



1

•

1

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 33/68

URTEIL

Verkündet am
19. Dezember 1969
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt H [REDACTED], D [REDACTED],
C [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr
von [REDACTED] -

gegen

die Firma Richard H [REDACTED], Spezialfabrik elektrischer Ventilatoren und Apparate, K [REDACTED]/[REDACTED], Inhaberin: Frau Ingeborg H [REDACTED] geb. H [REDACTED] in K [REDACTED].

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkman, Alff, Dr. Merkel und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 15. Februar 1968 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellt elektrische Geräte, darunter Waschmaschinen her, die früher von einer Firma T [REDACTED] in D [REDACTED] und, nachdem diese Mitte des Jahres 1956 in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, von zweien ihrer Angestellten, dem Kläger und dem Kaufmann Rudi W [REDACTED], unter der von ihnen gegründeten Firma "H [REDACTED] & W [REDACTED] OHG" (im folgenden "OHG" genannt) mit Sitz erst in D [REDACTED], später in Stadt A [REDACTED], vertrieben wurden. Im Jahre 1957 trat der OHG als weiterer Gesellschafter der Assessor H [REDACTED] bei.

Die Vertriebsgesellschaft bezeichnete sich als "Werksvertretung der Beklagten", handelte aber nach außen hin selbständig. Erlöse aus Barverkäufen vereinbarte sie in vollem Umfang selbst. Die weitaus zahlreicheren Kreditgeschäfte wurden über die D [REDACTED]-I [REDACTED]-F [REDACTED]-AG (D [REDACTED]) unter Einschaltung der Beklagten



abgewickelt, die sich der D[REDACTED] gegenüber für die Verbindlichkeiten der einzelnen Käufer verbürgte. Die D[REDACTED] schrieb der Beklagten 95 % des von ihr jeweils kreditierten Betrages gut und behielt die restlichen 5 % als sog. "Schadensreserve" zurück. Die Beklagte brachte ihrerseits der OHG die restliche von dieser aus den einzelnen Verkäufen noch zu beanspruchenden Handelsspanne gut abzüglich einer weiteren, bei ihr, der Beklagten, gebildeten "Schadensreserve". Wurde ein Teilzahlungsvertrag notleidend, so belastete die D[REDACTED] die Beklagte mit dem ausgefallenen Betrag. Diese gab die Belastung voll an die OHG weiter.

Die Geschäftsvorfälle zwischen der OHG und der Beklagten wurden von Anfang an von der Beklagten kontokorrentmäßig verbucht. Salden wurden jedoch nur unregelmäßig monatlich oder vierteljährlich, stets aber zum 31. Dezember jeden Jahres, gezogen.

Nachdem H[REDACTED] die OHG bereits Mitte des Jahres 1958 zum 31. Dezember 1958 gekündigt hatte, vereinbarten die Gesellschafter am 8. April 1959 auch das Ausscheiden W[REDACTED]s zu diesem Zeitpunkt. Der Kläger übernahm mit Wirkung vom 1. Januar 1959 allein das Unternehmen mit Aktiven und Passiven und führte die bisherige Firma unter Wegfall des Zusatzes "OHG" fort. Er wurde als Alleininhaber der Firma am 5. Mai 1959 in das Handelsregister eingetragen.

Schon durch Schreiben vom 3. April 1959 hatte die Beklagte den Vertriebsvertrag mit der OHG fristlos gekündigt, u.a. weil die Verbindlichkeiten der OHG der Beklagten gegenüber immer weiter anstiegen. Der Schuldsaldo wurde zu diesem Zeitpunkt aber nicht förmlich festgestellt. Vielmehr vereinbarten die Parteien am 26. Mai 1959, daß

sich der Kläger weiter um die Abwicklung der Waschmaschinenverkäufe der OHG, insbesondere um die Einziehung der Außenstände und ihre Abführung an die Beklagte, bemühen werde.

