

# OLG Rostock

## 3 U 205/02

(Vorinstanz: 3 O 316/97 LG Schwerin)

Laut Protokoll verkündet am:

27.10.2003

S.

Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

### URTEIL IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

**A. Agrar Recycling GmbH,**  
**- Bekl. und Berufungsklägerin -**

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt

**g e g e n**

**RS F. Holding B.V.,**

**- Kl. und Berufungsbeklagte -**

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt

hat der 3. *Zivilsenat* des OLG Rostock durch  
den Vorsitzenden Richter am OLG Eckert,  
die Richterin am LG Gombac und  
die Richterin am LG Feger  
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 06.10.2003

für **R e c h t** erkannt:

**Die Berufung der Bekl. gegen das am 27.11.2002 verkündete Schlussurteil des LG Schwerin -  
Az.: 3 O 316/97 - wird zurückgewiesen.**

**Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Bekl..**

**Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.**

**Die Bekl. darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i. H. v. 110 % des auf Grund des  
Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kl. vor der Vollstreckung  
Sicherheit in gleicher Höhe leistet.**

**Die Revision wird zugelassen.**

**Streitwert der Berufung: 61.087,78 €**

**Gründe:**

**I.**

Nachdem die Kl. erstinstanzlich gegen die Bekl. einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung für die Lieferung eines LKW-Aufliegers der Marke E., eines dreiachsigen Tankaufliegers mit Pumpe sowie das Entgelt für Zusatzleistungen (Beschriftung etc.) in Höhe von 67.729,81 € (132.468,00 DM) geltend gemacht hatte, streiten die Parteien in der Berufung noch über die Zahlung des Kaufpreises für den dreiachsigen Tankauflieger mit Pumpe und das Entgelt für die Zusatzleistungen in Höhe von insgesamt 61.087,78 € (119.477,32 DM).

Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Schlussurteils verwiesen, der wie folgt zu ergänzen ist:

Die Bekl. hat behauptet, die Kl. habe ihr die beiden Fahrzeuge im Hinblick auf die beabsichtigte Firmengründung beider Unternehmen zur Verfügung gestellt. Die Fahrzeuge seien nicht nur für sie im Einsatz gewesen, sondern im gleichen Umfang für die S.-H. GmbH P., deren Mehrheitseigner der Geschäftsführer der Kl. gewesen sei. Erst im August 1993 habe die geschäftliche Tätigkeit der S.-H. P. geendet und sie habe erst zu diesem Zeitpunkt die Fahrzeuge ausschließlich selbst eingesetzt.

Mit Schlussurteil vom 27.11.2002 verurteilte das LG Schwerin die Bekl., an die Kl. 61.087,78 € (119.477,32 DM) nebst 10% Zinsen seit dem 25.07.1995 zu zahlen und wies die Klage im Übrigen ab.

Zur Begründung führte es aus, die Kl. habe durch Vorlage des Handelsregisterauszuges sowie durch Vernehmung des Zeugen V. in der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2002 nachgewiesen, Rechtsnachfolgerin der früheren Kl. S. F. BV zu sein. Desweiteren sei durch die Aussage des Zeugen V. der Nachweis erbracht, dass die Kl. mit der Bekl. einen Kaufvertrag über den Tankauflieger mit Pumpe sowie über die Zusatzleistungen zum Einkaufspreis in Höhe von 119.477,32 DM brutto abgeschlossen habe. Die Kl. habe die Zusatzleistungen am M.-Lkw der Bekl. erbracht. Die Bekl. sei mit ihren Mängelrügen ausgeschlossen, da sie diese nicht unverzüglich nach § 377 HGB gerügt habe. Von einer Kontokorrentvereinbarung der Parteien sei nicht auszugehen, da die Bekl. hierzu keine konkreten und widerspruchsfreien Angaben gemacht habe. Schließlich habe die Bekl. auch eine sonstige Verrechnung nicht nachgewiesen.

Gegen das ihr am 29.11.2002 zugestellte Schlussurteil des LG Schwerin legte die Bekl. mit am 30.12.2002 eingelegten Schriftsatz Berufung ein. Auf ihren am 29.01.2003 eingegangenen Antrag wurde die Frist zur Begründung der Berufung um einen Monat verlängert. Die Bekl. begründete mit am 28.02.2003 beim OLG eingegangenen Schriftsatz ihre Berufung.

Die Bekl. trägt zur Begründung ihres Rechtsmittels vor, die jetzige Kl. habe ihre Rechtsnachfolge nicht nachgewiesen. Das Gericht habe den Zeugen V. in der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2002 zu diesem Beweisthema nicht vernehmen dürfen, da ein entsprechendes Beweisangebot der Kl. nicht vorgelegen habe. Sie, die Bekl., habe im übrigen zu dem durch die Kl. nachträglich vorgelegten Handelsregisterauszug nicht Stellung nehmen können. Es sei auch zweifelhaft, ob der als Zeuge vernommene Herr V. nicht Partei sei, da er laut Handelsregistereintrag zur Wahrung und Abwicklung von Geschäften, die die ehemalige Gesellschaft mit beschränkter Haftung des

niederländischen Rechts S. F. BV und S. B. BV betreffen, bevollmächtigt sei. Schließlich habe der Zeuge V. in seiner Aussage selbst eingeräumt, den Fusionsvertrag nicht zu kennen.

Die Beweiswürdigung des LG sei fehlerhaft. Es habe die Widersprüchlichkeiten in den Aussagen des Zeugen V. vom 06.11.2002 und vom 16.04.1997 nicht berücksichtigt. Zudem hätten auch Gespräche der Parteien in H. stattgefunden, in denen nicht das bestätigt worden sei, was der Zeuge V. angegeben habe.

Schließlich habe ein Kontokorrentverhältnis zwischen der ehemaligen Kl. und ihr, der Bekl., bestanden. Dafür spreche, dass die Kl. unter dem 16.07. und 28.07.1993 DM 10.000,00 und DM 40.000,00 mit dem Vermerk „Kontokorrent“ gezahlt habe. Zudem habe der Zeuge V. selbst in einem Schreiben im Auftrag der Bekl. vom 03.01.1995 an ihren Steuerberater das Kontokorrentverhältnis bestätigt. Es sei nicht ihre Aufgabe, eine Ausgleichsforderung zu belegen, sondern Aufgabe der Kl., ein offen stehendes Kontokorrent vorzutragen.

Die Bekl. beantragt,

unter Abänderung des am 27.11.2002 verkündeten Schlussurteils des LG Schwerin die Klage der Berufungsbeklagten abzuweisen, hilfsweise Befugung.

Die Kl. beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vertrages verteidigt sie das landgerichtliche Urteil.

Auf die Auflage des *Senats* vom 06.03.2003 legte die Kl. die entsprechenden Fusionsurkunden vom 29.05.2002, 30.05.2002 und 31.05.2002 zur Rechtsnachfolge vor.

## **II.**

Die zulässige Berufung der Bekl. ist unbegründet.

Der Kl. steht gegen die Bekl. ein fälliger Kaufpreisanspruch in Höhe von 61.087,78 € (119.477,32 DM) gem. ihrer vertraglichen Vereinbarung in Verbindung mit Artikel 53, 62 UN-Kaufrecht (im folgendem: CISG) zu.

### **1.**

Die Kl. ist Rechtsnachfolgerin der Firma S. F. BV.

Der Bekl. ist zwar zuzugeben, dass die Kl. in der ersten Instanz den Nachweis ihrer Rechtsnachfolge allein durch die Vorlage des Handelsregisterauszuges und durch die Vernehmung des Zeugen V. - unabhängig davon, ob ein entsprechender Beweisantrag der Kl. vorlag und das rechtliche Gehör in ausreichendem Maße gewährt wurde - noch nicht in vollem Umfange erbracht hatte.

Unbeschadet der Versäumnisse in der ersten Instanz hat die Kl. in der Berufungsinstanz die Fusionsurkunden sowohl im Originaltext als auch in deutscher Übersetzung vorgelegt. Aus den Urkunden ergibt sich die lückenlose Rechtsnachfolge der Kl., die in alle Rechte und Pflichten der früheren Kl. S. F. BV eingetreten ist.

Mit Fusionsurkunde vom 29.05.2002 übernahm die Firma S. B. BV die frühere Kl.. Anschließend übernahm mit Urkunde vom 30.05.2002 die Firma J. S. Holding BV die Firma S. B. BV und schließlich übernahm mit Urkunde vom 31.05.2002 die jetzige Kl. die Firma J. S. Holding BV. In Artikel 4 der jeweiligen Fusionsurkunden ist geregelt, dass die übernehmende Gesellschaft auf dem Wege der Gesamtnachfolge das Vermögen der sich auflösenden Gesellschaft erhält. Die Fusion ist im Handelsregister eingetragen.

### **2.**

Der Kl. steht ein Kaufpreisanspruch in Höhe von 61.087,78 € aus der vertraglichen Vereinbarung in Verbindung mit Artikel 51, 62 CISG zu.

**a)**

Das UN-Kaufrecht ist vorliegend anwendbar.

Gem. Artikel 1 a CISG ist das Übereinkommen auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind.

Die Kl. hat ihre Niederlassung in den Niederlanden. Das CISG ist in den Niederlanden mit Ratifizierung vom 13.12.1990 ab 01.01.1992 in Kraft getreten.

Die Bekl. hat ihre Niederlassung in der Bundesrepublik Deutschland. Das CISG ist in der Bundesrepublik Deutschland mit Ratifizierung vom 21.12.1989 am 01.01.1991 in Kraft getreten.

**b)**

Das LG hat zu Recht festgestellt, dass die Kl. die Bekl. aus einem zwischen den Parteien zustande gekommenen Kaufvertrag auf Zahlung in Anspruch nehmen kann.

Gem. Artikel 53 CISG ist der Käufer nach Maßgabe des Vertrages und des Übereinkommens verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Entsprechend kann der Verkäufer gem. Artikel 62 CISG vom Käufer verlangen, dass er den Kaufpreis zahlt. Dabei braucht nach Artikel 11 CISG der Kaufvertrag nicht schriftlich geschlossen oder nachgewiesen zu werden. Er kann auf jede Weise bewiesen werden, auch durch Zeugen.

Vorliegend hat das LG Schwerin den Kaufvertrag durch die Aussage des Zeugen V. als bewiesen erachtet. Die Beweiswürdigung des LG lässt keine Rechtsfehler erkennen. Es liegen auch keine konkreten Anhaltspunkte vor, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung des LG begründen.

**aa)**

Gem. § 529 I Nr. 1 ZPO n. F. hat das BerGer. seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Damit ist die Beweiswürdigung der ersten Instanz nur beschränkt nachprüfbar (Ball, Die Berufung nach dem ZPO-Reformgesetz, ZGS 2003, 49). Erschöpft sich die Berufung in einem Angriff auf die Beweiswürdigung, so muss sie schlüssig konkrete Anhaltspunkte aufzeigen, die Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen begründen, die also solche Zweifel an den erhobenen Beweisen aufdrängen, das ein Neueinstieg in die Beweisaufnahme sich aufdrängt (OLG Dresden, Beschluss vom 13.09.2002, NJW-RR 2003, 210 f.).

Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des *BVerfG* vom 12.06.2003 (NJW 2003, 2524), wonach sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit entscheidungserheblicher Feststellungen schon aus der Möglichkeit einer unterschiedlichen Wertung ergeben können. Das *BVerfG* verweist hierbei auf die Kommentarstelle bei Zöller/Gummer (Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., § 529 Rn. 4ff). Diese Kommentarstelle lehnt sich aber an die ständige Rechtsprechung des *BGH* zum früheren Prozessrecht an, dass eine erneute Vernehmung eines Zeugen geboten ist, wenn das BerGer. dessen Bekundungen eine andere Tragweite oder ein anderes Gewicht beilegen will als das erstinstanzliche Gericht (*BGH*, Urteil vom 10.03.1998, NJW 1998, 2222f). An der in diesem Fall gebotenen Wiederholung der Beweisaufnahme hat sich auch

nach der Reform des Zivilprozessrechtes nichts geändert. Eine darüberhinausgehende Erweiterung ist nach dem Gesetzeswortlaut des § 529 I Nr. 1 ZPO n. F. und dem Sinn und Zweck der Reform der Zivilprozessordnung aber abzulehnen. Gesetzgeberisches Ziel war die Stärkung der ersten Instanz (Schumann/Kramer, Die Berufung in Zivilsachen, 6. Aufl., Rn. 441). Die Berufungsinstanz sollte nicht mehr vollwertige zweite Tatsacheninstanz sein, sondern der Fehlerkontrolle und -beseitigung dienen (Zöller/Gummer, a.a.O., § 529 Rn. 1; Baumbach/Albers, Kommentar zur ZPO, 61. Aufl., § 529 Rn. 1; Ball, a.a.O.). Dieses Ziel lässt sich nur dann verwirklichen, wenn das BerGer. grundsätzlich an eine rechtsfehlerfrei getroffene Feststellung des Erstgerichts gebunden ist und nur bei konkreten Anhaltspunkten, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung begründen, eine erneute Beweisaufnahme durchführt. Solche Zweifel liegen nicht bereits dann vor, wenn es nur möglich erscheint, sondern erst, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird (vgl. auch Begründung des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 14/6036, S. 159; Greger NJW 2003, 2882).

**bb)**

Das LG durfte Herrn Vogelaar als Zeugen vernehmen.

Im Prozess kann Zeuge sein, wer zurzeit seiner Einvernahme nicht als Partei zu vernehmen ist, also jede natürliche Person mit Ausnahme der prozessfähigen Partei selbst, des gesetzlichen Vertreters der prozessunfähigen Partei und der gesetzlichen Vertretungsorgane der parteifähigen juristischen Person und Personenmehrheit (Zöller/Greger, Kommentar zur ZPO, 23 Auflage, § 373 Rdnr. 4). Es kommt auf die gesetzlichen Vertretungsverhältnisse an.

Der Zeuge V. war weder bei seiner Vernehmung am 16.04.1997 noch bei seiner Vernehmung am 06.11.2002 als Geschäftsführer gesetzlicher Vertreter der früheren bzw. jetzigen Kl.. Er handelte lediglich als durch den Geschäftsführer bevollmächtigter Prokurist. Auch der Handelsregisterauszug führt ihn lediglich als „Bevollmächtigten“ hinsichtlich der Wahrung und Abwicklung von Geschäften, die die ehemaligen Gesellschaften mit beschränkter Haftung des niederländischen Rechts S. F. BV und S. B. BV betreffen, auf. Der gewillkürte Vertreter kann als Zeuge vernommen werden.

**cc)**

Das LG hat bei seiner Beweiswürdigung die Stellung des Zeugen V. berücksichtigt. Es ist der Zeugenaussage aber im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung in nicht zu beanstandender Weise gefolgt, da der Zeuge detaillierte Angaben zu den damaligen Vereinbarungen gemacht und auch Wissenslücken zugegeben habe, auch wenn diese für die Kl. nachteilig gewesen seien.

**dd)**

Widersprüche in der Aussage des Zeugen V. in der mündlichen Verhandlung vom 06.11.2002 zu seiner früheren Aussage in der mündlichen Verhandlung vom 16.04.1997 vermag der Senat nicht festzustellen.

Der Zeuge hat im Einklang mit seiner Aussage am 06.11.2002 bereits in seiner früheren Vernehmung bekundet, dass Herr S. das Fahrzeug in Holland bestellt und es anschließend zum selben Preis an die Bekl. weiter verkauft habe. Seine weitere Angabe, Herr S. und Herr T. hätten eine GmbH gründen wollen und den Aufflieger hierzu benötigt, schließt den Abschluss eines Kaufvertrages nicht aus. Vielmehr erklärt sich daraus, warum die Kl. den Tankaufflieger - ohne Gewinn - an die Bekl. zum Einkaufspreis weiter veräußerte.

**ee)**

Soweit die Bekl. behauptet hat, auch die S.-H. GmbH Perleberg hätte den Tankauflieger in gleichen Umfang genutzt wie sie, berührt dies nicht ihre kaufvertragliche Beziehung zur Kl., sondern stellt eine Nutzungsabrede im Verhältnis der Bekl. zur Firma S.-H. GmbH P. dar. Zumal sie selbst eingeräumt hat, nach Beendigung der Geschäftstätigkeit der S.-H. GmbH im August 1993 das Fahrzeug ausschließlich selbst genutzt zu haben. Dem Beweisangebot der Bekl. auf Vernehmung des Geschäftsführers der S.-H. GmbH Herrn M. L. zur Frage der Nutzung des Tankaufliegers ist nicht nachzugehen. Hierauf kommt es nach dem oben Ausgeführten nicht an.

**ff)**

Die Behauptung der Bekl., es hätten auch Gespräche an ihrem Sitz in Hagenow stattgefunden, in denen nicht das festgelegt oder bestätigt worden sei, was der Zeuge V. angegeben habe, ist unsubstantiiert. Die Bekl. trägt nicht vor, wann, mit wem und mit welchem konkreten Inhalt die Gespräche geführt wurden.

**c)**

Das LG hat im Ergebnis zu Recht eine Kontokorrentvereinbarung als nicht vorliegend erachtet.

Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagtenvertreters hat die Bekl. als sich darauf Berufende zunächst substantiiert darzulegen und zu beweisen, dass eine Kontokorrentvereinbarung zu Stande gekommen ist. Dies ist ihr nicht gelungen.

Sowohl die Kontoauszüge mit Zahlungen der Kl. in Höhe von 10.000,00 DM am 16.07.1993 und in Höhe von 40.000,00 DM am 28.07.1993 unter dem Verwendungszweck „Kontokorrent“ als auch das vom Zeugen V. unterzeichnete Schreiben vom 03.01.1995 sind zum Nachweis einer Kontokorrentvereinbarung nicht ausreichend. Sämtliche Unterlagen beziehen sich auf den Zeitraum ab 1993, währenddessen die Parteien den streitgegenständlichen Kaufvertrag bereits 1992 abgeschlossen haben. Während dieses Zeitraumes hat die Bekl. unstrittig die Rechnung der Kl. über den Auflieger ESVE vom 15.07.1992 gesondert bezahlt. In diesem Zusammenhang hat sie selbst eingeräumt, einzelne Lieferungen im einzelnen bezahlt zu haben.

Eine sonstige Verrechnung der Kaufpreisforderung hat die Bekl. nicht substantiiert dargelegt. Spätestens mit der Übergabe der Buchungsunterlagen auf Grund des Teilanerkennnisurteils des LG Schwerin vom 15.03.2000 war ihr eine genügende Substantiierung ihres Erfüllungseinwandes möglich.

**d)**

Die Kl. hat durch die Vernehmung des Zeugen V. nachgewiesen, dass eine Vereinbarung zur Höhe insoweit erfolgt ist, dass die Bekl. den Einkaufspreis zahlen sollte. Die Kl. hat den Tankauflieger von der Firma MS T. zu einem Preis von 114.352,50 HFL angekauft. Hinzu kommen die Zusatzleistungen gem. Rechnung der Kl. vom 22.10.1992 in Höhe von 21.929,28 HFL netto. Das LG Schwerin hat in seiner Beweiswürdigung ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Kl. auch diese Kosten für das Zusatzbehör des M. LKW aufwenden musste. Nach dem von den Parteien nicht beanstandeten Umrechnungskurs von 1 HFL = 1,13 DM ergibt sich die austenorierte Höhe des klägerischen Zahlungsanspruches.

**3.**

Der Kaufpreis war nach Übergabe des Tankaufliegers 1992 gem. Artikel 58 CISG fällig.

**4.**

Die Bekl. ist mit ihren Mängelrügen ausgeschlossen.

Gemäß Artikel 39 I CISG verliert der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet. Nach Artikel 38 I CISG hat der Verkäufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie sie die Umstände erlauben. Dies hat die Bekl. versäumt.

**5.**

Der Zinsanspruch der Kl. ergibt sich aus Artikel 78 CISG.

**III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Bekl. war kein Vollstreckungsschutz zu gewähren, da sie die Voraussetzungen des § 712 ZPO weder dargelegt noch glaubhaft gemacht hat.

Der *Senat* lässt gem. § 543 II ZPO die Revision zu. Die Rechtsfrage des Umfangs der Nachprüfung der tatrichterlichen Feststellungen durch das BerGer. gem. § 529 I Nr. 1 ZPO n.F. ist von grundsätzlicher Bedeutung und bedarf der Klärung durch den *BGH*.

Eckert Gombac Feger