

71

Verkündet
am 21. Dezember 1959

2406 070

Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der P [REDACTED] Produktionsgesellschaft für elektro-
akustische Geräte Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
in H [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer,
den Rechtsanwalt Dr. Ernst M [REDACTED] in H [REDACTED] und den
Direktor Reinhold S [REDACTED] in V [REDACTED], L [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Nebenintervenientin der Klägerin: N [REDACTED] Bank
für Wirtschaft und Arbeit Aktiengesellschaft in H [REDACTED],
R [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand,

-Prozeßbevollmächtigte I. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Kurt R [REDACTED] in H [REDACTED], W [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Dr. Haager, Liesecke und Hill

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Celle vom 27. Juni 1958 wird
auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

71

Tatbestand:

Der Beklagte stand seit Sommer 1951 mit der Firma M & Co GmbH in H in Geschäftsverbindung. Er kaufte als Großhändler von der Firma M Tonaufnahme- und Wiedergabegeräte (sog. Minifongeräte), wobei ihm 40 % Rabatt gewährt wurde, und verkaufte sie in den ihm zugewiesenen Bezirken weiter. Seit Mitte 1952 war er auch Prokurist der Firma M.

Die M Bank für Wirtschaft und Arbeit AG in H hatte der Firma M einen Kredit eingeräumt, der u.a. durch Abtretung von Forderungen aus der Lieferung von Minifongeräten gesichert wurde. Nach dem Mantelzessionsvertrag vom 30. Mai 1952 sollte die Abtretung jeweils als geschehen gelten, sobald die Firma M der Bank Rechkungskopien oder Aufstellungen übersandte, in denen die Forderungen näher bezeichnet waren. Im Mai 1953 übersandte die Firma M der Bank drei derartige Aufstellungen. In jeder waren auch Forderungen gegen den Beklagten enthalten. Als Forderungen gegen den Beklagten waren aufgeführt:

Rechnung vom 7.5.1953, fällig am 7.6.1953:	3.066,-- DM,
Rechnung vom 12.5.1953, fällig am 12.6.1953:	5.016,-- DM,
Rechnung vom 18.5.1953, fällig am 18.6.1953:	4.380,-- DM,
Rechnung vom 21.5.1953, fällig am 21.6.1953:	4.380,-- DM,
	16.842,-- DM.

Die Aufstellung, in der die Rechnung vom 21.5.1953 über 4.380 DM enthalten war, hatte der Beklagte mitunterschrieben. Auf den in den Aufstellungen aufgeführten Rechnungen, die dem Beklagten übersandt wurden, war vermerkt:

"obigen Rechnungswert haben wir heute der Bank zediert".

- 3 -

Die Bank teilte dem Beklagten durch Einschreiben vom 12., 19. und 22. Mai 1953 die Abtretungen mit; sie bat ihn, von den Abtretungen Kenntnis zu nehmen und ihr die Ordnungsmäßigkeit zu bestätigen. Hieran erinnerte sie ihn schriftlich am 5. Juni 1953. Durch Schreiben vom 13. Juni 1953, in dem die beiden Rechnungen vom 7. und 12. Mai 1953 über 5.066.— und 5.016.— DM aufgeführt waren, forderte die Bank den Beklagten auf, diese Beträge zu zahlen. Hierüber sprach der Beklagte am 15. Juni 1953 fernmündlich mit einem damaligen Direktor der Bank, dem Zeugen Sc[REDACTED]. Er zahlte nicht. Am 12. August 1953 fiel die Firma M[REDACTED] in Konkurs.

Die Bank übertrug am 16. September 1953 die ihr von der Firma M[REDACTED] abgetretenen Forderungen, darunter die vier Forderungen gegen den Beklagten, an die Klägerin, die sie mit der Klage geltend gemacht hat. Sie ist der Klägerin auf deren Streitverkündung als Nebenintervenientin beigetreten.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht, daß er bei der Firma M[REDACTED] aus Darlehen und Vorauszahlungen am 31. Dezember 1952 ein Guthaben von 28.009,63 DM gehabt habe. Außerdem habe er eine Forderung von 11.245,60 DM gehabt, die ihm am 13. April 1953 gutgeschrieben worden sei. Dieser Forderung liege folgender Sachverhalt zugrunde: Die Firma M[REDACTED] habe in seine Verkaufsbezirke Direktlieferungen von Minifongeräten vorgenommen. Dafür habe sie ihm nach dem Vertrage eine Provision von 40 % abzüglich seiner eigenen Vertriebsunkosten zu zahlen gehabt. Am 13. April 1953 habe er der Firma M[REDACTED] eine Aufstellung über die Direktgeschäfte übersandt, die daraufhin die Gutschrift vorgenommen habe. Mit der Firma



M[REDACTED] habe ein Kontokorrentverhältnis bestanden. Die Abtretung der Klagforderung sei deshalb nicht möglich gewesen. Im Frühjahr 1953 habe er mit der Firma M[REDACTED] vereinbart, daß künftige Lieferungen an ihn auf sein Guthaben verrechnet würden. Außerdem habe er am 15. Juni 1953 in einem Ferngespräch mit dem Direktor Sc[REDACTED] der Bank gegen die abgetretenen Forderungen ausdrücklich mit seinen Forderungen gegen die Firma M[REDACTED] aufgerechnet.

Die Klägerin hat bestritten, daß ein Kontokorrentverhältnis zwischen dem Beklagten und der Firma M[REDACTED] bestanden habe. Der Beklagte habe auch keine Forderungen aus Darlehen oder Vorschüssen sowie auf Provisionen gegen die Firma M[REDACTED] gehabt. Er habe kein Verrechnungsabkommen mit der Firma M[REDACTED] getroffen und auch nicht gegenüber der Bank aufgerechnet. Auch habe er nicht aufrechnen können, denn die Abtretungen seien mit seinem Einverständnis erfolgt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Klägerin insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die Abweisung der Klage in Höhe von 11.245,60 DM nebst Zinsen richtet. Mit der Revision beantragt die Klägerin, das Teilurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß zwischen dem Beklagten und der Firma M[REDACTED] kein Kontokorrentverhältnis

nis im Sinne des § 355 HGB bestanden habe und daß daher die einzelnen Kaufpreisforderungen über die Lieferungen an den Beklagten der Bank abgetreten werden konnten. Der Beklagte habe auch mit den einzelnen, ihm gegen die Firma M. [REDACTED] zustehenden Forderungen, nicht etwa nur mit einer Saldoforderung, aufrechnen können und eine solche Aufrechnung am 15. Juni 1953 erklärt. Die Revision vermißt eine Feststellung des Berufungsgerichts, welche der vom Beklagten behaupteten Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt sein sollte. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte habe zum Ausdruck gebracht, daß er nicht zahlen wolle, weil er Gegenforderungen gegen die Firma M. [REDACTED] habe. Darin liege die Aufrechnung mit sämtlichen Forderungen, die er gegen die Firma M. [REDACTED] gehabt habe. Eine solche Aufrechnungserklärung sei zulässig. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Lag kein Kontokorrentverhältnis vor, wie das Berufungsgericht annimmt, so konnte mit den einzelnen, sich aus der Geschäftsverbindung ergebenden Gegenforderungen aufgerechnet werden. Die Erklärung des Beklagten ist ohne Rechtsirrtum vom Berufungsgericht dahin ausgelegt worden, daß der Beklagte, wenn keine Saldoforderung in Betracht kam, mit den einzelnen Forderungen aufrechnete. Eine Erklärung, die den Willen zur Aufrechnung beim Vorhandensein mehrerer Gegenforderungen ausspricht, wird durch § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB dahin ergänzt, daß die aufzurechnende Gegenforderung aus sämtlichen in Betracht kommenden Forderungen nach der Regel des § 366 Abs. 2 BGB ausgewählt wird. Die Aufrechnungserklärung ist in diesem Falle nicht deshalb unwirksam, weil die aufgerechnete Gegenforderung nicht bezeichnet worden ist (vgl. Staudinger, BGB § 396 Anm. I 1 b).

Das Berufungsgericht hat hier allerdings die Provisions-

forderung als die aufgerechnete Gegenforderung angesehen, ohne die Reihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB zu beachten. Es hat insbesondere nicht in erster Linie geprüft, ob nicht bereits die älteren Gegenforderungen aus dem Guthaben vom 31. Dezember 1952 und aus Gutschriften die Klagforderung in Höhe von 11.245,60 DM zum Erlöschen gebracht haben, vielmehr die Prüfung dieser Forderungen der Entscheidung über den Rest der Klagforderung vorbehalten. Die Klägerin wird aber durch dieses Verfahren des Berufungsgerichts nicht beschwert, da die Provisionsforderung, wenn sie sich als begründet erwies, in jedem Falle der Klagforderung in Höhe von 11.245,60 DM entgegenstand.

II. Die Klägerin hat die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber allen abgetretenen Forderungen auch darauf gestützt, daß der Beklagte die letzte Abtretung, in der die Forderung aus der Rechnung vom 21. Mai 1953 über 4.380 DM gegen ihn enthalten war, selbst als Prokurist der Firma M. mitunterscriben hat. Sie hat ausgeführt, die Bank habe angesichts dieser Unterschrift davon ausgehen müssen und dürfen, diese Abtretung und auch die vorangegangenen, die zum Teil ebenfalls Forderungen gegen den Beklagten betrafen und ihm mitgeteilt worden waren, gingen in Ordnung. Das Berufungsgericht ist zu der Ansicht gelangt, daß der Beklagte die Abtretung einer gegen ihn selbst gerichteten Forderung bei der Unterzeichnung der Mitteilung an die Bank nicht bewußt mitvollzogen habe. Ob diese Feststellung ohne den von der Revision gerügten Verfahrensverstoß getroffen worden ist und ob eine Anfechtung gemäß § 119 BGB erforderlich gewesen ist, wie die Revision meint, bedarf keiner Erörterung. Aus der letzten Abtretung mit der Unterschrift des Beklagten konnte jedenfalls nicht von der Bank entnommen werden, auch die vorangegangenen, vom Beklagten nicht

mitunterzeichneten Abtretungen sollten von ihm anerkannt werden. Die Bank hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in den Anzeigen der einzelnen Abtretungen ausdrückliche Erklärungen des Beklagten verlangt, daß die Abtretungen in Ordnung seien, und an diese Bestätigungen, als sie der Beklagte nicht abgab, noch nach der letzten Abtretung vergeblich erinnert. Gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die Forderungen aus den Rechnungen vom 7., 12. und 18. Mai 1953 können hiernach aus der Mitunterschrift der letzten Abtretung keine Bedenken hergeleitet werden. Ob die Aufrechnung auch gegenüber der Forderung aus der Rechnung vom 21. Mai 1953 zulässig ist oder ob der Schuldner durch die Mitunterzeichnung ein wirksames Einverständnis mit der Abtretung erklärt hat, das einer Aufrechnung mit Forderungen gegen den bisherigen Gläubiger entgegensteht, kann unerörtert bleiben. Die Gegenforderung von 11.245,60 DM ist gemäß §§ 396, 366 Abs. 2 BGB auf die Forderungen aus den Rechnungen vom 7., 12. und 18. Mai 1953 zu verrechnen, weil sie die älteren sind. Sie belaufen sich auf 12.462 DM. Die Klagforderung ist also, wenn die Provisionsforderung zu Recht besteht, in Höhe von 11.245,60 DM unbegründet, ohne daß die Aufrechnung gegenüber der Forderung aus der Rechnung vom 21. Mai 1953 herangezogen zu werden braucht.

III. Das Berufungsgericht hat auch das Bestehen der Gegenforderung von 11.245,60 DM ohne den von der Revision gerügten Verfahrensverstoß festgestellt. Die Revision beanstandet das Verfahren des Berufungsgerichts, das die Beweiserhebung auf ein Guthaben des Beklagten bei der Firma M abgestellt, im Urteil aber die Klägerin unter Verstoß gegen § 139 ZPO damit überrascht habe, es komme auf die einzelnen

Forderungen an. Die Klägerin sei der Meinung gewesen, die gesamten Ansprüche gegen den Beklagten überstiegen dessen Gegenforderungen bei weitem. Sie würde, wenn ihr die Meinungsänderung des Berufungsgerichts bekannt gewesen wäre, Beweis dafür angetreten haben, daß die Provisionsforderung des Beklagten, die zudem auf fingierten Rechnungen beruhe, nicht fällig gewesen sei, als er von der Abtretung erfahren habe. Die angeblich provisionspflichtigen Geschäfte seien damals noch nicht abgewickelt gewesen. Die Rüge ist nicht begründet.

Die Klägerin hatte geltend gemacht, es liege kein Kontokorrentverhältnis zwischen dem Beklagten und der Firma M vor. Sie konnte auch mit der Klage nur durchdringen, wenn das Gericht dieser Ansicht folgte und deshalb die einzelnen, von ihr erworbenen und mit der Klage geltendgemachten Forderungen der Firma M gegen den Beklagten, nicht nur eine Saldoforderung, für abtretbar hielt. Die Beweiserhebung des Gerichts über eine "Guthabenforderung" des Beklagten konnte der Klägerin unter diesen Umständen keinen Grund geben, ihre Einwendungen gegen das Bestehen einer Provisionsforderung des Beklagten gegen die Firma M nicht vollständig vorzutragen und etwaigen Beweis nicht anzutreten. Das Berufungsgericht hat sich bemüht, die verschiedenen Forderungen und Gegenforderungen aus der Geschäftsverbindung des Beklagten mit der Firma M aufzuklären, ohne damit zu der Frage, ob ein Kontokorrentverhältnis vorliege und ob es nur auf den Überschuß der Forderungen über die Gegenforderungen ankomme, Stellung zu nehmen. Der Klägerin ist keine Verteidigungsmöglichkeit gegenüber der Aufrechnung des Beklagten mit der Provisionsforderung abgeschnitten worden, wie die Revision meint. Das Berufungsgericht ist ihrem

Vortrag über das Nichtbestehen eines Kontokorrentverhältnisses gefolgt und danach mußte sie auch ihren weiteren Vortrag hinsichtlich sämtlicher Gegenforderungen einrichten.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme für erwiesen erachtet, daß es sich bei der Provisionsforderung nicht um eine Scheinforderung handelt. Die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber der Klägerin ist mit Recht aus § 406 BGB entnommen worden.

IV. Die Revision vermißt eine Feststellung des Berufungsgerichts über die Fälligkeit der Provisionsforderung. Diese sei erst am 30. Juni 1953 (§ 88 Abs. 4 HGB aF) und nur insoweit eingetreten, als die Kunden gezahlt hätten (§ 88 Abs. 1 Satz 2 HGB aF). Über den Eingang dieser Zahlungen bei der Firma Monske sei aber nichts festgestellt. Das Berufungsurteil läßt indessen keinen Rechtsirrtum erkennen.

Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ist der Beklagte ein Großhändler, der von der Firma M. Minifongeräte unter Gewährung von 40 % Rabatt kaufte und in den ihm zugewiesenen Bezirken weiterverkaufte. Das Berufungsgericht erachtet für erwiesen, daß die Firma M. verpflichtet war, für Direktlieferungen in die Bezirke des Beklagten "Provision" zu zahlen. Der Beklagte war also Eigenhändler mit Bezirks- und Kundenschutz in der Art, daß bei Lieferungen in seine Bezirke der um seine Vertriebskosten gekürzte Rabatt von 40 % an ihn zu zahlen war (vgl. Protokoll über die Anhörung des Beklagten vom 18. August 1955, Bl. 167 GA). Diese Zahlungen stellen sich nicht als Bezirksprovisionen eines Handlungsagenten gemäß § 89 HGB aF

dar, sondern beruhen auf Zusagen, die die Erfüllung der mit einem Eigenhändler getroffenen Ausschließlichkeitsabrede sichern. Die damals für die Provision eines Handlungsagenten geltenden Vorschriften sind also auf das Rechtsverhältnis nicht unmittelbar anzuwenden. Auch wenn die entsprechende Anwendung der §§ 88, 89 HGB aF auf die Vertragsbeziehungen des Beklagten zur Firma M. in Betracht gezogen wird (vgl. z.B. BGH LM HGB § 86a Nr. 2), stellt sich die getroffene Entscheidung als richtig dar. Bei der Gut-schrift von 11.245,60 DM handelte es sich um die Vergütung für Direktlieferungen, die während des Aufenthaltes des Be- klagten in Amerika von der Firma M. vorgenommen waren und die der Beklagte nach seiner Rückkehr beanstandet hatte. Der Beklagte hatte aus den Büchern der Firma Monske diese Geschäfte herausgezogen, eine Aufstellung gefertigt und Zahlung verlangt. Die Firma M. schrieb ihm darauf- hin den verlangten Betrag gut. Zwischen dem Beklagten und der Firma M. wurde also aus besonderem Anlaß außerhalb der regelmäßigen Abrechnungen, die nach § 88 Abs. 4 HGB aF im Zweifel halbjährlich vorzunehmen waren, Provision für Direkt- geschäfte auf Grund einer Abrechnung vorbehaltlos als ge- schuldet anerkannt (vgl. § 782 BGB). Damit war dieser Be- trag zur Zahlung fällig, unabhängig davon, ob die in der Aufstellung enthaltenen Direktgeschäfte durch Zahlung des Kaufpreises ausgeführt waren oder nicht. Ob die Firma M. das Anerkenntnis ganz oder teilweise im Hinblick auf § 88 Abs. 1 Satz 2 HGB aF wegen der Nichtzahlung des Kaufpreises durch die Kunden hätte zurückfordern können, braucht nicht erörtert zu werden. Die Klägerin hat nicht behauptet, daß dies geschehen ist. Das Berufungsgericht konnte daher unbe- denklich von der Fälligkeit der zur Aufrechnung verwendeten Gegenforderung ausgehen, auch wenn § 88 HGB aF für anwend- bar gehalten wird.

V. Das Berufungsgericht war auch nicht gehindert, gemäß § 301 ZPO die Berufung durch Teilurteil zurückzuweisen, soweit die Klage in Höhe von 11.245,60 DM abgewiesen worden ist. In dieser Höhe ist die Klagforderung durch zulässige und begründete Aufrechnung erloschen. Sie kann über den Rest von 5.599,40 DM nicht hinausgehen.

VI. Die Revision erweist sich hiernach im vollen Umfang als unbegründet. Sie war daher zurückzuweisen. Die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels hat die Klägerin gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr.Nastelski Dr.Kuhn Dr.Haager Liesecke Hill
