

das Nachschlagewerk!
ht für die amtliche Sammlung!

Gesetze: BGB §§ 185, 209; ZPO § 89 Abs. 2

Rechtssatz: Klagt jemand die Forderung eines anderen im eigenen Namen ein, ohne daß ihm eine besondere Berechtigung zur Prozeßführung zusteht, so unterbricht nicht schon die Klageerhebung die Verjährung und zwar auch dann nicht, wenn der Kläger die Forderung während des Rechtsstreites (z.B. durch Abtretung) erwirbt und der bisherige Gläubiger sich mit der Prozeßführung einverstanden erklärt. Der Grundsatz von § 185 BGB findet in diesem Falle keine Anwendung.

Aktenzeichen: VIII. ZR 70/57

Urteil des BGH vom 26. November 1957

OLG Düsseldorf

Verkündet

laut Protokoll
am 26. November 1957
Klett, Justizsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Walter G.H. F., Armaturenfabrik, Ma-
schinen- und Apparatebauanstalt in W. bei U.,
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma H. & M., offene Handelsgesellschaft in
D., Am T., vertreten durch die
Gesellschafter:
Dipl.Ing. Laurenz Franz M. in D.,
P.straße,
Frau Margarete S. in D., W.straße,
und Frau Adele R. in D., W.straße,
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. November 1957 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundes-
richter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Teilur-
teil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düs-
seldorf vom 10. Januar 1957 aufgehoben, soweit die Be-
rufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts,
1. Kammer für Handelssachen, in Düsseldorf vom 6. Febru-
ar 1953 zurückgewiesen worden ist.

Die Sache wird in diesem Umfang zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte bezog im Jahre 1951 von der Firma H. [REDACTED] und M. [REDACTED] Vertriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung in D. [REDACTED] (nachstehend "Vertriebsgesellschaft") größere Mengen Bandeisen zur Weiterveräußerung. Er erhielt von dieser Firma am 18. Januar 1952 einen Kontoauszug mit einem Saldo zu seinen Lasten in Höhe von 22.502,67 DM. Wegen dieses Betrages, zuzüglich 10 % Zinsen seit dem 1. Januar 1952, hat die Klägerin ein offene Handelsgesellschaft, deren Gesellschafter mit denen der Vertriebsgesellschaft personengleich sind und die ihr Handelsgeschäft auch in den gleichen Räumen wie die Vertriebsgesellschaft betreibt, im April 1952 Klage erhoben. Nachdem der Beklagte zunächst durch Versäumnisurteil des Landgerichts antragsgemäß verurteilt worden war, hat er Einspruch eingelegt und geltend gemacht, er habe dem damaligen Angestellten der Klägerin (oder der Vertriebsgesellschaft) D. [REDACTED] mehrere von seiner Sparkasse eingelöste Schecks über insgesamt 11.500,- DM ausgehändigt, welche die Klägerin als Zahlung auf die Kaufpreisforderung gelten lassen müsse. Gegen die Restforderung hat er mit einer Schadensersatzgegenforderung aus einem Schrottgeschäft aufgerechnet. Das Landgericht hat sein Versäumnisurteil durch Urteil vom 6. Februar 1953 aufrechterhalten.

Im Berufungsrechtszuge hat der Beklagte ausgeführt, in der Abrechnung seien gesetzlich unzulässige Überpreise enthalten, die allein schon die Klageforderung überstiegen. Es seien auch noch höhere Überpreise gefordert, als vereinbart gewesen seien. Selbst die berechneten "Normalpreise" überstiegen noch die preisrechtlich zulässige Höhe bei weitem. Die Schadensersatzgegenforderung aus dem Schrottgeschäft (für entgangenen Gewinn) hat er auf 3.000,- DM beziffert.



Die Klägerin hat ihre Klageforderung um einen Betrag von 1.112,30 DM ermäßigt. Das Berufungsgericht hat das Versäumnisurteil des Landgerichts in Höhe dieses Betrages aufgehoben und die Klage insoweit abgewiesen. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Nunmehr hat der Beklagte noch geltend gemacht, er habe im Jahre 1951 (über D [REDACTED]) weitere - von der Klägerin bestrittene - Zahlungen in Höhe von insgesamt 7.548,75 DM durch Schecks auf die Klageforderung geleistet, die ihm noch nicht gutgebracht seien. In der mündlichen Verhandlung am 25. Oktober 1956 hat er schließlich die Sachbefugnis der Klägerin bemängelt und dazu vorgetragen, er habe nur mit der Vertriebsgesellschaft in geschäftlichen Beziehungen gestanden. Die Klägerin hat sich am 29. Oktober 1956 die Kaufpreisforderung dieser Gesellschaft abtreten lassen. Der Beklagte hat nunmehr die Einrede der Verjährung erhoben. Dieser gegenüber hat die Klägerin geltend gemacht, der damalige Generalbevollmächtigte des Beklagten namens K [REDACTED] habe mit Schreiben vom 30. Juni 1952 an die Vertriebsgesellschaft die Klageforderung anerkannt.

Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil das Versäumnisurteil des Landgerichts wegen eines Betrages von 3.444,90 DM nebst Zinsen aufgehoben und die Klage insoweit abgewiesen. Wegen eines Betrages von 16.057,77 DM nebst Zinsen hat es die Berufung zurückgewiesen. Im übrigen (d.h. wegen eines Betrages von 3.000,- DM) hat es die Entscheidung vorbehalten.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage, soweit ihr das Berufungsgericht stattgegeben hat. Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A. Zur Verjährung.

I. Das Berufungsgericht führt aus, die Forderung der Vertriebsgesellschaft sei im Zeitpunkt der Abtretung an die Klägerin (29. Oktober 1956) zwar "nach dem Wortlaut des Gesetzes" bereits verjährt gewesen, weil sie schon im Jahre 1951 entstanden sei und gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB der vierjährigen Verjährung unterliege, meint aber, der Beklagte könne sich trotzdem auf die Verjährungseinrede nicht berufen, weil über dem Wortlaut des Gesetzes sein leitender Gedanke stehe. Zweck der Verjährung sei, den in Anspruch Genommenen davor zu bewahren, daß er durch verspätete Inanspruchnahme in Beweisschwierigkeiten oder in sonstige Prozeßbedrängnis gerate, in die er bei rechtzeitiger Inanspruchnahme nicht geraten wäre. Auf die Prozeßlage bliebe es jedoch ohne Einfluß, daß an Stelle der Vertriebsgesellschaft die Klägerin gegen ihn vorgehe. Gegenüber jener habe er sich nicht wirksamer als gegenüber dieser verteidigen können. Offensichtlich habe er auch selbst die Klägerin als Gläubigerin der Kaufpreisforderung angesehen. Daß diese und nicht die Vertriebsgesellschaft die Klage erhoben habe, beruhe offensichtlich auf einem Versehen, das weder den Prozeßbeteiligten noch den bisher mit der Sache befaßt gewesenen Gerichten aufgefallen sei, bis im Termin vom 25. Oktober 1956 der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten zufällig darauf aufmerksam geworden sei.

Der Revision ist darin beizutreten, daß diese Ausführungen es nicht rechtfertigen können, den Anspruch der Klägerin, zu deren Geltendmachung sie nach dem bislang festgestellten Sachverhalt erst nach erfolgter Abtretung berechtigt war, als unverjährt zu behandeln. Die Verjährungsvorschriften sind formeller Natur. Vorbehaltlich der Frage, ob eine unzu-

lässige Rechtsausübung vorliegt, worauf noch zurückzukommen ist, lassen sie sich daher grundsätzlich nicht aus den sachlichen Gründen des Einzelfalles oder etwa lediglich aus Billigkeitsgründen verschieden handhaben (RG JW 1913, 485; Soergel BGB 8. Aufl. Vorbem. 2 vor § 194). Es kann deshalb nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Erhebung der Verjährungseinrede im Einzelfalle dem allgemeinen Zweck der Verjährung entspricht.

II. Der Revision ist auch darin zu folgen, daß nur eine Klageerhebung des Berechtigten die Verjährung nach § 209 BGB zu unterbrechen geeignet ist (RGZ 52, 181, 184; 85, 424, 429; RG HRR 1930, 773; BGH Urteil vom 26. September 1957 - II ZR 267/56 - S. 8, zum Abdruck in der amtlichen Sammlung vorgesehen, NJW 1957, 1838; BGB RGRK 10. Aufl. § 209 Anm. 1 S. 407, 408; Staudinger BGB 11. Aufl. § 209 Nr. 3; Palandt BGB 16. Aufl. § 209 Anm. 1).

