

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 13/78

URTEIL

Verkündet am

11. November 1979

Zug,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Theo H., L.-straße , G.,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

1. den Konkursverwalter über das Vermögen der Gebrüder M. Kommanditgesellschaft, B., Rechtsanwalt Ludger W., H.-straße , B.-B.,
2. die Gemeinschuldnerin, die Firma Gebrüder M. KG, L.-Straße , B., vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Günther Martin B.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter
des Beklagten zu 1): Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff. Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Piper

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 3. November 1977 aufgehoben, soweit das Verfahren gegen den Konkursverwalter, gegen den der Antrag auf Feststellung der Forderung zur Konkurstabelle verfolgt wird, aufgenommen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils gegen die Beklagte zu 2 (Gemeinschuldnerin) wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

13

- 3 -

Tatbestand

Das Fuhrunternehmen Theo H. in G. führte bis zum Jahr 1972 Sand- und Kiestransporte für die Firma G. im Güternahverkehr durch. Sodann erhielt die Beklagte zu 2 entsprechende Folgeaufträge der Firma G., die die Beklagte zu 2 der Firma H. in dem etwa den früheren Aufträgen der Firma G. entsprechenden Umfang zur Ausführung übertrug. Hierüber erteilte die Firma H. der Beklagten zu 2 in der Zeit vom 3. Juni 1972 bis 31. Dezember 1973 Rechnungen im Gesamtbetrag von 413.928,19 DM.

Anfang 1974 stellte die Straßenverkehrsgemeinschaft N. als zuständige Tarifstelle bei einer Kontrolle fest, daß der Firma H. für den genannten Zeitraum nach den Tarifen weitere 198.607,80 DM zustünden.

Diesen Betrag hat der frühere Kläger Hilt aus abgetretenem Recht mit einem am 31. Dezember 1974 bei Gericht eingegangenen und am 9. Januar 1975 erlassenen Zahlungsbefehl gegen die Beklagte zu 2 geltend gemacht.

Die Beklagte zu 2 hat sich auf Verjährung berufen und ferner behauptet, die Ehefrau des Klägers habe händeringend gebeten, ihr Aufträge um jeden Preis zu erteilen.

Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 24. Juli 1975 stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte zu 2 neu vorgebracht, die Abtretung der Frachtansprüche an H. sei nach Ziffer 8 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ausgeschlossen und daher unwirksam gewesen.



In der mündlichen Verhandlung vom 10. März 1977 hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers Hi■■ einen Schriftsatz vom 10. März 1977 überreicht, "mit dem er als neuen Kläger in dem Prozeß den Zedenten Theo H■■ einführt"; in dem Schriftsatz ist ausgeführt, im ausdrücklichen Einverständnis mit dem Kläger ändere er die Klage insoweit, daß nunmehr der Zedent anstelle des Klägers Hi■■ als Kläger auftrete.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit einem am 20. Januar 1978 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag hat der Kläger Revision eingelegt.

Durch Beschluß vom 28. Dezember 1977 ist die Sequestration des Vermögens der Schuldnerin (der Beklagten zu 2) und das allgemeine Veräußerungsverbot des § 106 KO angeordnet worden; durch Beschluß vom 1. April 1978 ist das Konkursverfahren eröffnet worden.

Mit Schriftsatz vom 6. September 1978 hat der Kläger das Verfahren nach § 146 Abs. 3 KO gegen den Konkursverwalter und nach § 144 Abs. 2 KO gegen die Gemeinschuldnerin aufgenommen mit dem Antrag 1) das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist, 2) die Forderung des Klägers in Höhe von 198.607,80 DM nebst Zinsen zur Konkurstabelle festzustellen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 1979 war nur der Beklagte zu 1 vertreten, für die Beklagte zu 2 war niemand erschienen. Der Kläger verlas die angekündigten Anträge und beantragte gegen die Beklagte zu 2 durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Der Beklagte zu 1 beantragte, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Der gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Antrag war zurückzuweisen, weil der Kläger insoweit das Verfahren nicht wirksam aufgenommen hat, das Verfahren demnach in diesem Umfang noch unterbrochen ist.

Auch in der Revisionsinstanz kann das unterbrochene Verfahren aufgenommen und der Klageantrag der veränderten Sachlage angepaßt werden (BGH WM 65, 626). Es ist ferner zulässig, das Verfahren sowohl gegen den Konkursverwalter als auch gegen den Gemeinschuldner aufzunehmen und damit denselben Rechtsstreit unter verschiedenen Parteien zu verhandeln: einmal gegen den Konkursverwalter auf Feststellung der Forderung zur Konkurstabelle und zum anderen auf Feststellung der Forderung oder auf Zahlung nach Beendigung des Konkurses gegen den Gemeinschuldner (vgl. RGZ 13, 315). Es handelt sich demnach bei diesem Verfahren in Wirklichkeit um zwei miteinander verbundene Klagen mit verschiedenen Ansprüchen (vgl. RGZ 24, 405, 408). Konkursverwalter und Gemeinschuldner sind einfache Streitgenossen; es können daher auch widersprechende Entscheidungen ergehen (RGZ 13, 315; 24, 405; RG JW 95, 266 Nr. 15, Jäger, 8. Aufl., Rdn. 3 zu § 144 KO).

Die Anträge sind nach der durch die Eröffnung des Konkurses veränderten Sachlage dahin anzupassen, daß der Antrag gegen den Konkursverwalter auf Feststellung der Forderung zur Konkurstabelle, gegen die Gemeinschuldnerin auf Zahlung mit der Einschränkung gerichtet ist, daß die Zwangsvollstreckung erst nach Beendigung des Konkurses beginnen dürfe (vgl. RGZ 29, 73, 76).

Im Streitfall hat der Kläger das Verfahren gegen die Beklagte zu 2 - Gemeinschuldnerin - nicht wirksam aufgenommen. Der Aufnahmeschriftsatz vom 6. September 1978 ist nur dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu 2 im Berufungsrechtszug zugestellt worden. Diese Zustellung konnte aber keine wirksame Aufnahme herbeiführen, weil die von der Beklagten zu 2 erteilte Prozeßvollmacht mit der Eröffnung des Konkurses erloschen war (RGZ 118, 158, 160; BGH LM Nr. 5 zu § 250 ZPO) und nicht vorgetragen ist, daß die Gemeinschuldnerin nach Konkurseröffnung erneut Prozeßvollmacht erteilt hat.

II. Hinsichtlich des Beklagten zu 1 hat der Kläger das Verfahren wirksam aufgenommen mit dem - wie bereits dargelegt - der Sachlage angepaßten Antrag, die Forderung zur Konkurs-tabelle festzustellen.

Das Berufungsgericht hat angenommen, der Anspruch des Klägers sei verjährt. Die letzten Forderungen aus dem Jahre 1973 seien mit dem 31. Dezember 1975 verjährt gewesen. Bei der frühestens mit dem 10. März 1977 anzusetzenden Geltendmachung durch den Kläger (H■■■■) sei hinsichtlich aller Ansprüche die Zweijahresfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 3 BGB verstrichen gewesen.

Durch Zustellung des vom früheren Kläger Hi■■■ beantragten, am 30. Dezember 1974 bei Gericht eingegangenen, am 9. Januar 1975 erlassenen und am 13. Januar 1975 der Beklagten zu 2 zugestellten Zahlungsbefehls sei die Verjährung nicht unterbrochen worden. Denn der Kläger Hi■■■ sei zu keiner Zeit berechtigt gewesen, die Forderung geltend zu machen; eine Abtretung der Klageansprüche sei durch den Schlußsatz in Ziffer 8 der AGB der Beklagten ausgeschlossen gewesen. Diese

Bedingungen seien Bestandteil der einzelnen zwischen der Beklagten zu 2 und dem Inhaber des Fuhrunternehmens zustandekommenen Beförderungsverträge geworden. Es komme nicht darauf an, ob die Eheleute H. die Lieferungsvereinbarung vom 25. Januar 1972 unterschrieben hätten. Unstreitig hätten sie die Zweitschrift dieses Schriftstücks erhalten; dort heiße es - aufgedruckt am unteren Rand des Geschäftsbriefbogens - "Grundlage jeder Geschäftsbeziehung sind die umseitigen Bedingungen". Damit habe die Beklagte zu 2 eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie Fuhraufträge nur unter Zugrundelegung ihrer AGB vergeben wolle. Indem der Inhaber des Unternehmens H. dann entsprechende Einzelaufträge entgegengenommen und ausgeführt habe, habe er sich stillschweigend den AGB als Vertragsinhalt unterworfen.

Das Vorbringen der Beklagten über die AGB habe schließlich auch nicht wegen Verspätung außer Betracht zu bleiben. Bei prozeßleitender Ladung und Beiziehung aller Unterlagen hätte, wie sich später herausgestellt habe, eine Klärung dieses Punkts im ersten Termin erzielt werden können.

II. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Der Revision kann allerdings nicht gefolgt werden, soweit sie die Auffassung vertritt, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten zur Vereinbarung ihrer AGB nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO a.F. nicht zulassen dürfen. Denn die Zulassung verspäteten Vorbringens durch das Berufungsgericht kann nicht mit der Revision angefochten werden (BGH LM Nr. 36 zu § 529 m.w.N.); diese Beschränkung beruht auf der Erwägung,

daß es nicht prozeßwirtschaftlich wäre, bereits geprüftes und für begründet erachtetes Vorbringen nachträglich auszuschließen, weil dadurch der Zweck des § 529 - Beschleunigung des Verfahrens - ins Gegenteil verkehrt würde.

2. Dem Berufungsgericht kann jedoch insoweit nicht gefolgt werden, als es annimmt, die AGB der Beklagten seien Inhalt der Lieferungsvereinbarung vom 25. Januar 1972 geworden. Maßgeblich für das Berufungsgericht ist der Aufdruck am unteren Rand des Geschäftsbogens: "Grundlage jeder Geschäftsbeziehung sind die umseitigen Bedingungen"; auf der Rückseite sind die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma M■■■■■ KG" abgedruckt, die folgende Punkte behandeln: 1) Neben diesen AGB gelten andere AGB für Transportbeton und wieder andere für Sand und Kies; die folgenden Ziffern sagen etwas über 2) Angebote, Auftragserteilungen, 3) Lieferfrist, 4) Preisstellung, 5) Versand, 6) Maschinen-Geräte-Apparatepapier, 7) Rechnungen, 8) Zahlung, 9) Gewährleistung, 10) Erfüllungsort und Gerichtsstand. Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß der Aufdruck auf der Vorderseite des Geschäftsbogens ohne weiteres die AGB in jede Vereinbarung, die auf diesem Bogen niedergelegt ist, einbezieht. Diese Auffassung geht zu weit. Für den Geschäftspartner des Verwenders von AGB muß klar und eindeutig erkennbar sein, daß für das konkrete Geschäft neben dem ausdrücklich Vereinbarten auch dessen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten sollen, bei Vorhandensein mehrerer verschiedener Geschäftsbedingungen, welche Geschäftsbedingungen maßgebend sein sollen. Diese Erkennbarkeit ist im Streitfall zu verneinen.

Die Geschäftsbeziehungen der Parteien wurden durch Verhandlungen eröffnet, die in der "Lieferungsvereinbarung" vom 25. Januar 1972 wie folgt bestätigt wurden:

"Wir beziehen uns auf den freundlichen Besuch Ihrer Frau H. in unserem Hause und bestätigen, daß wir Ihnen für das Jahr 1972 die Belieferung des Raumes F., E. und S. übertragen haben. Die Belieferung der Firma G., P. und N. & F. sowie die noch durch uns aufzugebenden Firmen wird durch Sie sichergestellt. Ferner wurde mit Ihnen vereinbart, daß bei Firmen, die uns durch Sie vermittelt werden, die Belieferung von Ihnen übernommen wird. Die Abrechnung erfolgt durch uns. Eine Provision hierfür wird jeweils vereinbart.

Die Abrechnung erfolgt zu den Ihnen bekannten Frachtsätzen. Sollten gesetzliche Frachtkosten-erhöhungen in Kraft treten, erhalten Sie die Aufschläge.

Diese Regelung gilt auch für das Jahr 1973, jedoch muß sie im Dezember 1972 unsererseits erneut bestätigt werden. Wir bitten, die Zweitschrift dieses Schreibens mit Ihrer Unterschrift versehen an uns zurückzusenden.

....."

Vorstehende Vereinbarung
wird hiermit anerkannt:

.....

Ob dieses geforderte Anerkenntnis erteilt worden ist, hat das Berufungsgericht offen gelassen; der Kläger hat dies bestritten, die Beklagte zu 2 hat das angeblich unterzeichnete Zweitstück nicht vorgelegt.

Im Streitfall kann auch unentschieden bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bitte um Gegenbestätigung dazu führen kann, daß die Bestätigung bei fehlender Gegenbestätigung unwirksam ist und nur das mündlich Verhandelte gilt (vgl. BGH LM Nr. 6 zu § 154 BGB).

Es kann weiter davon ausgegangen werden, daß die o.a. "Lieferungsvereinbarung" in dem dort vereinbarten Umfang auch für die Geschäfte maßgeblich ist, für die mit der Klage die Nachzahlung von Fracht verlangt wird.

Die Vereinbarung hat zunächst in dem niedergeschriebenen Umfang die Vermutung der Vollständigkeit für sich (vgl. BGHZ 67, 378, 381); im Streitfall spricht gegen die Einbeziehung der am unteren Rand des Geschäftsbogens erwähnten AGB zunächst der Umstand, daß die Gegenbestätigung lautet: "Vorstehende Vereinbarung wird hiermit anerkannt" und damit auf den darüber stehenden geschriebenen Text verwiesen wird. Es ist ferner nicht vorgetragen worden, daß im Geschäftsverkehr mit Unternehmern im Güternahverkehr die Verwendung von AGB der hier in Betracht kommenden Art üblich sei und der Güternahverkehrsunternehmer mit solchen AGB rechnen müsse; vielmehr sind von den Spitzenverbänden der Verlader und des Güternahverkehrs unter Federführung des Deutschen Industrie- und Handelstages die "Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den gewerblichen Güternahverkehr mit Kraftfahrzeugen (AGNB v. 1.1.56) ausgearbeitet worden (vgl. dazu Helm in Großkomm. z. HGB, 3. Aufl. Anhang V nach § 452 HGB - Anm. 1 zu § 1 AGNB), die den Auftraggebern wie den Frachtunternehmern als AGB zur Verfügung stehen; so hat auch die Beklagte zu 2 im Rechtsstreit die Fotokopie einer "Vereinbarung" mit dem Kläger vorgelegt, die die AGNB in den Vertrag einbezieht.

