

Geschäftsnummer:  
17 U 136/03  
2 C 122/99  
Amtsgericht  
Weinheim



Verkündet am  
20. Juli 2004

Völkel, JSin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

# Oberlandesgericht Karlsruhe

17. Zivilsenat

**Im Namen des Volkes**

**Vorbehaltsurteil**

In dem Rechtsstreit

**A.**

- Klägerin / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte G.

**gegen**

**Dr. M.**

- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte A.

**wegen** Forderung

hat der 17. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 2004 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Dr. Müller-Christmann

Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Seidel

Richter am Landgericht Schmitt

für **Recht** erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Weinheim vom 16. Mai 2003 - Az.: 2 C 122/99 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:
  1. Die Beklagte wird unter Vorbehalt der Entscheidung über die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung wegen nicht erfolgter Lieferung von Schuhen gemäß Bestellung vom 05.05.1997 verurteilt, an die C. S. A., F-29288 P. L. D., 4.512,93 € nebst Zinsen hieraus wie folgt zu bezahlen: 3,36 % vom 24.05. - 31.12.1998, 3,47 % vom 01.01. - 31.12.1999, 2,74 % vom 01.01. - 31.12.2000, 4,26 % vom 01.01.2001 - 31.12.2002, 3,29 % vom 01.01. - 31.12.2003 und 2,27 % vom 01.01.2004 bis zum Ablauf von 2 Monaten, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Erlasses des Berufungsurteils. Nach Ablauf von 2 Monaten ab Erlass des Urteils beträgt der Zinssatz 7,27 %.
  2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Wegen der Verhandlung und Entscheidung über die von der Beklagten fürsorglich zur Aufrechnung gestellte Forderung wird der Rechtsstreit unter Aufhebung des dem Urteil des Amtsgerichts zugrundeliegenden Verfahrens zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsrechtszugs, an das Amtsgericht Weinheim zurückverwiesen.
- III. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.
- VI. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird gem. §§ 25 Abs. 2 GKG auf 4.512,93 € festgesetzt.

## Gründe

### I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung des Kaufpreises für eine Lieferung von Schuhen.

Sie ist eine französische Schuhherstellerin mit Sitz in F. Die Beklagte betrieb bis zum 30.09.1997 ein Schuhgeschäft in H. Aus einer Warenlieferung der Klägerin an sie ist gem. Rechnung vom 04.04.1997 (K1, I 9-13) ein Kaufpreis von 4.512,93 € noch zur Zahlung offen, dessen Bezahlung die Klägerin an sich, hilfsweise an eine Fa. C. S. A., mit der Klage begehrt. Hiergegen hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben (Schriftsatz vom 12.03.2002, I 339). Ferner hat sie mit einem nach Grund und Höhe bestrittenen Schadensersatzanspruch aus entgangenem Gewinn aufgerechnet, da ein nachfolgender Auftrag von der Klägerin nicht ausgeführt worden sei, obwohl deren Handelsvertreter M. eine Lieferung bis 25.06.1997 fest zugesichert habe. Nachdem in erster Instanz zu den diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten verschiedene Zeugen vernommen worden waren, wies die Beklagte erstmals im Verhandlungstermin vom 16.05.2000 (I 208 f.) darauf hin, dass ausweislich der Rechnung vom 04.04.1997 der Kaufpreis an die C. S. A. zu leisten sei. Die Klägerin legte daraufhin eine Bestätigung dieser Firma vom 24.05.2000 (I 211) vor, wonach sie berechtigt sei, die Beklagte im eigenen Namen zu verklagen und den Kaufpreis zu vereinnahmen. Daraufhin bestritt die Beklagte, dass die Ermächtigung tatsächlich von der C. S. A. stamme und durch eine vertretungsberechtigte Person unterzeichnet worden sei. Nunmehr erklärte die Klägerin, dass sie keine weiteren Nachweise betreffend C. S. A. oder ihrer Aktivlegitimation vorlegen werde, weil sie die Anweisung zur Zahlung an die C. S. A. widerrufen habe. Daraufhin legte die Beklagte eine Kopie der Rückseite der Rechnung vor, wonach ein Factoring-Vertrag zwischen der Klägerin und der C. S. A. bestehe. Daraus ergebe sich, dass die Kaufpreisforderung abgetreten worden sei. Dies nahm die Klägerin zum Anlass, eine weitere Bestätigung vom 02.12.2000 (I 248) vorzulegen, die vom Zeugen B. als Direktor der Beitreibungsabteilung unterschrieben worden sein soll und die erneut die Ermächtigung an die Klägerin enthält, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen. Mit Schriftsatz vom 09.01.2001 (I 258) räumte die Klägerin ein, dass die C. S. A. tatsächlich die Kaufpreisforderung im Rahmen eines Factoring-Vertrages erworben habe. Nunmehr

bestritt die Beklagte, dass der Zeuge B. die genannte Bestätigung unterzeichnet habe, der Direktor der Beitreibungsabteilung sei und bevollmächtigt sei, insoweit die Firma C. S. A. zu vertreten. Dies veranlasste die Klägerin, eine weitere Bestätigung durch den Directeur General der Firma C. S. A., Herrn L., vom 29.03.2001 (I 281) vorzulegen, wonach der Zeuge B. berechtigt gewesen sei, die Klägerin zur Geltendmachung der Kaufpreisforderung zu ermächtigen. Hierauf bestritt die Beklagte, dass Herr L. berechtigt sei, die Firma C. S. A. allein zu vertreten. Nachdem das Amtsgericht die Vernehmung des Zeugen B. angeordnet hatte, lehnte die Klägerin mit Schriftsatz vom 22.02.2002 den zuständigen Richter am Amtsgericht wegen Verfahrensverzögerung wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Zugleich wurde in diesem Schriftsatz darauf hingewiesen, dass die Kanzlei des Klägervertreters nicht von der Klägerin, sondern von der Firma C. S. A. beauftragt worden sei. Aufgrund einer generellen Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Factoring-Unternehmen sowie einer Kreditversicherung würden solche Kaufpreisforderungen immer im Namen des Lieferanten geltend gemacht (I 331). Mit Schriftsatz vom 11.03.2002 (I 334) führte die Klägerin ergänzend aus, die C. S. A. habe den Klägervertreter in ihrem Einvernehmen beauftragt. Hierauf rügte die Beklagte mit Schriftsatz vom 12.03.2002 (I 339) die ordnungsgemäße Bevollmächtigung des Klägervertreters. Nachdem das Ablehnungsgesuch zurückgewiesen worden war, wurde der Klägerin Gelegenheit gegeben, auf den Schriftsatz der Beklagten zu erwidern. Diese antwortete mit Schriftsatz vom 03.05.2002 (I 349), dass dieser Aufforderung nicht entsprochen und zu den weiterhin „unsinnigen Ausführungen“ der Gegenseite zu gegebener Zeit - nicht jedoch vor Vernehmung des französischen Zeugen - Stellung genommen werde. Nachdem der Zeuge B. im Wege der Rechtshilfe - allerdings durch französische Polizeibeamte - vernommen worden war, erklärten sich beide Parteien mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden.

Daraufhin wies das Amtsgericht Weinheim durch Urteil vom 06.05.2003 (I 427) die Klage als unzulässig ab und legte den Klägervertretern die Kosten des Rechtsstreits auf. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es nach dem eigenen Vortrag des Klägervertreters an einer wirksamen Bevollmächtigung durch die Klägerin fehle. Nicht genügend sei die Behauptung, zur Prozessführung durch die Firma C. S. A. oder den Kreditversicherer beauftragt worden zu sein. Eine Frist zur Beibringung der Vollmacht gemäß § 89 ZPO sei schon deshalb entbehrlich gewesen, weil der Klägervertreter ausdrücklich eine Einlassung auf die Rüge der Beklagten verweigert bzw. eine Stellungnahme zu gebe-

ner Zeit angekündigt habe. Es sei für ihn problemlos möglich gewesen, eine entsprechende Vollmacht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorzulegen. Die Kosten des Rechtsstreits seien dem Klägerevertreter aufzuerlegen, da bei vollmachtloser Vertretung die Kostenverteilung dem Veranlassungsprinzip folge.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag unter Vorlage einer Vollmachtsbestätigung weiter. Gerügt wird, dass das Amtsgericht gegen die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO verstoßen habe. Es sei für sie nicht ersichtlich gewesen, dass das Gericht das Bestreiten der ordentlichen Bevollmächtigung in irgendeiner Weise ernst nehme und für beweisheblich ansehe. Zum Zeitpunkt des Bestreitens der Bevollmächtigung habe die Frage im Vordergrund gestanden, ob der Amtsrichter befangen und ob die angeordnete Zeugenvernehmung im Ausland durchzuführen sei. Nach Eingang des Ergebnisses der ausländischen Beweisaufnahme habe die Beklagte die Rüge nicht wiederholt, sondern die Parteien hätten sich darauf beschränkt, zum Ergebnis der Beweisaufnahme in F. sowie zur Wirksamkeit der Prozessstandschaft Stellung zu nehmen. Die Klägerin meint, der Rechtsstreit sei nach UN-Kaufrecht und, nur soweit dieses Regeln nicht enthalte, nach französischem Zivil- und Handelsrecht zu beurteilen. Die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Forderung sei nach französischem Recht zu beurteilen. Nachdem sie zunächst die Auffassung vertreten hat, dieses sehe bei einer - wie hier - bestrittenen Gegenforderung nur die Einführung in den Prozess im Wege der Widerklage vor, hat sie ein in einem Rechtsstreit vor dem OLG Hamm - Az.: 2 U 195/02 - eingeholtes Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. H. vom 30.12.2003 vorgelegt, das zu einem anderen Ergebnis kommt. Weiter trägt sie vor, die Höhe des Zinsanspruchs richte sich nach französischem Recht. Wegen der Einzelheiten der Begründung dazu wird auf die Anlage zum Schriftsatz vom 09.02.2004 (II, 167-171) Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt zuletzt,

das Urteil des Amtsgerichts Weinheim aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin, hilfsweise an die C. S. A., F-29288 P. L. D., 4.512,93 € nebst Zinsen hieraus wie folgt zu bezahlen: 3,36 % vom 24.05. - 31.12.1998, 3,47 % vom 01.01. - 31.12.1999, 2,74 % vom 01.01. - 31.12.2000, 4,26 % vom 01.01.2001 - 31.12.2002, 3,29 % vom 01.01. - 31.12.2003 und 2,27 % vom

01.01.2004 bis zum Ablauf von 2 Monaten, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Erlasses des Berufungsurteils. Nach Ablauf von 2 Monaten ab Erlass des Urteils beträgt der Zinssatz 7,27 %.

Die Beklagte beantragt,

1. die Berufung zurückzuweisen.
2. Hilfsweise widerklagend die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 5.745,77 € nebst Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Ergänzend trägt sie vor, dass es nach der vorgelegten Vollmacht äußerst unwahrscheinlich sei, dass die Klägervereiter von der Klägerin bereits in erster Instanz beauftragt worden seien. Die nunmehr vorgelegte Vollmacht sei unklar. Es werde lediglich erklärt, dass die Rechtsanwälte bereits 1998 im Einvernehmen mit der C. S. A. bevollmächtigt worden seien. Auch liege keine Genehmigung gemäß § 89 Abs. 2 ZPO vor, da eine solche nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgen könne aufgrund deren ein wegen fehlender Vollmacht des Vertreters die Klage zurückweisendes Urteil ergehe. Nachdem die Klägerin es bewusst unterlassen habe, erstinstanzlich zur Vollmachtrüge Stellung zu nehmen, sei ihr Vorbringen in der Berufungsinstanz verspätet. Es liege nicht nur Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO vor, sondern es sei bewusst zur Vollmachtrüge keine Einlassung erfolgt. Die Beklagte meint, der von ihr bestrittene Vortrag der Klägerin zum Inhalt des französischen Rechts sei gem. § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Die verfahrensrechtliche Zulässigkeit der Aufrechnung sei nach deutschem Verfahrensrecht zu bestimmen. Es sei ermessensfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht nicht entsprechend dem Antrag der Parteien von seinem Recht auf Zurückverweisung Gebrauch mache.

