

11 U 213/08
18 O 80/08
LG Bonn



Anlage zum Protokoll
vom 03.06.2009
Verkündet am 03.06.2009

Güner, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

die beim Oberlandesgericht zugelassenen
Rechtsanwälte der Anwaltssozietät Meilicke,
Hoffmann & Partner in Bonn,

g e g e n

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

die beim Oberlandesgericht zugelassenen
Rechtsanwälte

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln auf die mündliche Verhandlung vom 29.04.2009 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Caesar sowie die Richter am Oberlandesgericht Dr. Küpper und Potthoff

für Recht erkannt:

1.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 30.10.2008 (18 O 80/08) abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 17.633,43 € nebst gezogener Nutzungen hieraus in Höhe von 5 % p.a. seit dem 01.01.1999 Zug um Zug gegen Herausgabe der unter der Bezugsnummer 1937603 bei ihr zum Austausch eingereichten und an die Klägerin wieder zurückgesandten 3.668 Telefonkarten mit DM-Guthaben zu zahlen.

2.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 9 % und die Beklagte zu 91 %.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche aus Telefonkarten geltend, die die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Deutsche Bundespost, in der Zeit von 1987 bis Oktober 1998 herausgegeben hat. Die Karten weisen keine Laufzeitbefristung aus. Die Karten wurden von der Beklagten im Jahre 2001 in der Weise gesperrt, dass mit ihnen ab dem 01.01.2002 nicht mehr telefoniert werden konnte. Am 29.10.2007 reichte die Klägerin bei der Beklagten insgesamt 4020 Telefonkarten ein, deren Umtausch sie verlangte. Entsprechend ihrem Schreiben vom 20.12.2007 (Anlage K 8) tauschte die Beklagte lediglich 329 Telefonkarten um. Im Hinblick auf 3668 Telefonkarten, die ohne aufgedruckte Gültigkeitsdauer vor Mitte Oktober 1998 produziert worden waren, berief sie sich auf die Verjährung des Umtauschanspruches. 23 Telefonkarten tauschte die Beklagte wegen Manipulationen am Guthabenspeicher nicht um. Mit Schreiben vom 24.01.2008 (Anlage B 1) sandte die Beklagte der Klägerin die nicht manipulierten 3668 Telefonkarten zurück. Mit der Klage hat die Klägerin ursprünglich den Umtausch von 3691 Telefongutachten geltend gemacht. Nachdem sie den Rücktritt von dem Telefonkartenvertrag erklärt hatte, hat sie beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie den Guthabenwert von 19.042,81 € nebst gezogener Nutzungen in Höhe von 5 % p.a. hieraus seit dem 01.01.1999 Zug um Zug gegen Herausgabe der Telefonkarten zu zahlen. Die Beklagte hat bestritten, dass die Klägerin Inhaberin der Telefonkarten sei. Im Übrigen sei der geltend gemachte Anspruch verjährt. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte habe den Umtausch der Telefonkarten zu Recht verweigert, weil der Umtauschanspruch verjährt sei.

Hiergegen richtet sich die Berufung, mit der Klägerin zuletzt lediglich den unstreitigen Guthabenwert von 17.633,43 € der an sie zurückgesandten 3668 Telefonkarten begehrt.

Sie beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 17.633,43 € nebst gezogener Nutzungen hieraus in Höhe von 5 % p.a. seit dem 01.01.1999 Zug um Zug gegen Herausgabe der unter der Bezugsnummer 1937603 bei ihr zum Austausch eingereichten an die Klägerin wieder zurückgesandten 3668 Telefonkarten mit DM-Guthaben

zu zahlen. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil sowie die Schriftsätze der Parteien sowie die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist mit dem zuletzt geltend gemachten Antrag begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 346 BGB a.F. auf Erstattung des Guthabenwertes der an sie zurück übersandten 3668 Karten in Höhe von 17.633,43 €.

1.

Dieser Anspruch ergibt sich nach den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des der Telefonkartenbegebung zu Grunde liegenden Telefonkartenvertrages (BGH NJW-RR 2008, 562 = MMR 2008, 458). Aufgrund des jeweiligen Telefonkartenvertrages ist die Beklagte ebenso wie ihre Rechtsvorgängerin verpflichtet, für die Kartennutzung ein funktionierendes Netz öffentlicher Fernsprecher vorzuhalten und den Karteninhabern die Führung von Telefongesprächen im Rahmen des jeweiligen Guthabens zu ermöglichen (BGH a.a.O. sowie BGHZ 148, 74, 78 = NJW 2001, 2635). Im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB steht der Klägerin zwar im Hinblick auf die nicht mit einem Gültigkeitsvermerk versehenen Telefonkarten, die vor Mitte Oktober 1998 ausgegeben wurden, das Recht zu, die Karten nachträglich zu sperren. Dieses Bestimmungsrecht muss jedoch entsprechend § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Die Klägerin hat daher dem Kunden im Gegenzug ein unbefristetes Recht zum Umtausch der gesperrten Telefonkarten gegen aktuelle Telefonkarten mit gleichem Guthabenwert einzuräumen (BGH a.a.O.).

2.

Ein solcher Anspruch stand auch der Klägerin als Inhaberin der streitgegenständlichen Telefonkarten zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Klägerin – was die Beklagte bestreitet – im Wege der Abtretung Gläubigerin der Rechte aus dem der Kartenbegebung zu Grunde liegenden Telefonvertrag geworden ist. Sie ist jedenfalls als Inhaberin der Telefonkarten nach §§ 807, 793 BGB anspruchsberechtigt gewesen.

Die Telefonkarten sind kleine Inhaberpapiere im Sinne des § 807 BGB. Ein Inhaberpapier nach dieser Vorschrift liegt vor, wenn der Aussteller des Papiers sich durch Leistung an den Inhaber befreien kann, der Inhaber die versprochene Leistung zu fordern berechtigt ist und der Besitz der Urkunde zur Geltendmachung des Rechts oder der Forderung erforderlich ist (BGHZ 164, 286, 290 = NJW 2006, 54; Habersack in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, § 807 Rn. 6). Diese Merkmale sind bei Telefonkarten erfüllt (ebenso OLG Köln – 6. Zivilsenat, ZIP 2000, 1836 = OLGR 2000, 387; Habersack a.a.O., Rn. 12; Palandt/Sprau, BGB, 68. Auflage, § 807 Rn. 3; Staudinger/Marburger, BGB, Bearbeitung 2009, § 807 Rn. 5; Buck-Heeb in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Auflage, § 807 Rn. 4; Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl., § 807 Rdn. 1; offenlassend BGHZ 148, 74, 76 = NJW 2001, 2635; NJW-RR 2008, 562 = MMR 2008, 458). Auch das in einem Inhaberpapier verkörperte Leistungsversprechen unterliegt den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung (BGHZ 28, 259, 263; 164, 286, 292 = NJW 2006, 54; Staudinger/Marburger § 793 Rdn. 9). Deshalb gelten die dargelegten Grundsätze für den Anspruch aus der Karte selbst in gleicher Weise, so dass die Beklagte bei einer Sperrung der Karte verpflichtet ist, diese in eine Karte mit gleichem Guthabenwert umzutauschen (vgl. BGHZ 164, 286, 292 = NJW 2006, 54 für den insoweit gleich gelagerten Fall ungültiger Briefmarken).

Bei einem Inhaberpapier besteht die Vermutung, dass der Inhaber im Sinne des § 793 Abs. 1 Satz 1 BGB Verfügungsbefugter ist (Habersack a.a.O., § 793 Rn. 33; Laumen in: Baumgärtel/Laumen/Pütting, Handbuch der Beweislast, BGB Schuldrecht BT II, 3. Auflage, § 793 Rn. 2, Staudinger/Marburger § 793 Rdn. 32, 31). Einen entsprechenden Beweis hat die Beklagte nicht angetreten. Sie hat lediglich bestritten, dass die Klägerin Inhaberin der Telefonkarten sei. Dieses Bestreiten ist jedoch unsubstantiiert. Die Beklagte hat die streitgegenständlichen Telefonkarten mit Schreiben vom

24.01.2008 an die Klägerin zurückgesandt. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, dass die Klägerin nicht die Inhaberschaft an den Karten erhalten haben soll.

3.

Der Anspruch der Klägerin auf Umtausch der Karten hat sich aufgrund der Rücktrittserklärung der Klägerin in einen Zahlungsanspruch nach § 346 BGB a.F. umgewandelt. Ob sich dies aus § 326 BGB a.F. ergibt, erscheint zweifelhaft, wenn man die Rechte der Klägerin aus §§ 807, 793 BGB herleitet. Das bedarf jedoch keiner Entscheidung. Denn wendet man § 326 BGB a.F. nicht an, so folgt der Anspruch jedenfalls aus § 286 Abs. 2 BGB a.F. Der dem Gläubiger danach zustehende Anspruch ist auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichtet. Die Vorschrift verweist auf das Rücktrittsrecht und führt somit ebenfalls zu § 346 BGB a.F. als Anspruchsgrundlage. Einer Fristsetzung bedurfte es sowohl nach § 326 Abs. 1 als auch nach § 286 BGB nicht, weil die Beklagte die Erfüllung ihrer Umtauschpflicht ernsthaft und endgültig verweigert hat. Unerheblich ist, dass die Parteien erstinstanzlich auch darüber gestritten haben, ob die Klägerin einen Anspruch auf Eintausch von Karten mit dem gleichen Nennwert wie die einzutauschenden Karten hat; denn dies war für die Beklagte nicht der maßgebende Grund, den Umtausch zu verweigern. Sie hat dem Umtauschbegehren vielmehr von Beginn an den Einwand der Verjährung entgegengehalten und damit ernsthaft und eindeutig zu verstehen gegeben, dass sie ihre Verpflichtung in jedem Falle nicht erfüllen werde.

4.

Der Anspruch ist entgegen der Auffassung der Beklagten, der auch das Landgericht folgt, nicht verjährt.

a)

Das Landgericht führt aus, mangels einer ausdrücklichen Bestimmung verjähre der Anspruch auf Umtausch der Telefonkarten in der regelmäßigen Verjährungsfrist. Diese ursprünglich 30 Jahre betragende Frist sei mit Änderung des Verjährungsrechts im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gemäß Artikel 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in Verbindung mit § 195 BGB auf 3 Jahre verringert worden. Diese Frist habe gemäß Artikel 229 § 6 Abs. 1 Satz 2, Absatz 4 Satz 1 EGBGB in Verbindung mit § 199 Abs. 1 BGB in dem Moment zu laufen begonnen, in dem der An-

spruch entstanden gewesen sei und die Klägerin bzw. die damaligen Inhaber von den das Umtauschrecht begründenden Umständen Kenntnis erlangt hätten. Diese Voraussetzungen seien spätestens mit der Sperrung der Karten am 01.01.2002 erfüllt gewesen, so dass die Verjährung der Ansprüche mit Ablauf des 31.12.2004 eingetreten sei.

b)

Dieser - auch vom OLG Nürnberg (OLGR 2008, 232) vertretenen - Ansicht folgt der Senat nicht. Für die Frage der Verjährung ist nicht auf den Umtauschanspruch an sich abzustellen. Denn dieser Anspruch ist nur die Folge des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten aus § 315 Abs. 1 BGB, das ihr im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zusteht. Der durch den Telefonkartenvertrag bzw. nach §§ 807, 793 BGB begründete Telefonieranspruch (BGHZ 148, 74, 78 = NJW 2001, 2635; NJW-RR 2008, 562 = MMR 2008, 458) bleibt davon unberührt. Der Kunde ist nur darauf verwiesen, diesen Anspruch nicht mehr mit der gesperrten, sondern mit der eingetauschten Karte auszuüben. Als Nebenanspruch verjährt der Umtauschanspruch erst dann, wenn der ihm zu Grunde liegende Telefonieranspruch verjährt (vgl. § 217 BGB n.F., § 224 BGB a.F.). Das entscheidende Problem liegt darin, wann die Verjährung dieses Anspruchs beginnt.

Es handelt sich um einen sogenannten verhaltenen Anspruch. Dieser ist zwar sofort fällig, der Schuldner darf aber erst leisten, wenn der Gläubiger ihn geltend macht (vgl. Krüger in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, § 271 Rn. 4; Bittner in: Staudinger, BGB, Bearbeitung 2004, § 271 Rdn. 26). Vorher kann er den Gläubiger auch nicht in Annahmeverzug setzen. Derartige Ansprüche bestehen nicht nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, sondern können auch vertraglich vereinbart werden (vgl. Krüger und Bittner jew. a.a.O.; BGH NJW-RR 2000, 647). So verhält es sich bei dem vertraglich begründeten Telefonieranspruch: Die Beklagte ist jederzeit verpflichtet, dem berechtigten Kunden die Führung von Telefongesprächen im Rahmen des jeweiligen Guthabens zu ermöglichen. Dem Kunden bleibt es nach Sinn und Zweck des Leistungsversprechens aber überlassen, wann er diesen Anspruch geltend macht.

Zum Verjährungsbeginn nach §§ 198, 199 BGB a.F. herrschte die Meinung vor, dass verhaltene Ansprüche im Sinne des § 199 BGB a.F. entstanden seien und damit zu verjähren begannen, wenn alle sonstigen Entstehungsvoraussetzungen gegeben waren und das Verlangen erstmals ausgeübt werden konnte (BGH NJW-RR 1988, 902, 904; 1988, 1374, 1376; NJW-RR 2000, 647). Diese Auffassung ist im Hinblick auf die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingetretene Verkürzung der Regelverjährungsfrist in § 195 BGB von 30 auf 3 Jahre indes nicht mehr sachgerecht. Dementsprechend hat der Gesetzgeber bei der Leihe (§ 604 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3), der Hinterlegung (§ 695 Satz 2) und der Verwahrung (§ 696 Satz 2) angeordnet, dass die Verjährung erst mit der Rückforderung bzw. dem Rücknahmeverlangen beginnt. Von einer allgemeinen Vorschrift zur Verjährung derartiger Ansprüche hat der Gesetzgeber im Hinblick auf den Ausnahmecharakter dieser Fälle abgesehen (Begr. RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 258). Dennoch lässt sich aus diesen Vorschriften mit der im Schrifttum ganz überwiegend vertretenen Auffassung ein allgemeiner Rechtsgedanke entnehmen, der auch für andere verhaltene Ansprüche gilt (Grothe in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 199 Rn. 7, Bamberger/Roth/Henrich, BGB, 2. Aufl., § 199 Rn. 10; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 12. Aufl., § 199 Rdn. 4; Mansel/Stürner, Anwaltkommentar, BGB, § 199 Rn. 22 f.; Kessler in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 199 Rn. 5; Palandt/Heinrichs, § 199 Rn. 8; Peters in: Staudinger, BGB, Bearbeitung 2003, § 199 Rn. 9; Soergel/Niederführ, BGB, 13. Aufl., § 199 Rn. 17; abw., aber ohne Begründung Krüger und Bittner jew. a.a.O.). Zwar gibt es verhaltene Ansprüche, deren Verjährung nicht von ihrer Geltendmachung abhängt. Das gilt etwa für verhaltene Ansprüche, die einen Hauptanspruch lediglich ergänzen. Diese verjähren entsprechend § 217 BGB mit dem Hauptanspruch (Palandt/Heinrichs a.a.O. und § 217 Rdn. 1). Dazu zählt insbesondere der Anspruch auf eine Quittung (§ 368 BGB), dessen Verjährung der des Hauptanspruchs folgt (vgl. Palandt/Grüneberg § 368 Rn. 7). Ein von der Geltendmachung unabhängiger Beginn der Verjährung mag zudem für Ansprüche gelten, die – wie etwa der Anspruch auf das stellvertretende commodum (§ 285 BGB) – lediglich auf die Konkretisierung des Leistungsgegenstandes gerichtet sind, ohne dass der Zweck verfolgt wird, dem Gläubiger die Geltendmachung des Anspruchs auch in zeitlicher Hinsicht offen zu halten (vgl. Grothe a.a.O.; Palandt/Heinrichs, § 285 Rn. 12; zum Vertragsstrafenanspruch Rieble NJW 2004, 2270). Gerade letzteres ist bei dem in der Telefonkarte verkörpertem Telefonieranspruch aber der Fall. Nach dem Sinn und

Zweck des Leistungsversprechens, wie sie sich aus Sicht des durchschnittlichen Telefonkartenempfängers unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen darstellen (§§ 133, 157 BGB), ist es in dessen Belieben gestellt, wann er den Telefonieranspruch ausübt und das in der Telefonkarte verkörperte Guthaben aufbraucht. Der durchschnittliche Karteninhaber, dessen Sicht für die Auslegung maßgebend ist (vgl. Staudinger/Marburger § 793 Rdn. 9), schließt zu Recht die Annahme aus, dass er das Guthaben innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist abtelefonieren müsse, wenn er nicht dessen „Verfall“ durch Erhebung der Verjährungseinrede durch die Beklagte riskieren will. Die Verjährung des Anspruchs beginnt daher erst mit seiner Geltendmachung. Das erscheint auch deshalb interessengerecht, weil daneben die absolute Verjährungsfrist aus § 199 Abs. 4 BGB läuft, die mit der Entstehung des Anspruches (= Fälligkeit im Sinne der Möglichkeit seiner Geltendmachung) beginnt (vgl. Palandt/Heinrichs, § 199 Rdn. 8). Eine andere Auslegung ist entgegen der Meinung der Beklagten nicht veranlasst und stände zudem im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die für die vor Mitte Oktober 1998 herausgegebenen Karten der Beklagten das Recht zur Sperrung nur im Gegenzug gegen die Einräumung eines unbefristeten Umtauschrechts zugesteht (BGH NJW-RR 2008, 562 = MMR 2008, 458). Diese Ausführungen gelten in gleicher Weise, soweit sich der Anspruch aus der Telefonkarte als kleinem Inhaberpapier herleitet. Die in einem kleinem Inhaberpapier verkörperte Forderung unterliegt der Verjährung nach den allgemeinen Vorschriften; die besonderen Bestimmungen über das Erlöschen durch Versäumung der Vorlegungsfrist (§ 801 Abs. 1 BGB) gelten nicht (Marburger in: Staudinger, BGB, Bearbeitung 2009, § 807 Rn. 8; Habersack in: Münchener Kommentar, § 807 Rn. 15).

Da die Klägerin ihre Ansprüche erst im Jahre 2007 geltend gemacht hat, waren sie im Zeitpunkt der nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB verjährungshemmenden Klageerhebung im März 2008 noch nicht verjährt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Übergangsregelungen in Art. 229 § 6 EGBGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in den Fällen der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB der Fristbeginn nach Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 BGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzung des § 199 Abs. 1 BGB zu berechnen (BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584; NJW 2007, 2034; NJW-RR 2008, 258). Danach muss bei verhaltenen Ansprüchen noch die Geltendmachung hinzutreten. Soweit

man daneben die 10-jährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 4 BGB n.F. anwendet, hat diese ebenfalls erst am 01.01.2002 (Artikel 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB) mit der Folge begonnen, dass auch danach noch keine Verjährung eintreten konnte.

c) Es kommt deshalb nicht auf die vom Landgericht verneinte Frage an, ob die Einrede der Verjährung auch unter dem Gesichtspunkt entkräftet ist, dass die Beklagte in Internetauskünften konkludent auf den Einwand der Verjährung verzichtet hat oder wegen eines durch diese Auskünfte begründeten Vertrauens nach § 242 BGB an der Erhebung der Einrede gehindert ist. Letzteres dürfte schon daran scheitern, dass der Vertrauensschutz der Klägerin jedenfalls durch das Schreiben der Beklagten vom 20.12.2007 (Anlage K 8) zerstört worden ist, in dem diese sich auf die Verjährung berufen hat. Die Klägerin hätte daher innerhalb einer Frist, deren Höchstgrenze in der Regel bei vier Wochen liegt, Klage erheben müssen (vgl. Palandt/Heinrichs Vor § 194 Rdn. 20). Die Klage ist aber erst im März 2008 erhoben worden.

5. Der Höhe nach ist der Klageanspruch unstreitig, nachdem die Klägerin die Klageforderung auf den von der Beklagten eingeräumten Guthabenwert der zurückgesandten 3668 Telefonkarten beschränkt hat. Der geltend gemachte Anspruch auf Nutzungsersatz ergibt sich aus § 347 BGB a.F.

6. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 25.5.2009 gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision lässt der Senat im Hinblick auf die in der Rechtsprechung umstrittene und eine erhebliche Anzahl von Fällen betreffende Frage der Verjährung des Anspruches aus Telefonkarten der streitgegenständlichen Art zu (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO).

Berufungstreitwert: 19.042,81 €, ab dem 29.4.2009 17.633,43 €.

Caesar

Potthoff

Dr. Küpper