

CISG-online 919	
Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Düsseldorf (Court of Appeal Düsseldorf)
Date of the decision	25 July 2003
Case no./docket no.	I-17 U 22/03
Case name	<i>Rubber sealing members case</i>

### Begründung:

A.

Die Klägerin, die ihren Sitz in Carobbio degli Angeli in Italien hat und mit der in Grevenbroich ansässigen Beklagten in ständiger Geschäftsbeziehung stand, macht aus einer im Mai 2000 erfolgten Lieferung von Gummimanschetten eine restliche Kaufpreisforderung in Höhe von 12.409,64 € geltend. Gegenüber diesem Anspruch hat die Beklagte mit einem Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe die Aufrechnung erklärt, den sie aus einer angeblichen Lieferverzögerung der Klägerin bei der im Jahre 1999 erfolgten Abwicklung eines anderen Kaufvertrages herleitet.

1

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

2

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die von der Beklagten gegenüber der im Übrigen unstreitigen Kaufpreisforderung erklärte Aufrechnung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße, weil die Beklagte durch den Abschluss des Kaufvertrages im Jahre 2000 ersichtlich eine Aufrechnungsmöglichkeit geschaffen habe, um eine eigene Klageerhebung im Ausland zu vermeiden.

3

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie die rechtliche Würdigung des Landgerichts angreift und im Übrigen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihr Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt. Sie vertritt weiterhin die Ansicht, dass ihr die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zustehe. Im Anschluss an einen Hinweis des Senats vertritt sie zudem die Auffassung, dass infolge der Einbeziehung ihrer Allgemeinen Einkaufsbedingungen (Bl. 122 GA) auf den Vertrag deutsches Recht Anwendung finde, das eine Aufrechnung ungehindert zulasse.

4

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

5

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

6

Sie verteidigt das angefochtene Urteil gegen die Angriffe der Berufung. Sie stellt die vertragliche Einbeziehung der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten in Abrede und vertritt

7

weiterhin die Auffassung, dass der Beklagten die geltend gemachte Gegenforderung nicht zustehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie die zu den Akten gereichten Urkunden und Unterlagen Bezug genommen. 8

B. 9

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte vielmehr im Ergebnis zu Recht zur Zahlung eines Betrages von 12.409,64 € nebst Zinsen verurteilt.

I. 10

Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von 12.409,64 € gemäß Art. 53 CISG zu.

1. 11

Auf die Rechtsbeziehung der Parteien, die einen Kaufvertrag über Warenlieferungen zum Gegenstand hat, finden die Bestimmungen des Übereinkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (BGBl. 1989, Teil II, S. 588 ff.; CISG) Anwendung. Die Niederlassungen der Parteien befinden sich in Italien bzw. in der Bundesrepublik Deutschland und damit in verschiedenen Vertragsstaaten des Übereinkommens (Art. 1 Abs. 1 lit. a, 100 Abs. 2 CISG). In Italien ist das Übereinkommen am 1. Januar 1988 (vgl. *Schlechtriem*, CISG, 3. Aufl., Anhang 1, S. 923) in der Bundesrepublik am 1. Januar 1991 (BGBl. 1990, Teil II, S. 1477) in Kraft getreten.

2. 12

Aufgrund des dementsprechend anwendbaren Art. 53 CISG schuldet die Beklagte der Klägerin den Kaufpreis für die von ihr bezogenen Gummimanschetten, die Gegenstand der Rechnungen der Klägerin vom 11. Mai 2000 (Bl. 11 GA) sowie vom 19. Mai 2000 (Bl. 12 GA) sind. Auf den Gesamtbetrag dieser Rechnungen in Höhe von 14.473,73 € (28.308,15 DM) hat die Beklagte am 10. November 2000 einen Betrag von 2.064,09 € gezahlt, so dass aus den Rechnungen unstreitig noch ein Betrag in Höhe von 12.409,64 € offen steht.

II. 13

Diese restliche Kaufpreisforderung ist auch nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit der von ihr geltend gemachten Gegenforderung in gleicher Höhe erloschen. Denn die Beklagte kann im vorliegenden Rechtsstreit nicht gegenüber der Klageforderung aufrechnen.

1. 14

Die Aufrechnung ist allerdings nicht schon deshalb unzulässig, weil die deutschen Gerichte insoweit international nicht zuständig sind. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall.

In seiner früheren Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof allerdings für den – auch im Streitfall vorliegenden – Geltungsbereich des EuGVÜ angenommen, dass die Aufrechnung mit einer bestrittenen, inkonnexen Gegenforderung in entsprechender Anwendung des Art. 6 15

Nr. 3 EuGVÜ mangels internationaler Zuständigkeit unzulässig sei (vgl. BGH NJW 1993, 2753). Diese Rechtsprechung ist jedoch durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Juli 1995 (NJW 1996, 42 ff.) überholt und wird auch vom Bundesgerichtshof nicht aufrechterhalten (vgl. BGH NJW 2002, 2182, 2183). Denn die Vorschrift des Art. 6 Nr. 3 EuGVÜ gilt nur für die Widerklage und ist nicht für den Fall heranzuziehen, dass ein Beklagter eine Forderung gegenüber dem Kläger als bloßes Verteidigungsmittel in das Verfahren einführt; in diesem Fall ist die Frage der internationalen Zuständigkeit vielmehr nach nationalem Recht zu beantworten (vgl. EuGH a.a.O.; BGH NJW 2002, 2182, 2183).

Wie dieser Hinweis des Europäischen Gerichtshofs auf das nationale Recht zu verstehen ist, ist allerdings umstritten. Nach einer Ansicht ist im Falle der Aufrechnung grundsätzlich auf das Erfordernis einer internationalen Zuständigkeit für die Gegenforderung zu verzichten (vgl. *Roth*, RIW 1999, 819; *Busse*, MDR 2001, 729), während die Gegenmeinung weiterhin ohne Einschränkung eine internationale Zuständigkeit nach deutschem internationalen Prozessrecht auch im Geltungsbereich des EuGVÜ für erforderlich hält (vgl. *Wagner*, IPRax 1999, 65, 71 f.; *Jayme/Kohler*, IPRax 1995, 349; *Geimer*, internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Rn. 868c; *Bülow/Böckstiegel/Auer*, internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 1997, Art. 6 EuGVÜ Rn. 60).

Der BGH hat die Streiffrage indes bislang ausdrücklich offen gelassen (vgl. BGH NJW 2002, 2182, 2184, m.w.Nachw. zum Meinungsstand). Auch im vorliegenden Fall bedarf es diesbezüglich keiner Entscheidung der Streitfrage. Selbst wenn man nämlich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Aufrechnung der Beklagten für erforderlich hält, ist sie jedenfalls deshalb zu bejahen, weil die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 33 ZPO erfüllt sind. Aus dem Grundgedanken der für die Widerklage geltenden Vorschrift des § 33 ZPO ist herzuleiten, dass eine internationale Zuständigkeit für die aufrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderung stets dann gegeben ist, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht (vgl. BGH NJW 1993, 2753, 2754; BGH NJW 2002, 2182, 2184). Ein solcher Zusammenhang liegt namentlich dann vor, wenn zwischen den beiderseitigen Ansprüchen eine rechtliche Verbindung besteht, wobei dieser Begriff weit auszulegen ist (vgl. BGHZ 53, 166, 168; BGH NJW 2002, 2182, 2184; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 23. Aufl., § 33 ZPO Rn. 15). Dies ist beispielsweise bei Verträgen im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen anzunehmen (vgl. BGH NJW 2002, 2182, 2184 m.w.Nachw.; *Musielak/Smid*, 2. Aufl., § 33 ZPO Rn. 2; *Busse*, MDR 2001, 729, 730). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Zwischen den Parteien bestand unstreitig eine ständige Geschäftsbeziehung über die Belieferung mit Autozubehör.

2.

Der Geltendmachung des Aufrechnungseinwandes steht – entgegen der Ansicht des Landgerichts – auch nicht der in § 242 BGB normierte Grundsatz von Treu und Glauben entgegen. Danach kann zwar die Ausübung eines Rechtes u.a. dann rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig sein, wenn der Berechtigte seine Rechtsstellung unredlich, namentlich durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten, erworben hat (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., § 242 BGB Rn. 42 ff. m.w.Nachw.). Daran mag man auch bei einer Aufrechnung denken können, wenn der Aufrechnende durch die nachträgliche Begründung einer eigenen

16

17

18

Schuld bewusst und zielgerichtet eine Aufrechnungslage nur deshalb geschaffen hat, um sich für eine ihm selbst angeblich zustehende Forderung eine einfache Befriedigungsmöglichkeit zu verschaffen und damit eine beschwerliche aktive Geltendmachung seines Anspruchs etwa – wie hier – im Ausland zu vermeiden. Für das Vorliegen eines derartigen Motivs der Beklagten bei Abschluss des streitgegenständlichen Kaufvertrages fehlt jedoch jeder tatsächliche Anhalt.

Weder dem Vortrag der Klägerin noch dem sonstigen Akteninhalt sind irgendwelche Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die Bestellung der Beklagten im Mai 2000 ausschließlich zu dem Zweck erfolgt ist, sich eine Aufrechnungsmöglichkeit im o.g. Sinne zu verschaffen. Im Gegenteil erscheint der streitgegenständliche Vertragsschluss vielmehr als einer in einer Reihe vergleichbarer Vertragsabschlüsse im Rahmen einer länger dauernden, kontinuierlichen Geschäftsbeziehung.

19

3. Gleichwohl ist der Beklagten eine Aufrechnung gegenüber der Klageforderung im Ergebnis versagt.

20

a. In materieller Hinsicht richtet sich die Voraussetzungen für die von der Beklagten erklärte Aufrechnung nach italienischem Recht.

21

Nach Art. 32 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB ist das Schuldstatut u.a. auch für die verschiedenen Arten des Erlöschens einer Verpflichtung maßgebend, also auch für die Aufrechnung, deren Wirkung deshalb nach dem Statut der Forderung, gegen die aufgerechnet wird, zu beurteilen ist (vgl. BGHZ 38, 254, 256; BGH NJW 1994, 1413, 1416; Palandt/*Heldrich*, a.a.O., Art. 32 EGBGB Rn. 6 m.w.Nachw.). Maßgebend ist hier also das auf die mit der Klage geltend gemachte Kaufpreisforderung anzuwendende Recht, so dass vorrangig das UN-Kaufrecht und, soweit dieses keine Regelung enthält, ergänzend das nach den allgemeinen Vorschriften des deutschen Internationalen Privatrechts anzuwendende Recht Anwendung findet (vgl. OLG Koblenz RIW 1993, 934, 937; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. April 1997 – 6 U 87/96 m.w.Nachw.).

22

aa. Ein Vertrag der vorliegenden Art unterliegt nach deutschem Internationalem Privatrecht gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht, wobei diese Rechtswahl entweder ausdrücklich getroffen worden sein muss oder sich jedenfalls mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben muss. Eine derartige Rechtswahl, die – wie die Beklagte meint – zur Anwendung deutschen Rechts führt, ist hier nicht getroffen worden.

23

Die Beklagte macht insoweit geltend, eine ins deutsche Recht weisende Rechtswahl der Parteien sei konkludent dadurch erfolgt, dass durch eine entsprechende Bezugnahme in ihren Bestellungen ihre Allgemeinen Einkaufsbedingungen (Bl. 122 GA) jeweils Vertragsbestandteil geworden seien, die wiederum den ausdrücklichen Hinweis enthielten, dass sich der Erfüllungsort und Gerichtsstand in Grevenbroich befinde. Richtig ist daran, dass die ausdrückliche Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstands und einheitlichen Erfüllungsorts in der Tat Indizien für eine Rechtswahl sein können (vgl. OLG Frankfurt/Main RIW 1998, 477; OLG Köln

24

RIW 1995, 970; Palandt/*Heldrich*, a.a.O., Art. 27 EGBGB Rn. 6 m.w.Nachw.). Zweifelhaft ist allerdings bereits, ob dies auch dann gilt, wenn die Gerichtsstands- und Erfüllungsortabrede nicht auf einer Vereinbarung der Parteien im klassischen Sinne beruht, sondern – wie hier – lediglich in einer von einer Vertragspartei einseitig gestellten AGB-Klausel enthalten ist. Denn in einem solchen Fall ergeben sich Bedenken dagegen, ob sich tatsächlich ein beiderseitiger realer Parteiwille im Sinne einer Rechtswahl (vgl. BGH NJW-RR 2000, 1004) mit hinreichender Sicherheit dem Vertrag entnehmen lässt. Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier – der Vertragspartner seinerseits auf seine eigenen Lieferbedingungen hingewiesen hat, die eine widersprechende Erfüllungsort- und Gerichtsstandsklausel enthalten. Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es im Streitfall allerdings nicht; denn hier scheidet eine konkludent getroffene Rechtswahl im Wege einer AGB-Einbeziehung jedenfalls deshalb aus, weil die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten insgesamt, zumindest aber die in Rede stehende Gerichtsstandsklausel nicht Vertragsbestandteil geworden sind.

aaa.