Mit einem bei Gericht am 02.03.2004 eingegangenen Schriftsatz hat die Beklagte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Anschlussberufungsfrist

beantragt und zur Begründung ausgeführt, die Anwendung französischen Rechts sei erstmals nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist in den Rechtsstreit eingeführt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil sowie auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Das von der Klägerin vorgelegte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. G. H. vom 30.10.2003 zu dem Verfahren vor dem OLG Hamm - Az.: 2 U 195/02 - u.a. zur Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung nach französischem Recht - war Gegenstand der mündlichen Verhandlung und wurde vom Senat zu Beweis Zwecken beigezogen.

## II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache Erfolg. Das Urteil des Amtsgerichts beruht auf einem wesentlichen Verfahrensmangel. Die Klage ist mit dem Hilfsantrag - Zahlung an die C. S. A. - zulässig und - vorbehaltlich der Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Forderung - begründet. Die Klägerin hat gem. Art. 53 CISG gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 4.512,93 € an die C. S. A.. Der Senat erlässt gem. § 302 ZPO ein Aufrechnungsvorbehaltsurteil und verweist den Rechtsstreit hinsichtlich des Nachverfahrens gem. § 538 Nr. 5 ZPO entsprechend an das Amtsgericht zurück.

A) Die Berufung ist zulässig.

1. Die im Rechtszug von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit (BGH, WM 2004, 376, 377, 378; Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 24. Aufl., § 513 Rz. 8 m. w. N.) des von der Klägerin angerufenen Amtsgerichts Weinheim und damit des für die Berufung gem. §§ 72, 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG zuständigen Oberlandesgerichts Karlsruhe ist für die Klage gegeben. Maßgebend ist das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ), das in seinem Anwendungsbereich (Art. 1) die

Vorschriften der nationalen Rechte verdrängt, also auch die Vorschriften der ZPO. Frankreich und Deutschland sind Vertragsstaaten des Abkommens. Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) ist, soweit es um die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit geht, auf den vorliegenden Fall mangels Rückwirkung noch nicht anwendbar, denn sie ist erst seit dem 01.03.2002 in Kraft (vgl. Art. 66 Abs. 1 EuGVVO). Für die Klage ergibt sich danach die internationale Zuständigkeit aus Art. 2 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 EuGVÜ (OLG Koblenz, Urteil vom 17.09.1993 - Az.: 2 U 1230/93 - RIW 1993, 934-938 (Gründe); Urteil unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar).

2. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat seine Bevollmächtigung nachgewiesen, § 80 Abs. 1 ZPO. Die Erteilung der Prozessvollmacht und ihr Umfang beurteilen sich nach der lex fori und damit nach deutschem Recht (BGH, NJW 1990, 3088). Die Klägerin hat mit Schriftsätzen vom 25.07.2003 und 03.12.2003 von ihrem Präsidenten unterzeichnete Prozessvollmachten vorgelegt (II 37/109), an deren Wirksamkeit keine durchgreifenden Zweifel bestehen. Aus dem Wortlaut ergibt sich unmissverständlich, dass die Klägerin Rechtsanwälten G. u. Koll. für den vorliegenden Rechtsstreit Prozessvollmacht erteilt. Der Nachweis ist ausreichend, denn nach der Urkunde wurde die Vollmacht bereits früher erteilt, diese wird nochmals erteilt und gleichzeitig bestätigt. Danach ist davon auszugehen, dass die Klägerin ihre Prozessbevollmächtigten bereits zumindest noch während des amtsgerichtlichen Verfahrens bevollmächtigt hatte, mag die Vollmacht auch zunächst seitens der C. S. A. erteilt worden sein. Der Nachweis für das Vorliegen der Vollmacht in der Vergangenheit kann auch in anderer Form geführt werden, z. B. durch die Vorlegung von Schriftstücken (MünchKommZPO/v. Mettenheim, 2. Aufl., § 89 Rn. 17; BGH, NJW 1992, 627, 628). An den Nachweis dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Die Erteilung der Vollmacht betrifft lediglich das Innenverhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt. Wenn die Klägerin bestätigt eine Vollmacht erteilt zu haben, besteht zu weiteren Nachforschungen keine Veranlassung. Zu welchem genauen Datum die Erteilung erfolgte, ist grundsätzlich unerheblich. Im Übrigen hat die Klägerin die gesamte Prozessführung wirksam genehmigt. Zwar kann die Genehmigung der Prozessführung nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgen, aufgrund deren ein wegen fehlender Vollmacht des Vertreters die Klage zurückweisen-

des oder das Rechtsmittel verwerfendes Urteil ergeht (Zöller/Vollkommer, ZPO, § 89 Rn. 11; BGH NJW 1995, 1901, 1902). Eine genehmigende Nachreichung der Vollmacht für die Klage ist deshalb in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr möglich, wenn die Vorinstanz sie wegen des Mangels zu Recht als unzulässig abgewiesen hatte (Zöller/Vollkommer, ZPO, § 89 Rn. 11; BGH LM Nr. 3 zu § 80 Abs. 1 ZPO). Wenn eine Bevollmächtigung erst für die Zeit nach Erlass des ein Rechtsmittel als unzulässig verwerfenden Prozessurteils mit nachträglicher Genehmigung der bisherigen Prozessführung, die in dieser Bevollmächtigung gesehen werden kann, durch schriftliche Vollmacht nachgewiesen wird, kann der Mangel der Vollmacht nicht mehr behoben werden (BGH NJW 1984, 2149, 2150). Auch soll die Genehmigung der Prozessführung im Verhältnis zum Gericht und zur Gegenpartei grundsätzlich nur dann wirken, wenn der Vertreter zur Prozessführung gem. § 89 Abs. 1 ZPO einstweilen zugelassen war, nicht jedoch wenn der vollmachtlose Vertreter aus dem Prozess hinausgewiesen wurde (BAG, NJW 1965, 1041, 1042). Diese Einschränkungen greifen vorliegend jedoch nicht. Zwar hat das Amtsgericht die Klage als unzulässig abgewiesen und damit den Klägervertreter aus dem Prozess hinausgewiesen. Dies erfolgte gem. dem nachstehend unter III. 1 Ausgeführten jedoch unter Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, sodass eine Genehmigung der gesamten Prozessführung durch die Klägerin noch möglich war. Der Grundsatz, dass dann, wenn mangels Vollmacht des Vertreters die von ihm erhobene Klage abgewiesen oder die von ihm eingelegte Berufung verworfen worden ist, eine Genehmigung der vollmachtlosen Prozessführung in der nächsten Instanz nicht dazu führen kann, dass Klage oder Berufung nunmehr durch die Rechtsmittelentscheidung für zulässig erklärt werden (MünchKommZPO/v. Mettenheim, 2. Aufl., § 89 Rn. 20), findet deshalb keine Anwendung. Dass der Präsident der Klägerin nach dem insoweit für die Beurteilung der organschaftlichen Vertretungsmacht maßgeblichen französischen Recht (BGH, NJW 2001, 305, 306; NJW 1990, 3088; Palandt/Heldrich, BGB, 63. Aufl., Anh. zu EGBGB Art. 32 Rn. 2, Anh. zu Art. 12 Rn. 13) nicht zur Erteilung der Prozessvollmacht befugt war, behauptet auch die Beklagte nicht.

