

2074 058

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 263/64

URTEIL

Verkündet am

2. März 1967

Jodas,

Justizangestellter

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. Werner V [REDACTED] in M [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Gastwirt Heinrich E [REDACTED] in B [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 9. Juli 1964 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 6.032,81 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

2. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

3. Das Urteil ist zu 1 vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte verkaufte von Frühjahr 1955 bis Frühjahr 1956 für den Kläger Melkmaschinen, z.T. als Handelsvertreter (vgl. den Vertrag vom 9. November 1955), z.T. als Eigenhändler. Ende März 1956 lieferte der Kläger ihm letztmalig insgesamt 15 Melkmaschinen.

- 3 -

Im April 1956 gab der Beklagte dem Kläger zwei Schecks über 2.006,20 DM und 3.002,90 DM. Beide wurden nicht eingelöst.

Am 19. Mai 1956 fand eine Besprechung der Parteien statt. Dabei ließ sich der Kläger seinen dem Beklagten zur Verfügung gestellten Personenwagen herausgeben. Spätestens nach dieser Besprechung stellte der Beklagte seine Tätigkeit für den Kläger ein. Ende Mai 1956 nahm der Kläger zehn Melkmaschinen wieder an sich, die er dem Beklagten im März 1956 geliefert hatte.

In den nächsten Jahren bemühte sich der Kläger vergeblich, die Anschrift des Beklagten zu ermitteln.

Mit einem am 24. Juli 1962 besetzten und am 28. Juli 1962 zugestellten Zahlungsbefehl hat der Kläger im gegenwärtigen Rechtsstreit vom Beklagten Zahlung von 10.220,89 DM nebst Zinsen gefordert.

Der Beklagte hat die Forderung bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

Die Klage ist wegen Verjährung vom Landgericht ganz, vom Berufungsgericht in Höhe von 8.720,89 DM nebst Zinsen abgewiesen worden. 1.500 DM nebst Zinsen hat das Berufungsgericht zuerkannt.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter, soweit das Berufungsgericht ihn abgewiesen hat. Der Beklagte war in der Revisionsverhandlung nicht vertreten. Der Kläger und Revisionskläger hat gegen ihn Versäumnisurteil beantragt.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist teilweise begründet. Insoweit ist ihr im Wege des Versäumnisurteils stattzugeben und das Revisionsurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§§ 557, 331, 708 Nr. 3 ZPO). Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

I.

Der Kläger hat seinen Klageanspruch, soweit er noch in dieser Instanz anhängig ist, wie folgt aufgeschlüsselt:

a) Saldo per 31. Dezember 1955	2.208,40 DM	
abzüglich zuerkannter	- <u>1.500.-- DM</u>	
		708,40 DM
b) Saldo per 9. Juni 1956	11.619,01 DM	
zuzüglich Lastschrift für fehlende 3 Melkmaschinen	+ 3.004,75 DM	
abzüglich Gutschrift für 10 zurückgenommene Melk- maschinen	- <u>9.299,35 DM</u>	
		5.324,41 DM
c) Lastschrift für:		
aa) Vertragsstrafe	500.-- DM	
bb) Nutzungsentschädigung für überlassenen PKW	+ 800.-- DM	
cc) Kraftfahrzeugsteuer	+ <u>63.-- DM</u>	
		1.363,-- DM
d) 1.350 DM Unkosten für Rückfüh- rung des PKW und der 10 Melk- maschinen, davon eingeklagt		1.203,68 DM
e) Kosten eines vom Kläger erwirk- ten, aber dem Beklagten nicht zustellbaren Zahlungsbefehls vom 4. Juli 1956		61,40 DM
f) 70,40 DM Unkosten für Bemühungen des Klägers in den Jahren 1956, 1957 und 1962, den Aufenthalt des Beklagten zu ermitteln, davon eingeklagt		<u>60.-- DM</u>
	zusammen:	8.720,89 DM

II.

1.) Das Berufungsgericht hält alle vertraglichen Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten für verjährt.

a) Die Restsaldoforderung per 31. Dezember 1955 sei nach § 88 HGB (Frist 4 Jahre) verjährt. Ein konstitutives Schuldanerkennntnis des Beklagten liege nicht vor, sondern nur ein bestätigendes. Dieses habe die Verjährung zwar unterbrochen. Doch sei auch die neue Verjährungsfrist vor Klageerhebung abgelaufen gewesen.

b) Die weiteren vertraglichen Ansprüche des Klägers seien ebenfalls gemäß § 88 HGB verjährt. Das gelte auch für die Ansprüche aus der Eigenhändlertätigkeit des Beklagten.

c) Die Ansprüche auf Vertragsstrafe, Vergütung für PKW-Benutzung und Kraftfahrzeugsteuererstattung seien ebenfalls bis Ende 1960 verjährt.

d) Die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung wegen der Rückführungskosten für den PKW und die zurückgenommenen 10 Melkmaschinen seien bis spätestens Ende 1961 verjährt.

e) Dasselbe gelte für die Kosten im Zusammenhang mit dem nicht zustellbaren Zahlungsbefehl vom 4. Juli 1956.

f) Von den Kosten der Aufenthaltsermittlung seien die in den Jahren 1956 und 1957 entstandenen (15,60 DM) ebenfalls verjährt. Die übrigen, im Jahre 1962 entstandenen Kosten seien kein dem Kläger vom Beklagten adäquat verursachter Schaden. Die Kosten nämlich, die ein Gläubiger

aufwende, um die Anschrift des Schuldners einer nicht mehr durchsetzbaren (weil verjährten) Forderung zu ermitteln, müsse der Gläubiger selber tragen.

2.) Das Berufungsgericht hält auch etwaige Ansprüche des Klägers aus unerlaubten Handlungen des Beklagten für verjährt.

3.) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung prüft es nicht, da der Kläger nicht vorgetragen habe, daß der Beklagte unberechtigt, aber dennoch wirksam über Melkmaschinen verfügt oder als Nichtberechtigter Kaufpreiszahlungen angenommen habe, die der Kläger gegen sich gelten lassen müsse (§ 816 BGB).

4.) Das Berufungsgericht ist schließlich der Auffassung, der Kläger könne der Einrede der Verjährung auch nicht den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensetzen.

III.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind teilweise von Rechtsirrtum beeinflusst.

1.) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger nach seinen "Lieferungs- und Zahlungsbedingungen" für Wiederverkäufer die dem Beklagten käuflich überlassenen Melkmaschinen unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert habe. Daher sei hier der im Urteil BGHZ 34, 191 ausgesprochene Rechtsgedanke entsprechend anzuwenden. Das müsse dazu führen, daß dem Beklagten die Einrede der Verjährung versagt sei.

a) Dieser Ansicht der Revision kann nicht gefolgt werden. In dem genannten Urteil hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, daß der Verkäufer die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware auch nach Verjährung seiner Kaufpreisforderung auf Grund seines Vorbehaltseigentums vom Käufer herausverlangen kann. Eine entsprechende Anwendung dieses Rechtsgedankens auf Fälle eines verlängerten Eigentumsvorbehalts würde bedeuten, daß der Verkäufer auch nach Verjährung der Kaufpreisforderung sich aus den ihm vom Käufer sicherheitshalber abgetretenen Kaufpreisforderungen gegen dessen Abnehmer befriedigen könnte. Ob das der Fall ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn im vorliegenden Fall geht es nicht darum, daß der Kläger ihm sicherheitshalber abgetretene Forderungen gegen Abnehmer des Beklagten geltend macht. Er verfolgt vielmehr eigene Ansprüche gegen den Beklagten.

b) Der von der Revision wiedergegebene Sachvortrag des Klägers hätte dem Berufungsgericht aber Anlaß zur Prüfung unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt geben müssen. Der Kläger hatte behauptet, der Beklagte habe ihm vom Kläger übergebene, aber noch in dessen Eigentum verbliebene Melkmaschinen "veruntreut". Darin kann die Behauptung gesehen werden, der Beklagte habe die Maschinen unterschlagen, indem er Eigenbesitz daran ergriff und sie zu eigenem Vorteil veräußerte.

Bei einer solchen Fallgestaltung können aber Schadensersatzansprüche des Klägers nach den §§ 989, 990 BGB in Betracht kommen (BGHZ 31, 129). Derartige Ansprüche verjähren in 30 Jahren (BGH aaO S. 133). Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob dem Kläger solche Ansprüche zustehen. Darin liegt ein sachlichrechtlicher Fehler, der auch ohne

Revisionsrüge zu berücksichtigen ist. Er muß zur Aufhebung des Berufungsurteils in Höhe der beiden Saldoposten von 708,40 DM und 5.324,41 DM führen (s. oben I a und b).

2.) Das Berufungsgericht hat in anderem Zusammenhang (bei Prüfung des zuerkannten Teilbetrags von 1.500 DM) das Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses zwischen den Parteien verneint, weil nach ihrem Willen dem Abrechnungsverhältnis die für ein Kontokorrent wesentliche Verrechnung und Feststellung der gegenseitigen Ansprüche in regelmäßigen Zeitabschnitten gefehlt habe (§ 355 HGB).

Die Revision meint demgegenüber, auch eine laufende Rechnung "ohne Perioden" sei als Kontokorrent denkbar. Gehe man aber davon aus, so sei der Restsaldo vom 31. Dezember 1955 noch nicht verjährt, weil die Verjährung eines anerkannten Saldos bei einem Kontokorrent erst in 30 Jahren eintrete.

a) Die Rüge ist nicht begründet. Voraussetzung für ein Kontokorrent ist die regelmäßige Abrechnung zu bestimmten Zeiten (RGZ 115, 393, 396; 123, 384, 386; BGH LM Nr. 1 zu § 413 HGB; Schlegelberger-Hefermehl HGB 4. Aufl. § 355 Rz. 9-14; Baumbach-Duden HGB 17. Aufl. §§ 355-357 Anm. 2 F). Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts fehlt es daran hier.

b) Der Umstand, daß der Beklagte nach dem Vertrage vom 9. November 1955 auf besondere Aufforderung jederzeit zur Berichterstattung an einem vom Kläger bezeichneten Ort zu erscheinen hatte, zwang das Berufungsgericht nicht, ein Kontokorrentverhältnis der Parteien zu bejahen. Es ist auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht diesen Umstand bei seiner Würdigung überschen hätte; ausdrücklich darauf einzugehen brauchte es nicht (BGHZ 3, 162, 175).

3.) Das Berufungsgericht wendet § 88 HGB auch auf die Ansprüche an, die dem Kläger daraus erwachsen sind, daß der Beklagte als Eigenhändler vom Kläger Melkmaschinen käuflich erworben hat. Es meint, daraus, daß im Vertrage vom 9. November 1955 von einer Eigenhändler Tätigkeit des Beklagten nicht die Rede sei, sei der Wille der Parteien zu entnehmen, die gesamten aus der Tätigkeit des Beklagten für den Kläger entstehenden Rechtsbeziehungen nach Maßgabe des zwischen ihnen vereinbarten Handelsvertreterverhältnisses abzuwickeln.

Die Revision hält diese Auslegung nicht für möglich.

a) Ob das zutrifft, kann auf sich beruhen, soweit es sich um Ansprüche auf Zahlung von Kaufpreis handelt. Denn wenn § 88 HGB auf solche Ansprüche nicht anwendbar sein sollte, so ergibt sich für diese Ansprüche doch die gleiche vierjährige Verjährungsfrist aus § 196 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 1 dieser Vorschrift.

b) Anders ist es, soweit es sich um Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung des Beklagten handelt. Das kommt hier insbesondere für die Kosten zur Rückführung der 10 zurückgenommenen Melkmaschinen in Betracht, von denen bisher nicht feststeht, ob der Beklagte sie als Eigenhändler unter Eigentumsvorbehalt des Klägers gekauft oder als Handelsvertreter vom Kläger zum Weiterverkauf in dessen Namen erhalten hatte.

Die Auslegung, welche das Berufungsgericht dem Individualvertrag der Parteien vom 9. November 1955 gibt, hält sich jedoch, jedenfalls soweit es sich um die Verjährungsregelung handelt, noch im Rahmen des dem Tatrichter zustehenden Rechts der freien Würdigung. Sie ist nicht unmöglich.

Das Berufungsgericht durfte aus dem Umstand, daß die Parteien die Eigenhändlergeschäfte des Beklagten in ihrem schriftlichen Vertrag unerwähnt gelassen haben, den Schluß ziehen, daß nach ihrem Willen der Schwerpunkt der Vertragsbeziehungen in der Handelsvertretertätigkeit des Beklagten lag und daß sie daher ihre gesamten Vertragsbeziehungen, soweit möglich, dem Handelsvertreterrecht unterstellen wollten. Dazu gehört dann auch die Verjährungsfrist des § 88 HGB.

4.) Die Revision meint, der Anspruch auf Vertragsstrafe verjähre in 30 Jahren.

Das trifft zwar im allgemeinen zu. Im vorliegenden Fall ist aber die Vertragsstrafe im Handelsvertretervertrag vom 9. November 1955 vereinbart worden, für den Fall, daß der Beklagte seinen in diesem Vertrag übernommenen Pflichten zu regelmäßiger Berichterstattung und zum Unterlassen weiteren Schuldenmachens zuwiderhandelte.

Damit aber fällt der Anspruch auf Vertragsstrafe hier unter die Sondervorschrift des § 88 HGB, der sämtliche Ansprüche aus einem Handelsvertreterverhältnis erfaßt.

Die Entscheidung RGZ 85, 242 steht dieser Auffassung nicht entgegen. Dieses Urteil betraf eine Vertragsstrafe, die ein Gastwirt gegenüber einer Brauerei übernommen hatte für den Fall, daß er seiner vertraglichen Pflicht, allein das Bier dieser Brauerei zu verkaufen, zuwiderhandelte. Das Reichsgericht hat in jener Entscheidung ausgeführt, § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB sei nicht anwendbar, da der Anspruch auf die Vertragsstrafe kein Anspruch "für Lieferung von Waren" sei.

Das mag zutreffen. Die Fassung des § 88 HGB geht aber weiter als die des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB. § 88 HGB erfaßt

unterschiedslos sämtliche Vertragsansprüche aus einem Handelsvertreterverhältnis. Das rechtfertigt es, auch die in einem Handelsvertretervertrag bei Verletzung von Handelsvertreterpflichten ausbedungene Vertragsstrafe der Verjährung des § 88 HGB zu unterstellen. Das entspricht dem Zweck dieser Vorschrift, für alle Vertragsansprüche aus einem Handelsvertreterverhältnis eine einheitliche Verjährungsfrist zu schaffen (vgl. Trinkhaus BB 1955, 1062).

5.) Das Berufungsgericht hält Ansprüche des Klägers aus unerlaubter Handlung ebenfalls für verjährt. Die dreijährige Verjährung nach § 852 BGB beginne regelmäßig, wenn der Verletzte die Person und den Namen des Schädigers kenne. Gehe man davon aus, so seien eventuelle Deliktsansprüche des Klägers gegen den Beklagten spätestens am 31. Dezember 1959 verjährt gewesen.

Der Einrede der Verjährung stehe auch nicht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen. Denn der Kläger, der im Ermittlungsverfahren gegen den Beklagten im Jahre 1959 dreimal, am 14. August, 13. November und 2. Dezember, als Zeuge vernommen worden sei, hätte schon bei der Gelegenheit, spätestens aber am 27. Juni 1961, dem Tage der Hauptverhandlung gegen den Beklagten, dessen Anschrift un schwer von der Staatsanwaltschaft erfahren können.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand.

a) Diese meint, die Verjährungsfrist des § 852 BGB beginne erst zu laufen, wenn dem Geschädigten nicht nur Person und Name, sondern auch die Anschrift des Ersatzpflichtigen bekannt geworden sei. Das letztere sei hier nicht der Fall gewesen, weil der Beklagte nach dem 19. Mai 1956 mehrere Jahre flüchtig gewesen sei.