Nach allgemeiner Ansicht, der der Senat folgt, richtet sich die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen dem UN-Kaufrecht unterliegenden Vertrag ausschließlich nach den für diesen geltenden Abschlussvorschriften der Art. 14, 18 CISG (vgl. BGH NJW 2002, 370, 371 m.w.Nachw.; Staudinger/*Magnus*, BGB, Jahrgang 2000, Art. 14 CISG Rn. 40; Schlechtriem/*Slechtriem*, CISG, 3. Aufl., Art. 14 CISG Rn. 16; Soergel/*Lüderitz/Fenge*, BGB, 13. Aufl., Art. 14 CISG Rn. 10; Piltz, NJW 1996, 2768, 2770). Da das CISG allerdings keine besonderen Regeln für die Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen enthält, ist anhand der in Art. 8 CISG normierten allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestandteil des Vertragsangebotes sind, was sich zum einen aufgrund der Verhandlungen zwischen den Parteien, der zwischen ihnen bestehenden Gepflogenheiten oder der internationalen Gebräuche ergeben kann (Art. 8 Abs. 3 CISG). Im Übrigen ist darauf abzustellen, wie eine «vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei» das Angebot aufgefasst hätte (Art. 8 Abs. 2 CISG).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist für die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu fordern, dass der Empfänger eines Vertragsangebotes, dem Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde gelegt werden sollen, die Möglichkeit haben muss, von diesen in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen (vgl. BGH a.a.O.; Staudinger/*Magnus*, a.a.O., Art. 14 CISG Rn. 41; Schlechtriem/*Slechtriem*, a.a.O.; Soergel/*Lüderitz/Fenge*, a.a.O.). Eine wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen setzt deshalb zunächst voraus, dass für den Empfänger des Angebots der Wille des Anbietenden erkennbar ist, dieser wolle seine Bedingungen in den Vertrag einbeziehen. Darüber hinaus ist im Einheitskaufrecht vom Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu fordern, dass er dem Erklärungsgegner deren Text übersendet oder anderweitig zugänglich macht (vgl. BGH NJW 2002, 370, 371 m.w.Nachw.; Staudinger/*Magnus*, a.a.O.; Piltz, a.a.O.).

Da in Anbetracht der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen und Gepflogenheiten erhebliche Unterschiede zwischen den jeweiligen nationalen Klauselwerken bestehen, kann der Gegner des Klauselverwenders vielfach nicht absehen, mit welchem Klauselinhalt er sich im Einzelnen einverstanden erklärt; auch ist eine Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach nationalem Recht (Art. 4 S. 2 lit. a CISG) nicht überall gewährleistet. Zwar wird

25

26

27

in vielen Fällen die Möglichkeit bestehen, Erkundigungen über den Inhalt der jeweiligen in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einzuholen. Hierdurch kann es jedoch zu Verzögerungen beim Geschäftsabschluss kommen, woran beide Vertragsteile kein Interesse haben können. Dem Klauselverwender ist es hingegen unschwer möglich, die – für ihn regelmäßig vorteilhaften – Allgemeinen Geschäftsbedingungen seinem Angebot beizufügen. Es widerspräche daher dem Grundsatz des guten Glaubens im internationalen Handel (Art. 7 Abs. 1 CISG) sowie der allgemeinen Kooperations- und Informationspflicht der Parteien, dem Vertragspartner eine Erkundigungsobliegenheit hinsichtlich der nicht übersandten Klauselwerke aufzuerlegen und ihm die Risiken und Nachteile nicht bekannter gegnerischer Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu überbürden (vgl. BGH NJW 2002, 370, 371 f. m.w.Nachw.).

Eine andere Beurteilung ist hier auch nicht deshalb geboten, weil es sich bei den Parteien um kaufmännisch geführte Unternehmen handelt. Zwar können im deutschen unvereinheitlichten Recht im kaufmännischen Verkehr die in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann Vertragsinhalt werden, wenn der Kunde sie nicht kennt, jedoch die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme – etwa durch Anforderung beim Verwender – hat (vgl. BGHZ 117, 190, 198). Diese Rechtslage beruht jedoch darauf, dass im nationalen Verkehr Klauseln innerhalb einer Branche vielfach ähnlich ausgestaltet und unter den beteiligten Handelskreisen regelmäßig bekannt sind und, soweit dies im Einzelfall nicht zutrifft, von dem unternehmerisch tätigen Vertragspartner nach Treu und Glauben erwartet werden kann, dass er sich das Klauselwerk verschafft, wenn er das Geschäft abschließen will. Diese Voraussetzungen treffen jedoch für den internationalen Handelsverkehr nicht in gleichem Umfang zu, so dass nach den Geboten des guten Glaubens (Art. 7 Abs. 1 CISG) der anderen Seite auch eine entsprechende Erkundigungspflicht nicht zugemutet werden kann (vgl. BGH a.a.O.).

28

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte nach ihrer Sachdarstellung in ihren Bestellungen auf ihre Allgemeinen Einkaufsbedingungen Bezug genommen. Dies allein reicht jedoch nach den vorbeschriebenen Grundsätzen nicht aus. Erforderlich wäre vielmehr gewesen, dass die Beklagte zusätzlich ihre Allgemeinen Einkaufsbedingungen übersandt oder in sonstiger Weise zugänglich gemacht hätte. Dass auch dies – etwa bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung oder im Rahmen der Abrede über die Fortführung der Geschäftsbeziehung oder anlässlich des konkreten Vertragsschlusses – geschehen ist, lässt sich hingegen nicht feststellen.

29

Zwar hat die Beklagte behauptet, sie habe ihre Einkaufsbedingungen der Klägerin bekannt gemacht. Diesen pauschalen und unsubstantiierten Vortrag hat die Beklagte auch auf einen entsprechenden Hinweis des Senats hin in der mündlichen Verhandlung lediglich dahin ergänzt, dass sie ihre Einkaufsbedingungen der Klägerin zu Beginn der Geschäftsbeziehung übersandt habe, wobei sie zugleich angemerkt hat, Konkretes dazu könne sie nicht vortragen. Auch dieses ergänzte Vorbringen, dass zudem auch nicht unter Beweis gestellt worden ist, reicht jedoch in Anbetracht des Bestreitens der Klägerin nicht aus, um annehmen zu können, dass die Klägerin die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten tatsächlich erhalten hat.

30

bbb.

Aber selbst wenn man letzteres zu Gunsten der Beklagten unterstellt, führt dies hier nicht dazu, eine Rechtswahlvereinbarung der Parteien im Sinne des Art. 27 Abs. 1 EGBGB für die gesamte Geschäftsbeziehung und damit auch für die streitgegenständlichen Einzelgeschäfte

31

annehmen zu können. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Beklagte ihrerseits in ihren Rechnungen stets auf ihre eigenen, auf den Rechnungen jeweils abgedruckten Lieferbedingungen hingewiesen hat, die ausdrücklich eine widersprechende Erfüllungsort- und Gerichtsstandsklausel («Bergamo»; vgl. beispielhaft Bl. 11 GA) enthielten. Damit war der Beklagten spätestens mit dem Zugang der ersten Rechnung und folglich lange vor dem Abschluss der hier in Rede stehenden Einzelverträge bekannt, dass die Beklagte ihrerseits ihre eigenen, in dem hier maßgebenden Punkt gegensätzlichen Lieferbedingungen in die Verträge einbeziehen wollte. Dies hat zur Folge, dass zumindest die von der Beklagten gestellte Erfüllungsort- und Gerichtsstandsklausel nicht Vertragsbestandteil geworden ist, ohne dass hierdurch zugleich die streitgegenständlichen Kaufverträge in ihrem Bestand berührt worden sind. Letzteres folgt daraus, dass bei einem teilweisen Widerspruch der von den Vertragsparteien jeweils in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Scheitern des Vertragsschlusses im Sinne des Art. 19 Abs. 1 und 3 CISG wegen eines Dissenses nur angenommen werden kann, wenn die Parteien die fehlende Willensübereinstimmung als wesentlich erachtet hätten (vgl. BGH NJW 2002, 672, 674).

Dies war indes nicht der Fall, wie sich unzweifelhaft aus der Durchführung der Verträge ergibt. Der teilweise Widerspruch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat vielmehr dazu geführt, dass die Erfüllungsort- und Gerichtsstandsklausel der Beklagten nicht in den Vertrag einbezogen worden ist. liegen nämlich – wie hier – kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen vor, so führt dies im Anwendungsbereich des CISG nach herrschender Meinung, der der Senat folgt, dazu, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vertragsparteien nur insoweit Vertragsbestandteil werden, als sie sich nicht widersprechen, während im Übrigen die gesetzlichen Regeln gelten (sogenannte Rechtsgültigkeitstheorie; vgl. Schlechtriem/*Slechtriem*, CISG, 3. Aufl., Art. 19 CISG Rn. 20; Staudinger/*Magnus*, BGB, Ergänzungsband CISG, 1999, Art. 19 CISG Rn. 23 m.w.Nachw.).

Im Ergebnis nichts anderes gilt im Übrigen auch, wenn man der Gegenmeinung folgt, nach der die zuletzt übersandten Geschäftsbedingungen Gültigkeit haben (sogenannte Theorie des letzten Wortes; zum Meinungsstand vgl. neben den vorgenannten Autoren auch BGH NJW 2002, 672, 674 f. m.w.Nachw.). Denn hier hat nach ihrer eigenen Darstellung die Beklagte als erste ihre Einkaufsbedingungen der Klägerin übersandt, denen die Klägerin in der Folgezeit durch die Übersendung der eine gegenteilige Erfüllungs- und Gerichtsstandsklausel enthaltenden Rechnungen jedenfalls in dem hier maßgebenden Punkt widersprochen hat. Spätestens mit Erhalt der ersten Rechnung der Klägerin konnte die Beklagte folglich nicht mehr davon ausgehen, dass die Klägerin mit der kollidierenden Gerichtsstandsklausel der Beklagten und damit ggf. mittelbar auch mit der Geltung deutschen Rechts einverstanden war.

bb.

Mangels einer von den Parteien nach Maßgabe des Art. 27 Abs. 1 EGBGB getroffenen Rechtswahl findet deshalb auf den vorliegenden Vertrag nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2 EGBGB das Recht des Staates Anwendung, in dem die Partei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihre Niederlassung hat.

Bei einem Kaufvertrag wird die charakteristische Leistung grundsätzlich von demjenigen erbracht, der die Kaufsache liefert (vgl. BGH NJW 1997, 2322; OLG Düsseldorf RIW 2001, 304;

Palandt/*Heldrich*, a.a.O., Art. 28 EGBGB Rn. 8 m.w.Nachw.). Da im vorliegenden Fall die Klägerin als Verkäuferin die Gummimanschetten an die Beklagte zu liefern hatte, und zwar von ihrem in Italien befindlichen Sitz aus, findet italienisches Recht Anwendung.

b.

Ob der Aufrechnungseinwand begründet ist, ist folglich anhand der Art. 1241 ff. Codice civile (Cc) zu beurteilen. Danach hängt die Zulässigkeit der Aufrechnung davon ab, ob die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung entweder nach Art. 1243 Abs. 1 Cc im Sinne einer Entscheidungsreife feststeht («liquidi») oder jedenfalls im Sinne des Art. 1243 Abs. 1 Cc leicht und schnell feststellbar ist («di facile e pronta liquidazione»). Beides ist hier jedoch zu verneinen.

36

Die erstgenannte Alternative scheidet in Anbetracht des Streits der Parteien um die Berechtigung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung aus. Ob es nämlich tatsächlich bei der Abwicklung des Kaufvertrages vom 17./23. November 1999 zu einer Lieferverzögerung gekommen ist, die die Beklagte nach Art. 74 ff. CISG in Verbindung mit Art. 25, 34 lit. a CISG zur Geltendmachung von Schadensersatz berechtigen könnte, hängt von der Klärung der zwischen den Parteien streitigen Frage ab, welche Vereinbarung sie bezüglich der Lieferzeit getroffen haben. Dieser Streit ist nicht entscheidungsreif; er bedarf vielmehr einer weiteren Sachaufklärung.

37

Dem von den Parteien zur Akte gereichten Schriftwechsel allein lässt sich eine Leistungszeitbestimmung zum 10. Dezember 1999, wie sie die Beklagte behauptet, nicht mit einer solchen Deutlichkeit entnehmen, dass ihre Behauptung als bewiesen angesehen werden könnte. Dies gilt namentlich in Bezug auf die zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen: Während nämlich in der Bestellung der Beklagten vom 17. November 1999 (Bl. 15, 16 GA) als Liefertermin die 49. Kalenderwoche des Jahres 1999 genannt wird, enthält die Auftragsbestätigung der Klägerin vom 23. November 1999 (Bl. 17 GA) als Lieferdatum den 17. Dezember 1999. Ist bei Abschluss des Kaufvertrages aber gerade kein Einverständnis bezüglich der Leistungszeit erzielt worden, so kann eine Lieferverzögerung nur vorliegen, wenn sich die Parteien in der Folgezeit auf eine Lieferung bis zum 10. Dezember 1999 verständigt haben. Eine derartige Einigung wird von der Beklagten behauptet, wobei sie zum einen auf den Schriftwechsel vom 1. Dezember 1999 (Bl. 18 GA) verweist. Diesem lässt sich eine vertragliche Vereinbarung der von der Beklagten behaupteten Art jedoch ebenfalls nicht mit hinreichender Eindeutigkeit entnehmen. In ihrem Telefaxschreiben vom 1. Dezember 1999 wies die Beklagte auf den angeblich vereinbarten Liefertermin vom 10. Dezember 1999 hin und bat zugleich darum, eine größere Teilmenge früher zu liefern. Darauf antwortete die Klägerin, dass in der betreffenden Woche Auslieferungen nur am 10. Dezember 1999 erfolgen werden. In dieser Erklärung kann – entgegen der Ansicht der Beklagten – keine verbindliche Zusage bezüglich des Liefertermins gesehen werden. Zumindest ebenso gut kann die Erklärung der Klägerin als ein bloß unverbindliches Entgegenkommen des Inhalts verstanden werden, sie werde sich darum bemühen, eine entsprechende Teilmenge bereits am 10. Dezember 1999 zur Auslieferung bereit zu halten.

38

Von entscheidender Bedeutung ist deshalb, ob – wie die Beklagte weiterhin geltend macht – zwischen den Parteien fernmündlich eine entsprechende Leistungszeitabrede getroffen worden ist. Hierzu behauptet die Beklagte, ihr Verkaufsleiter habe noch am 1. Dezember 1999 mit

39

einer Mitarbeiterin der Klägerin telefoniert und dabei mit ihr den Auslieferungstermin vom 10. Dezember 1999 verbindlich vereinbart. Diesen Vortrag stellt die Beklagte durch das Zeugnis ihres Verkaufsleiters, des Zeugen M[...] J[...] S[...] unter Beweis. Die Klägerin hingegen bestreitet eine solche Abrede und bietet für die Richtigkeit ihres Vortrags gegenbeweislich die Vernehmung ihrer Mitarbeiterin, der Zeugin P[...] B[...] an. Diesen Beweisangeboten wäre nachzugehen, so dass der Rechtsstreit derzeit nicht entscheidungsreif ist.

Aus den vorgenannten Gründen folgt zugleich, dass die Berechtigung der Gegenforderung auch nicht leicht und schnell feststellbar im Sinne des Art. 1243 Abs. 2 Cc ist. Denn es müsste bereits zum Grund des Anspruchs eine Beweisaufnahme durch die Vernehmung von zwei Zeugen erfolgen, wovon einer der Zeugen, nämlich die Zeugin B[...], in Italien lebt. Um eine Vernehmung der Zeugin sicher zu gewährleisten, bedürfte es eines Rechtshilfeersuchens an den italienischen Staat, um sie im Wege der Rechtshilfe durch einen beauftragten Richter bei dem zuständigen italienischen Gericht vernehmen zu lassen. Hinzukommt, dass im Falle eines für die Beklagte positiven Ausgangs dieser Beweisaufnahme auch zur Schadenshöhe eine weitere Sachaufklärung erfolgen müsste, und zwar nicht nur durch eine Ergänzung und Präzisierung des dazu bislang wenig substantiierten Vortrags, sondern auch durch die Erhebung weiteren Beweises.

40

III.

Der Zinsanspruch, auf den nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2 EGBGB ebenfalls italienisches Recht Anwendung findet, folgt aus Art. 1284 ff. Cc. Einwendungen zu dessen Höhe werden von der Beklagten nicht erhoben.

41

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

42

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Der Wert der Beschwer der Beklagten beträgt 12.409,64 €.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht vor.

Der Streitwert für das Verfahren wird auf 12.409,64 € festgesetzt.