Der neue Vortrag der Klägerin zur Prozessvollmacht ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen, denn er wurde wegen eines Verfahrensfehlers im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht.

B) Die Berufung ist auch begründet.

1. Zu Recht rügt die Klägerin, dass die Entscheidung des Amtsgerichts auf einer Rechtsverletzung beruht, §§ 513, 546 ZPO. Das Verfahren vor dem Amtsgericht leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel, denn das Gericht hat den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt, Art. 103 GG. Es hätte gem. § 139 ZPO vor Erlass des Urteils einen Hinweis erteilen müssen, dass es beabsichtigt, seine Entscheidung auf die fehlende Prozessvollmacht der Klägerin zu stützen. Zwar hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 03.05.2002 mitgeteilt, sie werde zu dem Schriftsatz der Beklagten vom 02.03.2002, in dem diese die Rüge der fehlenden Prozessvollmacht erhoben hatte, jedenfalls nicht vor Vernehmung des Zeugen B. weiter vortragen. Sie durfte jedoch mangels Hinweises darauf vertrauen, das Amtsgericht werde seine Entscheidung nicht auf die fehlende Prozessvollmacht stützen. Das Urteil war eine Überraschungsentscheidung zu Lasten der Klägerin. Das Amtsgericht hat entgegen der ZPO weder das Verfahren nach § 89 ZPO beschränkt noch ohne weitere Beweisaufnahme der Klägerin eine Frist zur Beibringung der Vollmacht gesetzt. Vielmehr hat es die Vernehmung des Zeugen B. in Frankreich auf der Grundlage des zuvor erlassenen Beweisbeschlusses (I 324) veranlasst und so den Eindruck erweckt, es messe der erhobenen Vollmachtsrüge keine rechtliche Bedeutung bei. Allerdings ist Voraussetzung für den Erfolg der Verfahrensrüge, das Verfahren des ersten Rechtszugs leide an einem wesentlichen Mangel, weil das Gericht seine Aufklärungs- und Hinweispflicht nach § 139 ZPO verletzt habe, dass der Berufungsführer geltend macht, er habe in Verkennung der Rechtslage einen bestimmten - näher anzugebenden - Vortrag unterlassen (BGH, NJW-RR 1988, 477, 478; BGH-Report 2004, 333, 334). Dem hat die Klägerin jedoch genügt. Entsprechend ihrem Vortrag im Schriftsatz vom 10.09.2003 (II 55) ist davon auszugehen, dass sie auf Hinweis des Amtsgerichts den Vollmachtsnachweis - wie in der Berufung - beigebracht hätte.
2. Der Senat kann über die Klageforderung in der Sache selbst vorbehaltlich der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung entscheiden (§ 302 Abs. 1 ZPO). Hinsichtlich der Gegenforderung ist die weitere Verhandlung erforderlich (§ 538 Abs. 2 ZPO). Der Senat macht von seinem Recht Gebrauch, gem. § 538 Abs. 1 Nr. 1, 3, 5 ZPO entsprechend, auf Antrag der Parteien den Rechtsstreit unter Aufhebung des

Verfahrens zur weiteren Verhandlung und Entscheidung - allerdings gem. § 538 Abs. 1 Nr. 5 ZPO entsprechend nur über die zur Aufrechnung gestellte Forderung - an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Dazu ist der Senat befugt (OLG München, OLGZ 2000, 147 m. w. N., auch zur Gegenmeinung; OLG Hamm, RuS 1987, 333, 334, 335; OLG Düsseldorf, MDR 1973, 856, 857; Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, § 538 Rn. 53). Im Urkunden- und Wechselprozess ist dies anerkannt, wenn die Klage in erster Instanz abgewiesen worden ist, das Berufungsgericht dagegen die Verurteilung unter Vorbehalt für gegeben hält (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, § 538 Rn. 53 m.w.N.). Damit ist der vorliegende Fall nach Sach- und Interessenlage vergleichbar.

a) Die Klage ist mit dem Hilfsantrag zulässig.

Die Prozessvollmacht hat die Klägerin nach den obigen Ausführungen nachgewiesen. Die gewillkürte Prozessstandschaft - die Klägerin macht den an die C. S. A. abgetretenen Kaufpreisanspruch in eigenem Namen geltend - ist mit dem Hilfsantrag - Zahlung an die C. S. A. - zulässig. Ihre Zulässigkeit beurteilt sich auch in Fällen mit Auslandsberührung grundsätzlich - wie auch hier - nach deutschem Recht als der lex fori (BGH, NJW 1994, 2891; 2549; 1981, 2640). Danach setzt eine gewillkürte Prozessstandschaft voraus, dass der Prozessführende ermächtigt ist, einen fremden Anspruch im eigenen Namen einzuklagen, und dass er ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Prozessführung hat (BGH, NJW 1994, 2549). Eine gewillkürte Prozessstandschaft ist zudem grundsätzlich nur dann zulässig, wenn die Prozessführungsermächtigung in den Tatsacheninstanzen offengelegt wird (BGH, NJW 1994, 2549). Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Klägerin hat die Ermächtigung zur Prozessführung durch die C. S. A. ausreichend durch die Bestätigung des Generaldirektors L. belegt (vgl. die mit Schriftsätzen vom 05.04.2001 (I 273 ff.) und 04.12.2000 (I 249 f.) vorgelegten Bestätigungen der C. S. A. vom 29. März 2001 (K 7, I 281) und 02.12.2000 (I 251)). Die Behauptung der Beklagten, Herr L. als „Directeur General“ sei nicht allein vertretungsberechtigt und habe die Klägerin deshalb nicht wirksam ermächtigen können, die streitige Forderung in eigenem Namen geltend zu machen, ist ohne Substanz aufgestellt und deshalb unbeachtlich (vgl. den Vortrag der Beklagten in den Schriftsätzen vom 01.06.2001, I 291 f.). Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 20.08.2001 (I 302 ff.) substantiiert zur Alleinvertretungsberechti-

gung nach dem für die Beurteilung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis gemäß den obigen Ausführungen maßgeblichen französischem Recht vorgetragen und Auszüge aus dem Handelsregister vorgelegt. Sie hat als Zedentin im Fall der hier vorliegenden Sicherungszession ein eigenes schutzwürdiges Interesse, den Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen. Sie muss im Fall der Nichtdurchsetzbarkeit der abgetretenen Rechte damit rechnen, dass ihre subsidiäre Eigenhaftung wieder auflebt (BGH, NJW 1989, 1932, 1933). Die Prozessführungsermächtigung hat sie im Rechtsstreit offen gelegt.

Der Hauptantrag ist allerdings unzulässig. Der Treugeber hat im Falle der offenen Abtretung Zahlung nicht an sich selbst, sondern an den Abtretungsempfänger zu verlangen. Der von vorne herein offenen Abtretung steht die später im Prozess offen gelegte insoweit gleich (BGH, NJW 1999, 2110, 2111; 1989, 1932, 1933; Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 50 Rn. 53).

- b) Der zulässige Hilfsantrag ist - vorbehaltlich einer Entscheidung über die fürsorglich zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung - begründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung von 4.512,93 € gem. Art. 53 Abs. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) aus dem zwischen den Parteien geschlossenen UN-Kaufvertrag.

aa) Auf die Kaufpreisforderung ist das CISG anzuwenden, das in Frankreich seit dem 01.01.1988 und in Deutschland seit dem 01.01.1991 in Kraft ist und in seinem Geltungsbereich dem nationalen unvereinheitlichten Recht vorgeht (Piltz, NJW 2003, 2056, 2059). Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien die Geltung des CISG ausgeschlossen haben, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Niederlassungen der Klägerin und der Beklagten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren in verschiedenen Vertragsstaaten belegen, Art. 1 Abs. 1a CISG. Daran ändert auch die Einschaltung der Modeagentur E. M. GmbH und des Handelsvertreters M. auf Seiten der Klägerin nichts. Vertriebshändler und Handelsvertreter begründen regelmäßig keine

Niederlassung des Unternehmens. Es handelte sich unzweifelhaft um einen Kaufvertrag über Waren im Sinne von Art. 1 Abs. 1, 53 CISG.

bb) Die Beklagte beruft sich ohne Erfolg auf ein Zurückbehaltungsrecht gem. Art. 71 Abs. 1 CISG wegen Vertragsbruch aufgrund der von der Klägerin nicht ausgeführten Lieferung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Gegenforderung - was zwischen den Parteien streitig ist - eine verbindliche Bestellung der Beklagten mit einer fixen Lieferfrist bis zum 21.06.1997 zugrunde liegt und diese in einem Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des § 71 Abs. 1 CISG zu der Klageforderung steht. Allerdings hat der auf Seiten der Klägerin eingeschaltete Handelsvertreter mit Schreiben vom 19.05.1997 (B2, I 79) unstreitig der Beklagten mitgeteilt, dass der Auftrag wegen Auslastung der Fabrikation blockiert sei und eine Auslieferung bei pünktlicher Zahlung anstehender Rechnungen aus der Sommer-Saison im Oktober 1997 erfolgen könne. Ferner wies die Beklagte die Modeagentur M. mit Antwortschreiben vom 29.05.1997 (B3, I 81-85) darauf hin, dass sie bezüglich etwaig fällig werdender Forderungen der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht ausübe. Die nach Art. 71 Abs. 3 CISG von der Rechtsprechung (LG Darmstadt, Urteil vom 29.05.2001, Az.: 4 O 101/00, unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar; Piltz, NJW 2003, 2056, 2061 m.w.N.) überwiegend als Voraussetzung für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts angesehene Anzeigepflicht ist danach erfüllt. Ein etwaig der Beklagten zustehendes Zurückbehaltungsrecht ist jedoch wieder mit Wirkung vom 13.06.1997 entfallen, denn die Beklagte hat in dem Schreiben der Klägerin zugleich erfolglos Frist bis zum 05.06.1997 und Nachfrist bis zum 12.06.1997 zur Abgabe einer Erklärung gesetzt, dass die Lieferung bis Ende der 25. Kalenderwoche 1997 erfolge. Nach Ablauf der Nachfrist werde die Leistung abgelehnt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht. Im Übrigen trägt die Beklagte selbst vor, sie habe dem Handelsvertreter M. mitgeteilt, dass es sich wegen Geschäftsaufgabe zum 30.09.1997 um ihren letzten Auftrag handle und die Bestellung nur durchgeführt werden könne, wenn die Klägerin fristgerecht liefere. Das als Druckmittel zur Vertragserfüllung vorgesehene Zurückbehaltungsrecht war damit nach Fristablauf, spätestens jedoch zum 30.09.1997, hinfällig.

cc) Der Zinsanspruch folgt aus Art. 78 CISG i. V. m. Art. 1153 Code Civil (CC) i. V. m. L 313-2, L 313-3 des Code Monétaire et Financier. Ein etwaig bis zum 12.06.1997 bestehendes Zurückbehaltungsrecht der Beklagten gem. Art. 71 Abs. 1 CISG steht nicht entgegen, denn die Klägerin verlangt Zinsen erst seit dem 24.05.1998. Wegen der Einzelheiten der Begründung der geltend gemachten Zinsen wird auf die zutreffende und von der Beklagten nicht angegriffene Begründung in der Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 09.02.2004 (II 167-171) verwiesen. Da die Höhe des Zinsanspruchs in Art. 78 CISG offengelassen ist, ist nach deutschem internationalem Privatrecht (IPR) grundsätzlich französisches Recht heranzuziehen, das auch die den Kaufpreisanspruch begleitende Verzinsungspflicht beherrscht. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Geltung der AGB der Klägerin (K 3, I 106R), welche die Anwendung französischen Rechts vorsehen, wirksam nach den Vorschriften des UN-Kaufrechts (Piltz, NJW 2003, 2056, 2059) zwischen den Parteien vereinbart wurde. Französisches Recht gilt entweder nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB aufgrund Einbeziehung der AGB oder nach Art. 28 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EGBGB. Nach Art 28 Abs. 1 EGBGB unterliegt der Vertrag mangels Vereinbarung dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Nach Abs. 2 wird zugunsten der Klägerin vermutet, dass dies Frankreich ist, wo sich ihre Hauptniederlassung befindet. Bei dem vorliegenden Vertrag handelt es sich um einen Kaufvertrag, bei dem die charakteristische Leistung vom Verkäufer erbracht wird (OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.02.1994, Az. 6 U 32/93, unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar). Der am Sitz des Verkäufers für Geldforderungen bestimmte gesetzliche Zinssatz ist nach ganz überwiegender Auffassung dem Zinsanspruch des Art. 78 CISG zugrunde zu legen (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.06.1991, Az. 5 U 261/90, m. w. N., OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.04.1997, Az.: 6 U 87/96, jeweils unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar). Es sind auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die Parteien gemäß Art. 27 Abs. 2 EGBGB nachträglich stillschweigend von der Anwendung deutschen Rechts ausgegangen sind. Eine grundsätzlich mögliche stillschweigende Rechtswahl für deutsches Recht ergibt sich auch nicht aus dem Verhalten der Parteien im Prozess (Palandt/Heldrich, BGB, Art. 27 EGBGB, Rn. 7). Die Klägerin hat vielmehr schon in der Klageschrift vom 16.12.1998 (I

1-7) darauf hingewiesen, dass ein internationaler Handelskauf vorliege und der Zinsanspruch primär französischem Zivilrecht unterliege.

dd) Der Anspruch der Klägerin ist nicht gemäß Art. 189 CCom (Code de Commerce) verjährt. Die Beklagte hat in erster Instanz die Einrede der Verjährung erhoben. Dies ist - nach dem hier anwendbaren deutschen Prozessrecht - in der Berufung auch ohne Wiederholung zu beachten (Palandt/Heinrichs, BGB, § 214 Rn. 3). Das CISG regelt die Frage der Verjährung der aus dem Vertrag folgenden Rechte nicht (Piltz, NJW 2003, 2056, 2059; Oberster Gerichtshof Wien, Entscheidung vom 24.10.1995 - 4 Ob 1652/95 - Leitsatz ZfRV 1996, 76, zit. nach [www.juris.de](http://www.juris.de)). Sie ist zwar Gegenstand eines gesonderten UN-Verjährungsübereinkommens (UN-Übereinkommen v. 14. 6. 1974 über die Verjährung beim internationalen Warenkauf). Die Ratifizierung dieses Übereinkommens durch Deutschland ist jedoch nicht erfolgt und auch nicht absehbar (Bamberger/Roth/Saenger, BGB, Bd 3, 1. Aufl., CISGVertragsG Art. 4, Rn. 29). Auf die Frage der Verjährung ist danach französisches Recht anzuwenden, denn gemäß Art. 32 Abs. 1 Ziff. 4 des maßgeblichen deutschen IPR ist die Verjährung einer vertraglichen Forderung, insbesondere die maßgebliche Verjährungsfrist und deren Hemmung oder Neubeginn, etwa durch Klageerhebung, nach dem Vertragsstatut zu beurteilen (Palandt/Heldrich, BGB, Art. 32 EGBGB Rn. 6). Die hier gegebenen Ansprüche von Kaufleuten untereinander aus Handelsgeschäften verjähren gemäß Art. 189 CCom in 10 Jahren (Ferid, Das französische Zivilrecht, 1. Bd, S. 373, 1 F 8; Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl., S. 184). Die der Beklagten am 24.02.1999 zugestellte Klage hat die Verjährung der Kaufpreisforderung aus der Warenlieferung gemäß Rechnung vom 04.04.1997 unterbrochen (interruption), Art. 2242, 2244 CC (Ferid, a.a.O., Seite 380/381, 1 F 75/76). Der Senat sieht keine Veranlassung, hierzu weitere Ermittlungen anzustellen, etwa ein Rechtsgutachten einzuholen (§ 293 ZPO). Das Gericht trifft die Pflicht, den Inhalt des vom Deutschen IPR berufenen ausländischen Rechts zu ermitteln. Ausländische Rechtsnormen sind für den deutschen Richter Rechtssätze, nicht Tatsachen. Deshalb hat der deutsche Richter auch ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln (Zöller/Geimer, ZPO, § 293 Rn. 14 m.w.N.). Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Senats, in

welcher Weise er dieser Verpflichtung nachkommen will, die jeweiligen Umstände des Einzelfalles legen dabei die Grenzen der Ermittlungstätigkeit fest. Der Senat hat keine Bedenken, den oben angegebenen Quellen des französischen Rechts zu folgen. Die Ausführungen sind klar und überzeugend. Auch Frankreich hat das UN-Verjährungsübereinkommen bisher nicht ratifiziert, sodass dieses keinesfalls insoweit das interne französische Recht ersetzt. Im Übrigen wäre die nach Art. 8 des Übereinkommens für alle Ansprüche aus internationalen Kaufverträgen vier Jahre betragende Verjährungsfrist gleichfalls noch nicht abgelaufen.

Bei - wie hier - ausländischem Schuldstatut hängt die Frage der Unterbrechung der Verjährung durch eine im Inland erhobene Klage allerdings von der zu erwartenden Anerkennung des inländischen Urteils im nach dem Vertragsstatut maßgeblichen Ausland ab (Palandt/Heinrichs, BGB, § 214 Rn. 6 m.w.N.). Die Anerkennung ist jedoch hinreichend gemäß Art. 33 Abs. 1, 32 der am 01.03.2003 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) gewährleistet. Ausnahmen von der Anerkennung gemäß Art. 34 und 35 EuGVVO sind nicht ersichtlich. Die EuGVVO ist gemäß Art. 66 Abs. 2 a EuGVVO für die Frage der Anerkennung bereits maßgeblich.

- c) Der Rechtsstreit ist hinsichtlich der fürsorglich zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung nicht zur Entscheidung reif.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe ist für die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Forderung international zuständig. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte folgt insoweit aus Art. 18 EuGVÜ, weil sich die Klägerin auf die Forderung rügelos eingelassen hat (BGH, NJW 1993, 1399). Dass eine Belehrung nach § 504 ZPO vor dem Amtsgericht unterblieben ist, ist insoweit unerheblich, denn vorliegend gilt Art. 18 EuGVÜ, der in seinem Anwendungsbereich § 39 ZPO verdrängt (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl., § 39 Rn. 4 noch zu Art. 18 EuGVÜ).

Der Vortrag der Beklagten zu der geltend gemachten Forderung ist rechtlich erheblich. Nach ihrem unter Beweis gestellten Vortrag liegen die Voraussetzungen für eine Schadensersatzforderung gem. Art. 74 ff., 30, 33a, 45a, 47 Abs. 1, 49 Abs. 1 b CISG vor. Danach hatten die Parteien verbindlich eine Schuhlieferung bis zum Ende der 25. KW vereinbart, die Klägerin war mithin zur Lieferung zu dem vereinbarten Zeitpunkt nach Art. 30, 33 a CISG verpflichtet. Nach ihren AGB, deren Einbeziehung in den Vertrag zwischen den Parteien streitig ist, ist sie allerdings an die Bestellung nur gebunden, wenn diese nicht innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Erhalt ausdrücklich verweigert wurde. Die Frage der Einbeziehung der AGB richtet sich nach Art. 14, 18, 8 CISG (BGH, NJW 2002, 370, 371). Danach spricht vieles für eine Einbeziehung, denn sie waren - jeweils mit einem deutlichen Hinweis diesbezüglich auf der Vorderseite - auf der Rückseite der Bestellscheine - auch in deutscher Sprache - abgedruckt. Nach Behauptung der Beklagten hat Handelsvertreter M. jedoch, von der Klägerin dazu bevollmächtigt, in deren Namen verbindlich zugesichert, dass die Lieferung bis zur 25. KW und damit dem 21.06.1997 erfolgt. Eine Berufung auf die AGB wäre der Klägerin unter diesen Umständen verwehrt. Im Übrigen ist streitig und wechselseitig Beweis angetreten, ob die Mitteilung des Handelsvertreters vom 19.05.1997, die Klägerin werde die Bestellung nicht ausführen, fristgerecht bei der Beklagten eingegangen ist. Ohne Erfolg erhebt die Klägerin unter Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten gegenüber deren Gegenforderung die Verschlechterungseinrede gemäß Art. 71 CISG. Sie kann sich jedenfalls nicht auf diese Vorschrift berufen, wenn sie - entgegen der allerdings streitigen (s.o.) - Verpflichtung zuwider mit Schreiben des Handelsvertreters M. vom 19.05.1997 (B2, I, 79) zu Unrecht eine fristgerechte Lieferung verweigert hat zu einem Zeitpunkt, in dem sich die Beklagte - unstreitig - noch nicht mit der Zahlung in Verzug befand. Die Klägerin kann sich auch nicht auf Art. 72 CISG berufen. Die Beklagte hat sich mit Schreiben vom 29.05.1997 (B3, I, 85) und mithin vor einem etwaigen Verzugseintritt am 01.06.1997 explizit auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Die Schreiben des Handelsvertreters M. vom 19.05.1997 (B2, I, 79) und der Agentur M. vom 10.06.1997 (B4, I 87/89), wonach es der Klägerin wegen Auslastung der Fabrik unmöglich war zum angegebenen Lieferdatum zu leisten, sprechen eher für die Richtigkeit der Behauptungen der Beklagten. Die Beklagte ist nach ihrem Vortrag berechtigt, gem. Art. 74 ff., 49 Abs. 1 b CISG Schadensersatz zu for-

dern, nachdem sie der Klägerin erfolglos Nachfrist gemäß Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzt hatte und diese mit den oben genannten Schreiben mitgeteilt hatte, dass ihr eine Lieferung zur 25. Kalenderwoche nicht möglich sei. Im Übrigen liegt nach ihrem Vortrag eine wesentliche Vertragspflichtverletzung gem. Art. 49 Abs. 1 a, 25 CISG vor, denn danach hatte sie den Handelsvertreter M. explizit darauf hingewiesen, dass es sich wegen Geschäftsaufgabe um den letzten Auftrag und einen für sie fixen Liefertermin handele (vergl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.04.1997 - 6 U 87/96, unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar). Die Klägerin kann sich unter diesen Umständen auch nicht darauf berufen, dass nach ihren AGB Schadensersatzansprüche wegen Lieferverspätungen ausgeschlossen sind, denn wegen des behaupteten Fixcharakters der Lieferfrist läge eine Nichterfüllung vor.

Da die Aufrechnung im CISG jedenfalls - wie hier - mit Ansprüchen aus einem anderen als dem konkret in Frage stehenden Kaufvertrag nicht geregelt ist, richten sich deren Zulässigkeit und die Wirkung nicht nach dem CISG, sondern dem ergänzend anwendbaren nationalen Recht. Dabei werden gem. Art. 33 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB die Voraussetzungen und Folgen der Aufrechnung der Rechtsordnung entnommen, die nach dem internationalen Privatrecht für die Hauptforderung gilt, gegen die die Aufrechnung erklärt wird (OLG Hamm, NJW-RR 1996, 179, 180; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.04.1997 - 6 U 87/96, OLG Hamm, Urteil vom 05.11.1997 - 11 U 441/97; OLG Koblenz, Urteil vom 17.09.1993 - 2 U 1230/91; jeweils unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar; Piltz, NJW 2003, 2056, 2059; Busse, MDR 2001, 729, 733; Palandt/Heldrich, BGB, Art. 32 EGBGB Rn. 6).