Am 25. Juni 1959 erwirkte die Beklagte beim Amtsgericht Kirchhain, Bezirk Kassel - 7 B 763/59 -, einen Zahlungsbefehl über 50.000,-- DM nebst 10 % Zinsen seit 3. April 1959 aus "laufender Geschäftsverbindung und Kauf von Waschmaschinen" gegen die "Firma H [REDACTED] & W [REDACTED] OHG ... vertreten durch Kurt H [REDACTED]" (den Kläger) und die beiden früheren Mitgesellschafter H [REDACTED] und W [REDACTED] als Gesamtschuldner. Während die beiden letzteren Widerspruch erhoben, erging gegen die Firma H [REDACTED] & W [REDACTED] am 10. Juli 1959 ein gleichlautender Vollstreckungsbefehl, der dem Kläger am 22. Juli 1959 zu Händen seiner Ehefrau zugestellt und rechtskräftig wurde, ohne daß Einspruch gegen ihn eingelegt worden wäre. Die beiden früheren Gesellschafter Hanelt und Winter hat das Berufungsgericht nach entsprechender Erhöhung der Klagforderung durch Urteil vom 4. Juni 1964 - 2 U 182/62 - zur Zahlung von 100.000,-- DM (zuzüglich Zinsen) als Gesamtschuldner an die Beklagte verurteilt. Ihre Revision hatte keinen Erfolg (Urteil des II. Zivilsenats vom 13. Juli 1967 - II ZR 144/64). Der vom Amtsgericht Kirchhain am 10. Juli 1959 erlassene Vollstreckungsbefehl wurde im Verlauf des vorliegenden Verfahrens rechtskräftig dahin berichtigt, daß die Schuldnerbezeichnung "Firma H [REDACTED] & W [REDACTED] ... Inhaber: Kaufmann Kurt H [REDACTED]" lautet.

Der Kläger leistete auf die durch den Vollstreckungsbefehl titulierte Forderung keine Zahlungen. Die Beklagte vollstreckte zunächst auch nicht. Sie übersandte dem Kläger

jedoch noch während des Jahres 1959 und von 1960 an laufend Kontoauszüge, zu denen der Kläger mehrfach bis Mitte des Jahres 1961 schriftlich "vorläufige Anerkenntnisse" der errechneten Salden mit Vorbehalten bezüglich einzelner von ihm aufgeführter Positionen erteilte.

Unter dem 5. Juli 1961 teilte die Beklagte dem Kläger mit, daß sich ihr Teilzahlungsobligo bei der D [REDACTED] auf 28.700,-- DM verringert habe. Da die einbehaltenen Schadensreserven, auch die der Beklagten, diesen Betrag bei weitem überstiegen, nahm der Kläger den Standpunkt ein, die Kautionssummen seien nunmehr zumindest überwiegend frei geworden und stünden ihm zu. Deshalb rechnete er durch Schreiben seines Anwalts vom 21. November 1961 mit diesen Ansprüchen gegen die Forderung der Beklagten aus dem Vollstreckungsbefehl auf. Diese erwiderte unter dem 12. Januar 1962, es sei noch verfrüht, die "angeschnittenen Fragen" zu entscheiden, nachdem die "gesamte Abwicklung der Fa. H [REDACTED] & W [REDACTED] noch nicht durchgeführt" sei. Mit Schreiben vom 13. Dezember 1962 verständigte sie den Kläger dann davon, daß sie die bei ihr gebildete Schadensreserve von 82.500,-- DM jetzt seinem Kontokorrentkonto gutgebracht habe. Auf die weitere Mitteilung der Beklagten vom 13. Januar 1963 über den letzten Kontostand des Jahres 1962 von 314.901,48 DM schwieg der Kläger bewußt. Nach den Angaben der Beklagten schloß das bei ihr für den Kläger geführte Konto per 31. Dezember 1966 mit 295.721,48 DM zu ihren Gunsten und blieb im Jahre 1967 unverändert.

Im vorliegenden Verfahren erstrebt der Kläger, die Zwangsvollstreckung aus dem mehrfach erwähnten Vollstreckungsbefehl für unzulässig zu erklären.

Er meint, an sich richte sich der Vollstreckungsbefehl gar nicht gegen ihn, da er gegen eine überhaupt nicht mehr bestehende Firma beantragt und auch erlassen worden sei. Daran ändere die inzwischen ausgesprochene Berichtigung nichts, da sie unzulässig gewesen und nicht bindend sei.

Anlässlich der Auflösung des Waschmaschinenvertriebsvertrages im Jahre 1959 habe er zudem mit der Beklagten vereinbart, daß aus dem damals zugunsten der Beklagten bestehenden Saldo mit Rücksicht auf eine auf lange Sicht angelegte Zusammenarbeit der Parteien zunächst keine Rechte gegen ihn, den Kläger, hergeleitet würden; seine Schuld sei auf jeden Fall gestundet worden.

Im übrigen habe zwischen den Parteien gar kein Kontokorrentverhältnis bestanden. Etwas Derartiges sei nie, auch nicht stillschweigend, vereinbart worden. Er habe nicht einen einzigen von der Beklagten gezogenen Saldo vorbehaltlos anerkannt. Infolgedessen hätten sich nur Einzelforderungen der Parteien gegenübergestanden, mit denen sie nach ihrer Wahl hätten aufrechnen können. Das habe er, der Kläger, mit seinem Anspruch auf Auszahlung der beiden bei der Beklagten und der D■■■■ gebildeten Schadensreserven und einer Reihe weiterer Gegenforderungen getan.

Der Kläger hat beantragt,

die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbefehl des Amtsgerichts Kirchhain vom 25. Juni/10. Juli 1959 - 7 B 763/59 - für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, zwischen den Parteien sei zumindest stillschweigend eine Kontokorrentabrede getroffen worden. Deshalb könne der Kläger nur die Gutschrift der bei der Beklagten frei gewordenen Schadensreserve, nicht aber deren Auszahlung verlangen oder etwa gegen oder mit einzelnen Kontokorrentposten aufrechnen. Nach Gutschrift des in Frage kommenden Betrages verbleibe aber ein die titulierte Forderung von 50.000,-- DM noch übersteigender Saldo zu ihren Gunsten. Weitere Gegenforderungen stünden dem Kläger nicht zu, seien aber auf jeden Fall wiederum kontokorrentpflichtig, also nicht aufrechenbar.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger die Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht sieht den Titel als gegen den Kläger und nicht gegen die bei Erlaß des Vollstreckungsbefehls nicht mehr bestehende Firma H [REDACTED] & W [REDACTED] OHG gerichtet an. An die rechtskräftige Berichtigung der ursprünglichen Schuldnerbezeichnung hält es sich für gebunden. Das Ergebnis wäre aber nicht anders, so führt das Berufungsgericht weiter aus, wenn der Vollstreckungsbefehl seine anfängliche Fassung behalten hätte. Im Wege der Auslegung sei anzunehmen, daß der Antrag der Beklagten

auf Erlaß eines Zahlungsbefehls gegen den gestellt gewesen sei, der sich hinter der von ihr gewählten Firmenbezeichnung tatsächlich verborgen habe. Das habe aber nach Lage des Falles allein der Kläger sein können.

2. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

a) Das Berufungsgericht geht zutreffend von der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs aus, wonach einem nach § 319 ZPO ergangenen Berichtigungsbeschluß jedenfalls dann die bindende Wirkung zu versagen ist, wenn "in Wahrheit kein Berichtigungsbeschluß vorliegt, sondern nur ein Beschluß, der sich Berichtigungsbeschluß nennt" (BGHZ 20, 188, 190/191, 194 zur nachträglichen Zulassung der Revision; RGZ 153, 252, 254, 256; 129, 155, 161 jeweils zur Ergänzung von Zuschlagsbeschlüssen). Ferner nimmt das Berufungsgericht zu Recht an, daß es nicht ausgeschlossen ist, auf dem vereinfachten Wege des § 319 ZPO auch eine falsche Schuldnerbezeichnung zu berichtigen (RGZ 69, 391, 397).

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob nicht gleichwohl die weitere Nachprüfung eines solchen Beschlusses möglich sein muß, wenn der Schuldner geltend macht, er sei auf unzulässige Weise in einen ihn gar nicht betreffenden Rechtsstreit gezogen worden. Denn die Revision übersieht, daß es im vorliegenden Falle nicht etwa um die Ersetzung einer bestimmten Person durch eine andere im Wege der Berichtigung geht, sondern nur um die nähere Bestimmung einer Person, die, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß festgestellt hat, unter der gewählten Bezeichnung von Anfang an gemeint war und die den Vollstreckungsbefehl auch tatsächlich als gegen sich gerichtet angesehen hat.

b) Deshalb ist auch die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, zum gleichen Ergebnis sei über eine Auslegung des Vollstreckungsbefehls zu gelangen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Seine eingehenden, den gesamten Prozeßstoff berücksichtigenden Darlegungen, nach denen sinnvollerweise gar niemand anders als der Kläger gemeint sein konnte, der allein die alte Firma H. [REDACTED] & W. [REDACTED] verkörperte - wie die Beklagte genau wußte -, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie sind um so einleuchtender, als der Kläger ursprünglich den Vollstreckungsbefehl selbst so aufgefaßt hat, sonst wäre sein eigenes Verhalten, mit dem er mit der Klage aus § 767 ZPO, also aus sachlich-rechtlichen Gründen eben gegen diesen Titel vorging, unverständlich.

Ein Verfahrensverstoß ist dem Berufungsgericht dabei nicht unterlaufen, denn die von der Revision als übergangen gerügten Beweisantritte konnten nur etwas dafür erbringen, ob der Kläger bis auf weiteres bzw. auf gewisse Zeit sachlich nicht in Anspruch genommen werden sollte, nicht aber, daß die Beklagte den Titel nicht gegen ihn, sondern gegen die überhaupt nicht mehr bestehende OHG erwirken wollte.

Das Reichsgericht hat im übrigen wiederholt die gegen eine Offene Handelsgesellschaft erhobene Klage, wenn sich nachträglich herausstellte, daß es sich um das Unternehmen eines Einzelkaufmanns handelt, als gegen diesen gerichtet angesehen und ausgesprochen, es müßten schon ganz besondere Gründe für die Annahme vorliegen, eine Klage sei gegen eine nicht bestehende Person erhoben worden (RGZ 157, 369, 374/375; 86, 63, 65).

II. 1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts fehlt es für die vom Kläger behauptete Vereinbarung zwischen den Parteien, wonach die Beklagte ihn wegen des ihr aus der Geschäftsbeziehung zwischen der OHG und ihr zustehenden Überschusses nicht habe in Anspruch nehmen wollen, an der für eine Vollstreckungsabwehrklage erforderlichen Voraussetzung, daß diese ohnehin zu wenig substantiierte Übereinkunft nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls getroffen worden sei.

2. Tatsächlich hatte der Kläger das nicht behauptet, sondern nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der letzten mündlichen Verhandlung vor ihm sogar eingeräumt, daß es sich um Vereinbarungen aus der Zeit vor Erlaß des Vollstreckungsbefehls handelt. Dann aber kann er nach den §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO insoweit keine Einwendungen mehr erheben, gleichgültig wie die von ihm behauptete Abmachung rechtlich zu qualifizieren wäre.

III. 1. Das Berufungsgericht bejaht an sich einen Anspruch des Klägers auf die von der Beklagten gebildete Schadensreserve, die erst nach der Zustellung des Vollstreckungsbefehls frei geworden sei. Trotzdem verwehrt es dem Kläger die Aufrechnung mit diesem Anspruch. Denn es entnimmt schon der Geschäftsbeziehung der OHG mit der Beklagten, aber auch dem Verhalten des Klägers nach der Fortführung der Firma durch ihn allein eine stillschweigende Kontokorrentabrede zwischen den Parteien, die zur Folge habe, daß kontokorrentpflichtige Leistungen und Ansprüche nicht mehr selbständig, sondern nur noch zur Verrechnung bei der Saldofeststellung geltend gemacht werden dürften. