt das Interesse der jeweils betroffenen Partei das allgemeine Interesse (vgl. BGH a. a. O. S. 48), die oberen Instanzen von Zuständigkeitsstreitigkeiten zu entlasten und das Verfahren zu beschleunigen.

Letztlich wird diese Frage hier nicht entscheidungserheblich. Die Revision hat so oder so keinen Erfolg. Denn der gerügte Verstoß gegen § 528 Abs. 3 ZPO liegt nicht vor.

II.

Der Beklagte war mit der in zweiter Instanz ausdrücklich erhobenen Rüge der internationalen Unzuständigkeit nicht ausgeschlossen. Zwar war diese Rüge in erster Instanz zurückgewiesen worden: dies war aber zu Unrecht geschehen.

1. Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens durch das Landgericht bezog sich auch auf die Rüge der internationalen Unzuständigkeit. Davon ist das Berufungsgericht selbst ausgegangen. Zwar ist im Tatbestand des Berufungsurteils nur davon die Rede, daß der Beklagte die örtliche Unzuständigkeit gerügt habe. Jedoch ergibt sich aus den Entscheidungsgründen, daß ebenfalls ‚Streit darüber‘ bestanden habe, ob die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben sei. Allein aus diesem Grunde hielt sich das Berufungsgericht für befugt, die Vorschrift des § 512 a ZPO nicht anwenden zu müssen. War aber mit der örtlichen zugleich die internationale Unzuständigkeit gerügt, bezog sich die Zurückweisung durch das Landgericht auch darauf.

2. Die Rüge der internationalen Unzuständigkeit der deutschen Gerichte ist vom Landgericht zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen worden. Der Beklagte durfte mit seinem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung, er sei ‚kein Vollkaufmann‘ und die Gerichtsstandsvereinbarung in Nr. 9 des Bürgschaftsvertrages sei deshalb nicht auf ihn anwendbar, nicht deswegen ausgeschlossen werden, weil ihm zuvor eine Frist zur Klageerwiderung gesetzt worden war. Daß der Beklagte diese Frist hat verstreichen lassen, ohne die internationale Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts geltend zu machen, bedeutete keine rügelose Einlassung.

a) Das Berufungsgericht hat das Problem der Zuständigkeit infolge rügeloser Einlassung nach § 39 ZPO beurteilt. Das ist im Ergebnis zutreffend.

Allerdings hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt, daß der vorliegende Fall eine Auslandsberührung aufweist. Der Beklagte hat seinen allgemeinen Gerichtsstand in der Schweiz. Dort befindet sich – unbeschadet der Nr. 27 Abs. 1 Satz 1 AGB-Sparkassen – im allgemeinen auch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 Abs. 1 ZPO). Denn die Zahlungspflicht eines Bürgen, der sich – wie hier – als Privatmann, nicht im Rahmen eines geschäftlichen Unternehmens, verbürgt hat, ist am Wohnsitz des Bürgen zu erfüllen (BGH, Urt. v. 9. März 1995 - ZR 134/94, NJW 1995, 1546, 1547). Bei Zivilprozessen

mit Auslandsbezug ist die internationale Entscheidungszuständigkeit vorrangig aus den einschlägigen internationalen Abkommen – insbesondere dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) vom 27. September 1968 und dem Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) vom 16. September 1988- und den bilateralen Verträgen zu entnehmen. Das autonome deutsche Recht, insbesondere die Zivilprozeßordnung, ist nur subsidiär anwendbar. Die in erster Linie zu berücksichtigenden Rechtsquellen hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Dies war nachzuholen. Im Ergebnis bestätigt diese Prüfung aber die Anwendbarkeit des § 39 ZPO.

Im EuGVÜ befaßt sich Art. 18 mit der internationalen Zuständigkeit kraft rügeloser Einlassung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist diese Bestimmung dann nicht anwendbar, wenn – wie hier – allein der Kläger in einem Vertragsstaat wohnt und ein Auslandsbezug nur zu Nichtvertragsstaaten besteht (vgl. BGH. Urt. v. 20. Januar 1986 – II ZR 56/85, NJW 1986, 1438, 1439; v. 24. November 1988 – III ZR 150/84, WM 1989, 355, 358; v. 14. November 1991 – IX ZR 250/90, WM 1992, 87, 88. insofern in BGHZ 116, 77ff. nicht abgedruckt). Das Lugano-Übereinkommen, das eine mit Art. 19 EuGVÜ wörtlich übereinstimmende Vorschrift enthält, trifft auf den vorliegenden Fall nicht zu, weil die Bundesrepublik Deutschland ihm erst am 30. September 1994 beigetreten ist (vgl. BGBl 1994 II S. 2658 f.). Zu diesem Zeitpunkt hatte die mündliche Verhandlung vor dem Landgericht schon stattgefunden und die Einlassung des Beklagten ihre prozessualen Wirkungen bereits entfaltet.