Nach dem danach maßgeblichen französischen Recht ist hinsichtlich der Aufrechnung folgendes zu berücksichtigen: Bei der Aufrechnung gilt gem. Art. 1290 CC anders als im deutschen Recht die Legalkompensation. Sobald sich Forderungen aufrechenbar gegenüberstehen, erlöschen sie selbst ohne Wissen des Schuldners kraft Gesetzes. Das französische Recht kennt die Aufrechnung aufgrund einseitiger Erklärung nicht. Voraussetzung dieser Aufrechnung ist u. a., dass die Forderungen liquide sind, Art. 1291 Abs. 1 CC, d. h. Grund und Höhe der Gegenforderung müssen feststehen. Die Höhe darf nicht von einer gerichtlichen Schadensfeststellung abhängen. Fehlt die Liquidität, so besteht nur die

Möglichkeit, die nicht liquide Forderung im Wege der „Widerklage“ geltend zu machen. Dann - und nur dann - kann das Gericht die Gegenforderung nach Grund und Höhe klären (OLG Koblenz, Urteil vom 17.09.1993 - 2 U 1230/91; unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar; vgl. Ferid, Das französische Zivilrecht, 1. Bd 1971, S. 528, Rz. 2 D 48/S. 532 Rz. 2 D 64; Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl., S. 129). Da der von der Beklagten geltend gemachten Aufrechnungsforderung die Liquidität im Sinne des Art. 1291 Abs. 1 CC fehlt, kann sie diese Forderung nur im Wege einer „Widerklage“ verfolgen. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung ist dennoch ausweislich des von der Klägerin vorgelegten, in dem Verfahren vor dem OLG Hamm - 2 U 195/02 - erstatteten, ausführlichen und nachvollziehbaren Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. H. vom 30.12.2003 auch nach französischem Recht zulässig, obwohl es sich um eine bestrittene Gegenforderung handelt. Der Senat hat keine Bedenken, dieses Gutachten zur Ermittlung des französischen Rechts zu Beweis Zwecken zu verwerten (§ 293 ZPO). Die bei einer bestrittenen Gegenforderung allein zulässige gerichtliche Aufrechnung setzt danach zwar eine Widerklage voraus, die jedoch wie ein sonstiges Verteidigungsmittel vorgebracht wird und für welche die für eine Klageerhebung geltenden Förmlichkeiten nicht gelten (Gutachten, S. 21). Nach französischem Recht steht es im Ermessen des Tatrichters, ob er über beide Forderungen einheitlich entscheidet oder ob er die Widerklage zurückweist und nur über die Klageforderung entscheidet (Gutachten, S. 13). Die Rechtsprechung verlangt im Rahmen der gerichtlichen Aufrechnung regelmäßig die Geltendmachung einer hinreichend wahrscheinlichen Gegenforderung (Gutachten S. 12). Die Gegenforderung der Beklagten ist nach den obigen Ausführungen nicht offenkundig unberechtigt. Desgleichen kommt zwar eine Zurückweisung der Widerklage auch in Betracht, wenn die Klärung der Gegenforderung lange und schwierige Untersuchungen erfordert bzw. die Gefahr der Prozessverschleppung besteht (Gutachten, S. 13). Eine solche Gefahr ist vorliegend jedoch nicht ersichtlich. Im Übrigen ist nach dem Gutachten (S. 13) bei konnexen Forderungen die Widerklage stets zuzulassen. Es spricht viel dafür, dass im Hinblick auf die ständige Geschäftsbeziehung der Parteien die Konnexität auch nach französischem Recht zu bejahen ist. Den danach verkürzten Ausführungen von Ferid, Das französische Zivilrecht, 1. Bd, S. 528 und S. 532, sowie von Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl.,

S. 129, wonach die Erhebung einer Widerklage erforderlich ist, kann nicht entnommen werden, dass die Beklagte die zur Aufrechnung gestellte Forderung nur durch eine die zivilprozessualen Vorschriften der ZPO berücksichtigende Widerklage geltend machen kann. Insoweit darf nicht einfach auf die Voraussetzungen der lex fori verwiesen werden, denn die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung richtet sich nach französischem Recht. Die auf das oben genannte Zitat von Ferid gestützte Entscheidung des OLG Koblenz, Urteil vom 17.009.1993 - 2 U 1230/91 (unter [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) abrufbar) berücksichtigt dies nicht hinreichend. Die von der Beklagten fürsorglich erklärte Aufrechnung ist danach nicht unzulässig und der Rechtsstreit deshalb insoweit nicht zur Entscheidung reif. Vielmehr bedarf es noch einer Beweisaufnahme nicht nur zur Höhe des geltend gemachten Schadens, denn die erstinstanzlich bereits vernommenen Zeugen, deren Aussagen im erstinstanzlichen Urteil jedoch keine Würdigung erfahren haben, kann der Senat nicht selbst würdigen.

Der Senat hält es vorliegend aus den oben genannten Gründen für angemessen, den Rechtsstreit hinsichtlich der zur Aufrechnung gestellten Forderung an das Amtsgericht Weinheim zurückzuverweisen. Einer Entscheidung über die mit Schriftsatz vom 20.01.2004, bei Gericht eingegangen am 22.01.2004 (II, 129-141), erhobene Anschlussberufung der Beklagten, mit der sie hilfsweise Widerklage erhoben hat sowie über das Wiedereinsetzungsgesuch vom 02.03.2004 bedurfte es unter diesen Umständen nicht. Die rechtlichen Voraussetzungen, unter denen die Beklagte insoweit eine Entscheidung begehrt, liegen nicht vor.

### III.

Über die Kosten, auch des Berufungsverfahrens, hat das Amtsgericht zu entscheiden. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor, da der Rechtsstreit keine rechtsgrundsätzlichen Fragen aufwirft und sich im

Übrigen aufgrund der bisher ergangenen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung unter Würdigung der Einzelfallumstände beantworten lässt.

Dr. Müller-Christmann  
Vors. Richter am  
Oberlandesgericht

Prof. Dr. Seidel  
Richter am  
Oberlandesgericht

Schmitt  
Richter am Landgericht