Berechtigter im Sinne von § 209 BGB kann auch sein, wer auf Grund einer Einziehungs- oder Prozeßführungsermächtigung, die auch stillschweigend erteilt sein könnte (BGH Urteil vom 26. September 1957 aaO), ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen befugt ist, was aber nur dann zulässig ist, wenn ein besonderes schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung des fremden Rechtes im eigenen Namen besteht (BGH aaO; RGZ 166, 218, 238; 170, 191; BGHZ (GSZ) 4, 153, 165). Daß diese Voraussetzungen bei Klageerhebungen gegeben waren, ist dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen.

In der Abtretung der Forderung seitens der Vertriebsgesellschaft könnte indessen eine Genehmigung der Klagerhebung erblickt werden. Dann würde in Frage stehen, ob diese Genehmigung rückwirkende Kraft in dem Sinne haben könnte, daß die

4.1
Klagerhebung durch die Klägerin die Verjährung unterbrochen hätte. Das ist jedoch zu verneinen.

Allerdings unterbricht die Zustellung der Klage eines Berechtigten an den vollmachtlosen Vertreter des Verpflichteten die Verjährung auch dann, wenn diesem Vertreter erst nach Ablauf der Verjährungsfrist Vollmacht erteilt worden ist (RGZ 86, 245). Daß die Klage in einem solchen Falle mit Rückwirkung als rechtsgültig erhoben gilt, folgt aus dem Prozeßrecht (§ 89 Abs. 2 ZPO; RG aaO). Erhebt aber, wie es hier geschehen ist, ein Nichtberechtigter im eigenen Namen Klage, dann kann das keinen Einfluß zu Ungunsten des Verpflichteten auf den Lauf der Verjährungsfrist haben. Die Klagerhebung als solche stellt keine Verfügung im Sinne des bürgerlichen Rechtes dar, so daß die Grundsätze vom Wirksamwerden der Verfügungen Nichtberechtigter durch Zustimmung des Berechtigten (§§ 182 - 185 FGB) nicht Platz greifen können (BGB RGRK aaO Vorbem. 7 vor § 104 am Ende, § 209 Anm. 1 S. 407, 408). Für die Zulässigkeit und die Wirkung eines Zivilprozeßverfahrens sind verfahrensrechtliche Vorschriften entscheidend, während es sich bei der Bestimmung des § 185 BGB um eine solche sachlichrechtlichen Inhalts handelt. Der Bundesgerichtshof hat sich deshalb auch bei der Entscheidung der Frage, ob eine gewillkürte Prozeßstandschaft (Prozeßgeschäftsführung) ohne eigenes Interesse zulässig ist, entgegen Rosenberg (Lehrbuch 7. Aufl. § 45 II 2 c S. 189) gegen eine entsprechende Anwendung des § 185 BGB insoweit ausgesprochen (Urteil vom 5. Oktober 1955 - IV ZR 302/54 - MDR 1956, 154). Nichts anderes kann bei der hier zu beantwortenden Frage gelten, ob die Klagerhebung des Nichtberechtigten im eigenen Namen mit rückwirkender Kraft genehmigt werden kann. Die Anwendung des § 185 BGB ist in diesem Falle abzulehnen.

Dem steht nicht entgegen, daß die grundsätzliche Zulässigkeit einer Einziehungsermächtigung als ein Fall der Einwil-

ligung zur Verfügung über ein fremdes, dem Einwilligenden gehöriges Recht bejaht und daß insoweit § 185 BGB angewendet wird (RGZ 166, 218, 238; 170, 191; BGHZ (GSZ) 4, 153, 164); denn das ist eine Frage des materiellen Rechts, während die Frage der Wirkung und der prozeßualen Zulässigkeit, eine Klage auf Grund einer solchen Ermächtigung zu erheben, sich nach Prozeßrecht richtet, also insbesondere, wie bereits erwähnt, noch ein besonderes Rechtsschutzinteresse erfordert (RGZ 91, 390, 398; BGH Urteil vom 26. März 1952, II ZR 209/51, abgedruckt LM BGB § 185 Nr. 1). Ein solches ist aber hier für die Klagerhebung durch die Klägerin in der Tatsachenverhandlung nicht dargetan.

Soergel hat sich allerdings (aaO § 209 Anm. 2 b) für eine entsprechende Anwendung des § 185 BGB auf eine Klagerhebung des Nichtberechtigten ausgesprochen. Dabei beruft er sich auf Reichel, Hans RZ, nicht GZ, 22, 513. Dazu ist jedoch zu bemerken, daß Reichel aaO in der Besprechung einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes Wien gerade umgekehrt die Auffassung vertritt, setze ein "falsus creditor" einen Unterbrechungs- oder Hemmungsgrund, so sei das "nihil actum", und zwar auch dann, wenn etwa der wahre Gläubiger hinterher zustimme oder, wie es hier geschehen ist, dem Handelnden die Forderung abtrete; § 185 BGB bleibe außer Ansatz (ebenso Palandt BGB 16. Aufl. § 209 Anm. 1). Nur für den Fall, daß der Dritte nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des wahren Gläubigers, also als "falsus procurator creditoris" gehandelt hat, ist Reichel aaO der Ansicht, der wahre Gläubiger könne wirksam genehmigen (§§ 177, 180 Satz 2 nicht Satz 1 BGB; § 89 Abs. 2 ZPO). Ob dem zu folgen ist, kann hier dahingestellt bleiben; denn die Klägerin hat im eigenen Namen, nicht in dem der Vertriebsgesellschaft Klage erhoben. Ebenso wenig liegt einer der von Reichel aaO noch erwähnten Fälle vor, in denen ein Dritter zufolge Verwaltungsbefugnis berechtigt ist, die Forderung des Berechtigten auch ohne dessen Zustim-

mung im eigenen Namen geltend zu machen (z.B. frühere Klage des Ehemannes nach § 1380 BGB und Klage des Testamentsvollstreckers nach §§ 2205, 2212 BGB).

III. Es ist danach davon auszugehen, daß die Verjährung durch die Klagerhebung im April 1951 nicht unterbrochen ist. Der Klägerin würde es auch nichts nützen, wenn in dem Schreiben des Generalbevollmächtigten des Beklagten vom 30. Juni 1952, was das Berufungsgericht unentschieden gelassen hat, eine "Anerkennung" des Anspruchs der Vertriebsgesellschaft "in anderer Weise" im Sinne von § 208 BGB gefunden werden könnte und die Verjährung deshalb nach dieser Gesetzesbestimmung unterbrochen gewesen wäre. Auf diese Unterbrechung findet nämlich nach herrschender Auffassung (RG in ständiger Rspr RGZ 65, 268; 128, 76, 80), von der abzuweichen kein Anlaß besteht, § 201 BGB keine Anwendung. Die neue Verjährungsfrist (von vier Jahren) würde deshalb alsbald und nicht etwa erst mit dem Schluß des Jahres 1952 zu laufen begonnen haben. Sie würde im Zeitpunkt der Abtretung (29. Oktober 1956) bereits abgelaufen gewesen sein.

IV. Eine abschließende Entscheidung über den Erfolg der Einrede der Verjährung ist indessen dem Revisionsgericht noch nicht möglich, weil es dazu noch weiterer tatsächlicher Erörterungen bedarf. Denn es könnte in Betracht kommen, daß der Verjährungseinrede der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im Sinne der Rechtsprechung des Reichsgerichts (u.a. RGZ 142, 280, 284; 143, 236; 144, 378; 145, 239, 245; 153, 101, 108 u.a.), der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (BGHZ 9, 1, 5, 6), entgegensteht.

Dieser Gesichtspunkt ist von Amts wegen zu berücksichtigen, denn es handelt sich nicht um eine Einrede im Rechtsinne (anders als bei der Einrede der Verjährung als solcher), sondern um eine echte Beschränkung von Rechten (BGH Beschl. vom 12. Juni 1951 V BLw 58/50 LM BGB § 164 Nr. 2 mit weiteren Nach-

weisen) Zu einer solchen Prüfung bietet hier der Sachverhalt auch Anlaß. Zwar ist das Berufungsgericht - aus nicht zureichenden Gründen - zu dem Ergebnis gekommen, der Beklagte könne sich nicht auf Verjährung berufen. Dabei hat es aber - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht untersucht, ob der Beklagte unter Berücksichtigung seines früheren Verhaltens durch die Erhebung der Einrede nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Das ist nachzuholen.

Die Sache war deshalb - unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit in ihm zum Nachteil des Beklagten erkannt ist - zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Sollte dieses wiederum zu dem Ergebnis kommen, daß die Verjährungseinrede nicht durchgreift, bedarf die Sache entsprechend den Ausführungen zu B und C noch weiterer Aufklärung.