Das am 2. November 1929 in Bern unterzeichnete deutsch-schweizerische Abkommen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen (RGBl. 1930 II S. 1065) regelt nur die internationale Anerkennungszuständigkeit (MünchKomm ZPO/Gottwald. IZPR B 5 i Art. 2 Rdnr. 1).

b) Des weiteren ist es im Ergebnis zutreffend, daß das Berufungsgericht der Bestimmung des § 39 ZPO den Vorrang vor den Präklusionsvorschriften der § 282 Abs. 3, 296 Abs. 3 ZPO eingeräumt hat.

as) In Inlandsfällen - in denen es nur um die Begründung der örtlichen Zuständigkeit durch rügelose Einlassung gehen kann - ist umstritten, ob die Zuständigkeitsrüge vor der mündlichen Verhandlung innerhalb einer gesetzten Klageerwiderungsfrist geltend gemacht werden muß, wenn der Beklagte nicht gemäß § 296 Abs. 3 i.V.m. § 282 Abs. 3 ZPO damit

ausgeschlossen werden will, oder ob er bis zur mündlichen Verhandlung mit der Geltendmachung der Unzuständigkeit warten darf, wie es § 39 ZPO nahelegt. Das Berufungsgericht hat sich der zweiten Ansicht angeschlossen (ebenso OLG Frankfurt OLGZ 1983, 99, 101ff.; Zöller/Vollkommer § 296 Rdnr. 8a; Thomas/Putzo, § 296 Rdnr. 41; Kallweit, Die Prozeßförderungspflicht der Parteien Diss. Marburg 1983 S. 143). Diese Meinung verweist darauf, der Fall, daß vor der mündlichen Verhandlung eine Klageerwiderungsfrist gesetzt worden sei, werde von § 39 ZPO nicht behandelt: dieser Vorschrift sei nicht zu entnehmen, daß der Beklagte die Klageerwiderungsfrist mißachten und bis zur mündlichen Verhandlung mit der Geltendmachung der Unzuständigkeit warten dürfe (Stein/Jonas/Leipold 20. Aufl. § 296 Rdnr. 117; Stein/Jonas/Bork, 21. Aufl. § 39 Rdnr. 14; § 296 Rdnr. 152 f., Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 39 Rdnr. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald. Zivilprozeßrecht 15. Aufl. § 37 II 2 (S. 186); Weth, Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß 1988 S. 112–115; Grunsky JZ 1977, 2051.; Bischof NJW 1977, 1989, 1900).

bb) Welcher der genannten Ansichten für Inlandsfälle zu folgen ist, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit ist die Meinung vorzuziehen, daß das Fehlen der internationalen Zuständigkeit noch in der mündlichen Verhandlung gerügt werden kann.

Auch wenn sich die Voraussetzungen und die Folgen der rügelosen Einlassung nach § 39 ZPO richten, darf nicht aus dem Blick verloren werden, daß diese Bestimmung die Funktion einer Kollisionsnorm erfüllt, wenn sie einen Sachverhalt mit Auslandsbeziehungen regelt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des § 39 ZPO zu den § 282 Abs. 3. 296 Abs. 3 ZPO neu. Manche meinen allerdings, sie sei nicht anders zu beantworten als in reinen Inlandsfällen (so z.B. MünchKomm-ZPO/ Prütting, § 296 Rdnr. 153; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht 1991 Rdnr. 488, Leipold IPRax 1982, 222, 224). Selbst unter der Geltung des Art. 18 EuGVÜ (und für Art. 18 LugÜ gelte dann Entsprechendes) lasse sich wegen dessen lückenhafter Regelung ein Zurückgreifen auf die jeweiligen Prozeßordnungen der Vertragsstaaten nicht vermeiden (vgl. EuGH. Urt. vom 24. Juni 1981, EuGHI 1981, 1671, 1686). Richte sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Zuständigkeitsrüge zulässig ist, sogar für EuGVÜ-Fälle nach dem innerstaatlichen Recht (so außer Prütting. a. a. O. auch MünchKomm-BGB/Gottwald, IZPR B 1 a Art. 18 EuGVÜ Rdnr. 5). müsse dies für solche Fälle mit Auslandsbeziehungen, die der lex fori unterstünden, erst recht gelten. Deshalb hätten in jedem Falle die § 282 Abs. 3, 296 Abs. 3 ZPO den Vorrang (für den Anwendungsbereich des EuGVÜ anderer Ansicht - der Beklagte dürfe bis zur mündlichen Verhandlung zur Hauptsache mit der Zuständigkeitsrüge warten-: OLG Köln NJW

1988, 2182; Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht 2. Aufl. Rdnr. 1417; Kropholler. Europäisches Zivilprozeßrecht, 5. Aufl. Art. 18 EuGVÜ Rdnr. 16). Aus der Verweisung auf das nationale Recht des Gerichtstaates kamt nicht geschlossen werden, daß Kollisionsfälle - innerhalb wie außerhalb des Anwendungsbereichs der internationalen Abkommen - wie reine Inlandsfälle zu behandeln sind. Zwar gibt letztlich immer das nationale Recht Auskunft darüber, wann eine rügelose Entlassung vorliegt. Das nationale Recht behandelt jedoch, was die Zurückweisung von Rügen angeht, Inlandsfälle und Fälle mit Auslandsberührung nicht gleich. Der deutsche Zivilprozeß wird von dem Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht. Falls nicht ausnahmsweise das schriftliche Vorverfahren angeordnet ist (§ 128 Abs. 2 und 3 ZPO), wird der Inhalt vorbereitender Schriftsätze erst dann Prozeßstoff, wenn er in der mündlichen Verhandlung - zumindest im Wege der Bezugnahme (137 Abs. 3 ZPO) - vorgetragen wird (BGH, Urt. v. 4. April 1990 - VIII ZR 125/89, NJW-RR 1990, 1150, 1151; MünchKomm-ZPO/Prütting, § 288 Rdnr. 25). Das gilt auch für Erklärungen im schriftlichen Vorverfahren (Stein/Jonas/Bork, § 39 Rdnr. 4; Zöller/Greger, § 276 Rdnr. 16; Thomas/Putzo. § 288 Rdnr. 4). Rügt der Beklagte bei seiner Einlassung in der mündlichen Verhandlung - zumindest gleichzeitig mit der Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze - die internationale Unzuständigkeit des Gerichts, liegt eine rügelose Einlassung nicht vor. Die Fristsetzung zur Klageerwiderung nach § 275 Abs. 1 Satz 1, 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist für einen vor einem international unzuständigen Gericht verklagten Ausländer unverbindlich. Denn er braucht sich vor diesem Gericht überhaupt nicht zur Sache einzulassen. Die Klageerwiderungsfrist kann für ihn erst dann bedeutsam werden, wenn er bei dem vom Kläger angerufenen Gericht durch rügelose Einlassung einen Gerichtsstand begründet. Dazu kommt es aber nicht, wenn der Beklagte mit der ersten Handlung, die zur Begründung des Gerichtsstands geeignet ist, zugleich die internationale Unzuständigkeit rügt. Wer diese Rüge als verspätet zurückweist, weil sie nach Ablauf der Klageerwiderungsfrist erfolgt ist, muß die internationale Zuständigkeit, die zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht vorliegen kann, als bereits gegeben voraussetzen. Er bedient sich also eines Zirkelschlusses.

III.

Da eine rügelose Einlassung – die ggf. selbst dann Zuständigkeitsbegründend gewirkt hätte, wenn eine abweichende Gerichtsstandsvereinbarung getroffen worden wäre (BGHZ 120, 334, 337 f.) – nicht vorliegt, kommt es darauf an, ob die Gerichtsstandsvereinbarung in Nr. 9 des Bürgschaftsvertrages oder Nr.27 Abs. 1 Satz 1 AGB- Sparkassen i. V m. § 29 Abs. 2 ZPO die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründen. Dies ist nicht der Fall.

1. Die Gerichtsstandsvereinbarung regelt den vorliegenden Sachverhalt nicht.

a) Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß die Gerichtsstandsvereinbarung ‚erst recht‘ dann gelten müsse, wenn der Bürge seinen Wohnsitz von vornherein außerhalb der Bundesrepublik Deutschland gehabt habe. Dies ist der zweiten Alternative der Gerichtsstandsvereinbarung, daß der Bürge seinen Wohnsitz nachträglich ins Ausland verlegt, weder gleichzuachten, noch besteht Anlaß, mit einem ‚Erstrecht-Schluß‘ zu arbeiten. Verlegt der Bürge seinen Wohnsitz nachträglich ins Ausland, wird damit eine Situation geschaffen, die von derjenigen bei Vertragsschluß abweicht. Damals konnte der Gläubiger damit rechnen, den Bürgen erforderlichenfalls vor einem deutschen Gericht verklagen zu können. Diese Position soll dem Gläubiger mit der Gerichtsstandsvereinbarung erhalten werden. Damit ist es nicht zu vergleichen, wenn der Bürge von Anfang an im Ausland wohnt. Hier hatte der Gläubiger ohne Zuständigkeitsvereinbarung nie die Möglichkeit, vor einem deutschen Gericht zu klagen. Auf diesen Nachteil konnte und mußte er sich einrichten. Wollte er den ausländischen Bürgen am Inland verklagen können, mußte er sich dieses Recht ausbedingen. Dies hat die Klägerin nicht getan.

b) Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis darin recht zu geben, daß der Beklagte kein ‚Kaufmann‘ im Sinne der ersten Alternative der Gerichtsstandsvereinbarung ist.

aa) Das Gegenteil ist nicht zugestanden. Zwar hat die Klägerin in der Klageschrift ausgeführt, der Beklagte sei ‚unstreitig Vollkaufmann‘, und der Beklagte hat sich selbst in der Klageerwiderung als ‚Kaufmann‘ bezeichnet. Ob der Rechtsbegriff des ‚Kaufmanns‘ eine geständnisfähige Tatsache zum Inhalt hat, ist zu bezweifeln (vgl. Stein/Jonas/Leipold, 20. Aufl. § 284 Rdnr. 13f.; Baumbach/Lauterbach/ Hartmann, Einführung § 284 Rdnr. 21; Henke ZP 81 (1968). 196, 219). bedarf aber hier keiner Vertiefung. Selbst wenn man die Kaufmannseigenschaft im Sinne von § 288 Abs. 1 ZPO zugestehen kann, muß das in der mündlichen Verhandlung geschehen. Daran fehlt es hier. Der Beklagte hat insoweit nicht auf sein schriftsätzliches Vorbringen Bezug genommen, sondern ist davon abgerückt, indem er nunmehr behauptete, nicht Kaufmann zu sein.

bb) Die Auslegung einer Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit richtet sich, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – Teil einer umfassenderen Vereinbarung (des Bürgschaftsvertrages) ist, regelmäßig nach dem für diesen Vertrag geltenden Recht (BGH, Urt. v. 16. Juni 1969 - VII ZR 119/67, WM 1969, 1140 f.; v. 23. Oktober 1980 – III ZR 62/79, RIW/AWD 1981, 194, 195; v. 24. November 1988 – III ZR 150/ 87, NJW 1989, 1431, 1432; Walter, Internationales Zivilprozeßrecht der Schweiz

1995 § 4 V 1 b aa (S. 105); MünchKomm BGB/Spellenberg. 2. Aufl. vor § 11 EGBGB Rdnr. 121 f.; BGB-RGRK/Wenglet 12. Aufl. IPR S. 587; Schack, a. a. O. Rdnr. 456; Hoffmann AWD 1970, 247, 248).

Ob für Gerichtsstandsvereinbarungen ein eigenes Prorogationsstatut anerkannt werden kann (vgl. Staudinger/Firsching. BGB 12. Aufl vor Art. 27-37 EGEBG n.F. Rdnr 10; Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht Rdnr. 1677; Reithzmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht 4. Aufl. Rdnr. 1229; Roth ZZP 93 (1980), 156, 165), ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, weil für eine gesonderte, vom Statut des Hauptvertrages abweichende Rechtswahl nichts ersichtlich ist.

Das Vertragsstatut wird gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB ermittelt. Danach unterliegt ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Das ist hier das deutsche Recht. Aus Nr. 27 Abs. 1 Satz 2 AGB-Sparkassen - gegen deren wirksame Einbeziehung keine Bedenken bestehen - ergibt sich, daß für alle Rechtsbeziehungen der Sparkasse zu ihren Kunden das am Erfüllungsort geltende Recht maßgeblich ist. Erfüllungsort ist gemäß dem Satz 1 dieser Vorschrift der Sitz der Sparkasse. Im übrigen haben sich die Parteien zum Abschluß des Bürgschaftsvertrages eines in Deutschland gebräuchlichen Formulars bedient, in dem vielfach auf die Vorschriften der § 765ff. BGB verwiesen ist. Dies läßt ebenfalls auf die Wahl deutschen Rechts schließen (vgl. BGH. Urt. v. 29. November 1961 - V ZR 146/60, JZ 1963, 167; v. 8. Oktober 1991- XI ZR 64/90, JZ 1992, 579, 581 m. Anm. v. von Bar: Kegel. IPR, S. 487).