Gegen eine Einbeziehung der AGB der Beklagten in die Vereinbarung spricht ferner, daß die auf der Rückseite des Formulars abgedruckten AGB nach ihrem Inhalt nicht auf Transportverträge im Güternahverkehr passen. Alles, was dort über Angebote, Auftragserteilungen, Lieferfrist, Preisstellung, Versand, Maschinen-Geräte-Apparatepapiere, Rechnungen und Gewährleistung gesagt ist, betrifft andersartige Geschäftsvorgänge; das gilt auch für Rechnungen und Zahlungen, die hier im übrigen in der Vereinbarung selbst und in einer Ergänzung besonders geregelt sind. Bei dieser Sachlage brauchte der Kläger nicht anzunehmen, daß der letzte Satz der Ziffer 8 der AGB der Beklagten: "Abtretungen sind ohne unsere schriftliche Zustimmung ausgeschlossen" für die von ihm geschlossene Vereinbarung gelten sollte. Die Beklagte hätte, wenn sie das Abtretungsverbot in die Vereinbarung einbeziehen wollte, darauf besonders und unmißverständlich hinweisen müssen. Das hat sie nicht getan; die damit bestehenden Unklarheiten gehen zu ihren Lasten (BGHZ 62, 83, 89 st.R.).

Deshalb sind die auf der Rückseite der "Lieferungsvereinbarung" vom 25. Januar 1972 abgedruckten AGB der Beklagten zu 2, die das Abtretungsverbot enthalten, nicht Bestandteil des Vertrages geworden. Durch Einreichung des Zahlungsbefehlsantrages des Zessionars Hi■■■■ ist daher die allgemeine Verjährungsfrist wirksam unterbrochen worden.

3. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die geltend gemachten Ansprüche überhaupt entstanden seien und ob nicht nach den AGB oder auf der Grundlage des in Fotokopie vorgelegten Schriftstücks mit Datum vom 6. März 1972 (so

Berufungsgericht), die Verjährung noch früher eingetreten sein könne. Das Revisionsgericht kann darüber nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht über den Zeitpunkt und die Umstände keine Feststellungen getroffen hat - im Schriftsatz der Beklagten vom 1. August 1977 ist ausgeführt, eine ausdrückliche Vereinbarung der AGNB liege nicht vor, sie seien aber in der fraglichen Zeit vom 3. Juni 1972 - 31. Dezember 1973 im Raum K-B einschließlich G örtlicher Handelsbrauch gewesen.

III. 1. Das Berufungsurteil war demnach aufzuheben soweit das Verfahren gegen den Konkursverwalter aufgenommen worden ist mit dem Antrag, die Forderung zur Konkurstabelle festzustellen; insoweit war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Soweit es auf die Frage ankommen sollte, ob und wann ein örtlicher Handelsbrauch der AGNB anzunehmen ist, wird auf die Senatsentscheidung vom 1. März 1974 (I ZR 132/72 = LM Nr. 14 zu GNT Blatt 3 unter b) Bezug genommen. Falls die Beklagte auf den Arglisteinwand zurückkommen sollte, wird auf die zur Veröffentlichung bestimmte Entscheidung vom 22. Juni 1979 - I ZR 98/77 m.w.N. verwiesen.

2. Die Kostenentscheidung war auch bezüglich des ausgeschiedenen Klägers Hi aufzuheben.

Der Klägerwechsel ist nach feststehender Rechtsprechung auch im zweiten Rechtszug Klageänderung (vgl. BGHZ 65, 264, 268).

13

- 13 -

In entsprechender Anwendung des § 269 III ZPO sind dem ausscheidenden Kläger die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen zusätzlichen Kosten aufzuerlegen (vgl. OLG Düsseldorf vom 21.9.73 - 2 W 35/73 = MDR 74, 147; OLG München vom 30.3.71 - 12 W 757/71 = MDR 71, 673). Das geschieht zweckmäßigerweise in der Schlußentscheidung durch Festsetzung einer Quote oder eines bestimmten Betrages.

3. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

v. Gamm

Alff

Merkel

Schönberg

Piper