B. Zur Übergabe von Schecks an D

Das Berufungsgericht sieht weder als erwiesen an, daß die vier Schecks über insgesamt 11.500,- DM, die der Beklagte dem Angestellten D übergeben hat, für die Klägerin (oder die Vertriebsgesellschaft) bestimmt waren, noch daß Degenhardt überhaupt zum Empfang von Schecks ermächtigt gewesen ist.

Der Revision ist darin beizutreten, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts zu beiden Fragen in Hinblick auf die aus § 286 ZPO erhobenen Verfahrensrügen einer Nachprüfung nicht standhalten.

I. Was die Frage anbelangt, ob der Beklagte sich bei der Hingabe der Schecks auf eine Einziehungsvollmacht des An-

gestellten D [REDACTED] verlassen hat, verweist das Berufungsgericht - ebenso wie auch schon in seinem früheren Urteil - auf die Aussage D [REDACTED] als Zeuge im ersten Rechtszuge, "der ihm in mehreren Schecks übergebene Betrag von 11.500,- DM habe mit der Klägerin (oder der Vertriebsgesellschaft) überhaupt nichts zu tun". Es hat dieser Bekundung ersichtlich Glauben geschenkt; denn es führt dazu aus, Anhaltspunkte für die Annahme, diese Aussage sei unwahr, habe die Verhandlung nicht zu Tage gefördert. Da auf Grund der Einlassung des Beklagten im Ermittlungsverfahren gegen D [REDACTED] (wegen Unterschlagung) feststehe, so fährt das Berufungsgericht fort, daß der Beklagte mit D [REDACTED] (auch) eigene Geschäfte gemacht habe, sei jedenfalls die Möglichkeit, die D [REDACTED] übergebenen Schecks betreffen solche Geschäfte, nicht von der Hand zu weisen. Dabei hat das Berufungsgericht jedoch, worauf die Revision mit Recht verweist, eingehendes Vorbringen des Beklagten im zweiten Berufungsverfahren in seinem Schriftsatz vom 15. Juni 1955 S. 2, 3 nicht gewürdigt.

Die vier Schecks über insgesamt 11.500,- DM, welche D [REDACTED] erhalten hatte, waren nach dem unbestrittenen Vortrag des Beklagten der Scheck Nr. 000460 vom 26. Oktober 1951 über 1.500,- DM und die Schecks Nr. 000467, 468, 469 vom 4. November 1951 über 5.000,-, 3.000,- und 2.000,- DM, sämtlich bezogen auf die Spar- und Darlehnskasse W [REDACTED] (Schriftsatz vom 15. Mai 1953 S. 2 in Verbindung mit dem Schreiben vom 23. Mai 1952, Anlage zum Schriftsatz vom 30. Mai 1952). In dem oben erwähnten Schriftsatz vom 15. Juni 1955 ist dazu vorgetragen und durch Vorlage von Photokopien der entsprechenden Schecks belegt, daß die Schecks Nr. 000467 und Nr. 000469 vom 4. November 1951 über 5.000,- und 2.000,- DM (Photokopie Anlage 7 Nr. 8 und 9 in Umschlag GA 156) zwar an D [REDACTED] oder Überbringer als Zahlungsempfänger zahlbar gestellt sind, daß aber in beiden Schecks ausdrücklich vermerkt ist: "z.V. mit H [REDACTED] und M [REDACTED]", sowie daß der Scheck Nr. 000 468 vom 4. No-

vember 1951 über 3.000,- DM als Zahlungsempfänger die "Firma S [REDACTED] in M [REDACTED] z.V. H [REDACTED] und M [REDACTED]" enthielt (Photokopie Anl. 8 Nr. 10 in Umschlag GA 156). Schon dieser Vortrag war geeignet, die erwähnte Aussage D [REDACTED]s zwar nicht auch hinsichtlich des Schecks Nr. 000460 vom 26. Oktober 1951 (Photokopie Anl. 9 Nr. 13 GA 156), der als Zahlungsempfänger "Herrn Dr [REDACTED] zur Verrechnung D [REDACTED] bzw. H. u. M." benannt, wohl aber wegen der übrigen drei Schecks - und damit hinsichtlich eines Betrages von 9.000,- DM - zu erschüttern. Es kommt hinzu, daß - außer auf andere Schecks - in dem Schriftsatz vom 15. Juni 1955 S. 3 auch auf einen Scheck vom 30. September 1951 über 1.000,- DM Nr. 000304 (Photokopie Anlage 6 Nr. 5 GA 156) verwiesen ist, der ebenfalls als Empfänger D [REDACTED] mit dem ausdrücklichen Bemerken "(z.V. mit Fa H [REDACTED] und M [REDACTED], D [REDACTED])" benennt.

Entgegen der Auffassung des Revisionsbeklagten liegt insoweit auch eine hinreichend bestimmte Bezeichnung der Tatsachen vor, die den Verfahrensmangel ergeben (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe b ZPO). In der Revisionsbegründung war ausdrücklich auf Seite 2 und 3 des Schriftsatzes vom 15. Juni 1955 Bezug genommen mit dem Bemerken, daß darin auf Seite 2 spezifiziert vorgetragen sei, welche Scheckbeträge D [REDACTED] erhalten habe, und daß auf Seite 3 dieses Schriftsatzes nochmals die Beweisankträge zusammengestellt seien, die für die Behauptungen des Beklagten sprächen. Damit war der Sachvortrag genügend erkennbar gemacht, dessen Übergehung gerügt werden sollte, und es war nicht erforderlich, die in dem bezeichneten Schriftsatz vom 15. Juni 1955 aufgeführten Einzelheiten aus den Schecks noch ausdrücklich in die Revisionsbegründung zu übernehmen.

Bei dieser Sachlage war eine weitere Aufklärung mindestens durch eine Vernehmung D [REDACTED]s als Zeugen geboten, dessen eidliche Vernehmung der Beklagte ausdrücklich beantragt hatte (Schriftsatz vom 15. Juni 1955 S. 3). Sie stand nicht als noch-

malige Vernehmung gemäß § 398 Abs. 1 ZPO im nicht nachprüfbaren Ermessen des Berufungsgerichts, weil es sich auch um neue Beweisfragen handelte (Stein-Jonas ZPO 18. Aufl. § 398 Anm. I Fußnote 4, Baumbach ZPO 24. Aufl. § 398 Anm. 2 B, RGZ 48, 386, 390). Diese Vernehmung hatte das Berufungsgericht im übrigen auch vorgesehen (Beweisbeschluß vom 14. Juli 1955 IV Zeuge Nr. 2). Sie konnte im Einzelrichtertermin am 9. Juli 1956 nur nicht erfolgen, weil der Zeuge nicht erschienen war. Seine ordnungsgemäße Ladung konnte nicht nachgewiesen werden. Seine Anschrift sollte ermittelt und mitgeteilt werden. Das ist nicht geschehen. Es ist dem Beklagten aber auch keine Frist gemäß § 356 ZPO gesetzt. Ebensowenig ergibt sich aus den Akten, daß er auf die Vernehmung des Zeugen verzichtet hat.

II. Was hinsichtlich der Vernehmung D[REDACTED]s zu der Frage gilt, ob die ihm übergebenen Schecks für die Klägerin (oder die Vertriebsgesellschaft) bestimmt waren, gilt auch, soweit seine Ermächtigung zum Empfang von Schecks in Betracht kommt.

Dem Berufungsgericht ist zwar darin beizutreten, daß daraus, daß der Beklagte für Besprechungen an D[REDACTED] verwiesen sein mag, noch nichts für eine Ermächtigung, Zahlungen entgegenzunehmen, folgt, sowie daß in der Regel selbst ein leitender Angestellter der Verkaufsabteilung einer Firma keine Vollmacht zur Entgegennahme von Zahlungen hat.

Ehe die Art der Tätigkeit D[REDACTED]s im Betriebe der Klägerin (oder der Vertriebsgesellschaft) nicht näher geklärt ist, kann aber nicht abschließend beurteilt werden, ob nicht der Anschein einer Vollmacht für D[REDACTED] bestand, den die Klägerin gegen sich gelten lassen muß. Über die Tätigkeit D[REDACTED]s hatte der Beklagte u.a. in den Schriftsätzen vom 15. Juni 1955 S. 3 in Verbindung mit den Schriftsätzen vom 14. April 1955 (Berufungsbegründung) S. 2,

3, vom 15. Mai 1953 S. 1 und vom 9. Juni 1953 S. 1, 2 Beweis dafür angetreten, daß D. [REDACTED] nicht nur dem Beklagten, sondern auch Dritten gegenüber als leitender Angestellter und Handlungsbevollmächtigter der Klägerin (oder der Vertriebsgesellschaft) auftrat, der selbständig Verträge abschloß, finanzielle Angelegenheiten regelte, auch Zahlungen entgegennahm (Zeugen R. [REDACTED], K. [REDACTED], Kr. [REDACTED]). Auch insoweit liegt eine hinreichend bestimmte Verfahrensrüge vor.

Die Frage, ob die Klägerin sich die auf die bezeichneten Schecks gezahlten (oder verrechneten) Beträge in Höhe von 11.500,- DM oder weniger anrechnen lassen muß, bedarf hier nach noch weitere Prüfung durch das Berufungsgericht.

Dem Beklagten kann es überlassen bleiben, auch sein weiteres, hier nicht ausdrücklich erwähntes Vorbringen zu dieser Frage aus der Revisionsbegründung in dem neuen Berufungsverfahren zu wiederholen.

C. Überpreise und Kontokorrent.

I. Das Berufungsgericht hat nicht abschließend untersucht, ob die Preisaufschläge (sog. Kohledifferenzen) unter Verstoß gegen die gesetzlichen Preisbestimmungen berechnet worden sind. Es führt aus, der Beklagte könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, weil er diese Aufschläge durch eine unstreitige Vorauszahlung in Höhe von 31.856,- DM (vgl. Schreiben des Beklagten vom 11. September 1951, Urschrift in Umschlag GA 35, in Verbindung mit dem beigelegten Verrechnungsscheck über diese Summe) bezahlt habe. Durch seine Zahlung habe auch er gegen die gesetzlichen Preisvorschriften verstoßen. Die Rückforderung sei demnach gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen.

Die Revision stellt zur Nachprüfung, ob diese Bestimmung bei Preisverstößen anzuwenden ist. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß § 817 Satz 2 BGB auch für Leistungen gilt, die unter Verstoß gegen den Preis- oder Lohnstop bewirkt worden sind, entspricht jedenfalls der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 8, 348, 368 ff, ferner Urteil vom 16. Mai 1957 - VII ZR 422/56), von der abzuweichen kein Anlaß besteht.

II. Entsprechend den Ausführungen des ersten Revisionsurteils (S. 7), gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne sich wegen der bezahlten Lieferungen nicht mehr auf Überpreise berufen, würden nur dann Bedenken bestehen, wenn die Parteien in einem Kontokorrentverhältnis (§ 355 HGB) miteinander gestanden hätten, ist im Berufungsurteil die Frage geprüft, in welchem Abrechnungsverhältnis die Vertriebsgesellschaft zum Beklagten gestanden hat. Dabei kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, Anhaltspunkte für die Annahme, es habe sich um ein Kontokorrentverhältnis gehandelt, seien nicht ersichtlich. Der Beklagte habe selbst nicht behauptet, mit der Vertriebsgesellschaft eine Vereinbarung getroffen zu haben, die der Geschäftsverbindung entsprechenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen derart gegeneinander zu verrechnen, daß alle Einzelposten durch Aufnahme in eine laufende Rechnung ihre Selbständigkeit verlieren und in dem in bestimmten Zeitabschnitten zu ermittelnden Saldo aufgehen sollten. Die geleistete Anzahlung sei selbständiger Rechnungsposten geblieben, zumal sie vereinbarungsgemäß nicht auf die gesamten Kaufpreisforderungen, sondern nur auf den jeweils gesondert in Rechnung gestellten Preisaufschlag - gemeint endgültig - verrechnet worden sei.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten ent-

gegen der Auffassung der Revision einer Nachprüfung auch im Hinblick auf die erhobenen Verfahrensrügen aus § 286 ZPO stand:

a) Gegen die Annahme, es habe ein (echtes oder unechtes) Kontokorrentverhältnis zwischen der Vertriebsgesellschaft und dem Beklagten bestanden, spricht schon, daß es an einer Übersendung der in bestimmten Zeitabschnitten geschehenen Abschlüsse und einer mit dieser Zusendung bezweckten Anerkennung der Abschlüsse fehlt (BGH Urteil vom 20. April 1956 - I ZR 203/54 -, WM 1956, 1125 unter Bezugnahme auf Hefermehl in Sohlegelmanns HGB 2. Aufl. § 355 Nr. 10 mit Nachweisen; ebenso 3. Aufl.). Demgegenüber ist unerheblich, daß mit der Klage unter Beifügung der Abschrift des (einzigen erteilten) "Kontoauszuges" vom 18. Januar 1952 ein "Saldo" geltend gemacht, sowie daß sowohl im ersten Berufungsurteil wie im früheren Revisionsurteil von einem eingeklagten "Schuldsaldo" gesprochen worden ist.

b) Die tatsächliche Feststellung des Berufungsgericht, die geleistete Anzahlung von DM 31.856,-, ein selbständig gebliebener Rechnungsposten, sei vereinbarungsgemäß nicht auf die gesamten Kaufpreisforderungen, sondern nur auf die "Preisaufschläge" verrechnet worden, wird auch nicht durch die Ausführungen im Schriftsatz des Beklagten vom 7. September 1955 S. 2 in Verbindung mit dem überreichten Schriftwechsel erschüttert. Dort ist allerdings vorgetragen, der Beklagte habe stets dem ihm in Rechnung gestellten Kohlemehrpreis von 440,- DM je Tonne widersprochen, weil ihm von Degenhardt nur ein Mehrpreis von 95 - 110,- DM je Tonne "angegeben" worden sei. Dieser "Widerspruch" ergibt sich auch aus dem Schriftwechsel (Originalschreiben der Vertriebsgesellschaft vom 13. Oktober 1951, Kohledifferenz IM 5.747,28, vom 31. Oktober 1951, Kohledifferenz DM 7.928,36, vom selben Tage, Kohledifferenz IM 10.070,72, vom 14. November 1951, Kohlediffe-

renz III 807,40 und vom 13. Dezember 1951, Kohledifferenz DM 11.708,40, Anlagen III c, II b, I b, III d und IV b aus GA 181 sowie den Originalkopien der Schreiben des Beklagten vom 3., 4. und 18. November sowie vom 21. Dezember 1951 Anlagen I c, II c, III e und IV c ebenfalls GA 181). Das Berufungsgericht hat ihm insoweit Rechnung getragen, als es nur einen Kohleaufpreis von 398,20 DM je Tonne zu Grunde gelegt hat. Den Unterschied gegenüber dem Betrage von 440,- DM (= 41,80 DM) hat es - berechnet nach den gelieferten Gesamtmengen (= 82.414 Tonnen) - mit insgesamt 3444,90 DM von dem "Saldo" abgesetzt, ein Betrag, in dem die 1.112,30 DM, um die die Klägerin ihren Klaganspruch von sich aus ermäßigt hatte, enthalten sind. Im übrigen hat es den "Widerspruch" des Beklagten unbeachtet gelassen. Dagegen bestehen keine Bedenken. Die Vorauszahlung (entsprechend dem Schreiben des Beklagten vom 11. September 1951) auf den Kohlemehrpreis entspricht nämlich - gerechnet nach der in Aussicht genommenen Liefermenge von 80 Tonnen - mit 31.856,- DM genau einem Mehrpreis von 398,20 DM je Tonne. Es kommt hinzu, daß der Beklagte trotz seiner "Widersprüche" vom 3., 4. und 18. November 1951 mit seinen Schecks vom 28. November und 1. Dezember 1951 über insgesamt 32.535,25 DM (= 20.000 + 12.535,25) die über den genau den gleichen Gesamtbetrag lautenden Beträge der Rechnungen vom 13. Oktober 1951 über 7.944,45 DM, vom 31. Oktober 1951 über 10.831,88 DM und vom gleichen Tage über weitere 13.758,92 DM (Anlagen IIIa, IIa und Ia GA 181) bezahlt hat.

III. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht berücksichtigt, daß die Vorauszahlung auf den Kohlemehrpreis in Höhe von 31.856,- DM die von ihm zu Lasten des Beklagten berücksichtigten "Kohledifferenzen" nicht erreicht. In dem Kontoauszug vom 18. Januar 1952 sind nämlich solche Mehrpreise im Betrage von insgesamt 36.262,16 DM, und zwar in folgenden Einzelbeträgen (vgl. die bereits erwähnten Anlagen III c, II b,

I b, III d und IV b aus Umschlag GA 181); 5.747,28; 7.928,36; 10.070,72; 807,40 und 11.708,40 DM enthalten. Davon sind vom Berufungsgericht = 3.444,90 DM (1.112,30 + 2.332,60) abgesetzt und damit zu Lasten des Beklagten noch 32.817,26 DM (36.262,16 - 3.444,90) berücksichtigt. Der Unterschied gegenüber der Vorauszahlung von 31.856,- DM beträgt = 961,26 DM. Diesen Betrag durfte das Berufungsgericht der Klägerin nicht ohne die unterlassene Prüfung zusprechen, ob seine Inrechnungstellung preisrechtlich zulässig war; denn insoweit greift § 817 Satz 2 BGB jedenfalls nicht ein.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Messner