cc) Ob sich auch die Auslegung des in der Vereinbarung enthaltenen Begriffs ‚Kaufmann‘ stets nach dem Vertragsstatut richtet, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Jedenfalls im vorliegenden Fall haben die Parteien vereinbart, daß der Kaufmannsbegriff des deutschen Handelsgesetzbuches maßgeblich sein soll. Dies folgt aus Nr. 27 Abs. 2 AGB- Sparkassen. Dort ist bestimmt, daß die Sparkasse an ihrem allgemeinen Gerichtsstand klagen kann, wenn der ‚Kunde ein Kaufmann (ist), er nicht zu den in § 4 HGB bezeichneten Gewerbetreibenden gehört‘.

dd) Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat. ist der Beklagte kein Kaufmann im Sinne der § 1 ff HGB. Er war an zahlreichen Unternehmen, die Verlagsgeschäfte betrieben, beteiligt. Dabei handelte es sich aber um juristische Personen, Gesellschafter oder Organmitglieder von juristischen Personen sind grundsätzlich keine Kaufleute (BGHZ 5, 133, 134; 104, 95, 982 BGH. Urt.v. 12. Mai 1986 - II ZR 225/85. WM 1986, 939; Brüggemann, in: Großkomm zum HGB 3. Aufl. § 1 Rdnr 18: Schlegelberger/Hildebrandt, HGB 5. Aufl. § 1 Rdnr. 22; Baumbach/Duden/Hopt HGB 29. Aufl. § 1 Rdnr. 12). Aus der von der Revision herangezogenen Entscheidung BGHZ 95, 330 ff. ergibt sich nichts anderes. Dort ging es allein um die Frage, ob und

inwieweit eine persönliche Haftung eines GmbH-Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten aus konzernrechtlichen Gesichtspunkten herzuleiten ist, ob die vom Kaufmannsbegriff ausgehende gesetzliche Regelung in Richtung auf den Unternehmensträger zu korrigieren ist (so Karsten Schmidt, Handelsrecht 3. Aufl. § 31 (S. 44ff.)), bedarf hier keiner Vertiefung, weil es den Parteien freigestanden hätte, daran anzuknüpfen. Statt dessen haben sie aber auf die § 1 ff. HGB verwiesen.

c) Der Beklagte muß sich im Rahmen der Anwendung der Gerichtsstandsvereinbarung auch nicht so behandeln lassen, als sei er Kaufmann. Es ist sehr umstritten, ob Kaufmann im Sinne des § 38 Abs. 1 ZPO nur ist, wer tatsächlich Kaufmann ist, oder auch, wer sich nur als Kaufmann geriert, ohne es zu sein (die Eigenschaft als Scheinkaufmann lassen nicht genügen Vollkommer Rpfl. 1975, 33, 34; Zöller Vollkommer, § 38 Rdnr. 18; Stein/Jonas/Bork, § 38 Rdnr 4 a. E.; Canaris, Handelsrecht 22. Aufl. § 6 II 5 b (S. 78 f.); wohl auch MünchKomm-ZPO Patzina, § 38 Rdnr 16, 18; anderer Ansicht OLG Frankfurt BB 1974, 1366, 1367; K. Schmidt, Handelsrecht 4. Aufl. § 19 VIII 4 a (S. 337ff.); Lindacher ZP 96 (1983), 486, 502ff.). Welcher Auffassung zu folgen ist, kann offenbleiben. Denn die Klägerin hat nur vorgetragen, der Beklagte habe sich ihr gegenüber als Verleger in Basel ausgewiesen, der an der Ausweitung seiner umfangreichen selbständigen Geschäftstätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland interessiert sei. Das läßt nicht den Schluß darauf zu, der Beklagte habe sich einer Geschäftstätigkeit als Einzelkaufmann berühmt (zu diesem Erfordernis vgl. Schlegelberger/Hildebrandt, § 5 Rdnr. 12; Heymann/Emmerich. HGB § 5 Rdnr. 15).

2. Ebensowenig wird die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte durch Nr.27 Abs. 1 Satz 1 AGB-Sparkassen in Verbindung mit § 29 Abs. 2 ZPO begründet. Auch hierfür wird die - nicht vorhandene - Kaufmannseigenschaft nach deutschem Recht vorausgesetzt.