Der Auffassung der Revision kann nicht gefolgt werden. Gewiß kann zur Individualisierung des Schädigers je nach den Umständen die Kenntnis seiner Anschrift gehören. Hier war aber die Person des Beklagten dem Kläger genau bekannt. Daß der Beklagte - vor oder nach der Tat - flüchtig ging, berührte diese Kenntnis nicht.

Die von der Revision zitierte Schrifttumsstelle und die dort angeführte Entscheidung BGH NJW 1955, 706 stützen ihre Ansicht nicht. Dort kannte die Verletzte den Schädiger insofern, als sie wußte, daß er der Führer der Straßenbahn war, mit der sie gefahren war. Da sie ferner seinen Namen und seine Anschrift jederzeit in Erfahrung bringen konnte, war ihr seine Person so hinreichend genau bekannt, daß die Verjährung zu laufen begann. Hieraus läßt sich nichts zu Gunsten des Klägers folgern.

Der Umstand, daß dem Kläger die Anschrift des Beklagten nicht bekannt war, steht unter den hier gegebenen Umständen weder dem Beginn der Verjährung entgegen, noch hemmt er ihren Lauf. Zutreffend verweist das Berufungsgericht auf die dem Kläger gegebene Möglichkeit, gegen den Beklagten mit Hilfe öffentlicher Zustellung (§§ 203 ff ZPO) vorzugehen, da ihm dessen Person, Name und frühere Anschrift bekannt waren.

b) Da dieses Vorgehen zumutbar war, wird der Kläger der Einrede der Verjährung auch nicht die Replik der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten können. Abgesehen davon könnte, nachdem die Verjährung spätestens Ende 1959 eingetreten war, diese Replik dem Kläger höchstens zustehen, wenn er, nach dem Wegfall des einer rechtzeitigen Klageerhebung entgegenstehenden Hindernisses, danach innerhalb angemessener, aber nur kurz zu bemessender Frist die Klage erhoben hätte (BGH NJW 1955, 1834; 1959, 96).

Auch daran fehlt es hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts konnte sich der Kläger bereits im Laufe des Jahres 1959, spätestens aber am 27. Juni 1961 die Anschrift des Beklagten bei der Staatsanwaltschaft unschwer beschaffen. Wenn er das nicht tat und mit der Klageerhebung dann noch über ein Jahr bis Juli 1962 wartete, so kann er der Verjährungseinrede jetzt nicht mit dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung begegnen.

Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob an sich der Umstand, daß ein Schuldner flüchtig ist und sich verborgen hält, dazu ausreichen könnte, den Einwand unzulässiger Rechtsausübung gegen die Verjährungseinrede zu begründen.

6.) Das Berufungsgericht läßt unerörtert, inwieweit dem Kläger etwa Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehen, da es an einem entsprechenden Sachvortrag des Klägers mangle.

Das rügt die Revision, jedoch zu Unrecht. In der Tat fehlt jeder substantiierte Vortrag des Klägers, auch zur Höhe, darüber, in welchem Umfang etwa der Beklagte Melkmaschinen des Klägers im eigenen Namen veräußert und den Erlös für sich behalten hat (§ 816 Abs. 1 BGB), inwieweit er Kaufpreisforderungen des Klägers aus dem Verkauf von Melkmaschinen in dessen Namen in einer diesem gegenüber wirksamen Weise eingezogen hat (§ 816 Abs. 2 BGB) oder inwieweit er durch gegen den Kläger gerichtete unerlaubte Handlungen auf dessen Kosten etwas erlangt hat (§ 852 Abs. 2 BGB).

IV.

Nach alledem ist das Berufungsurteil teilweise, nämlich in dem oben zu III 1 erörterten Umfange, sowie im Kostenpunkt aufzuheben. Da es hierzu weiterer Aufklärung bedarf, ist die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die gesamten Kosten der Revision überlassen wird.

Die weitergehende Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt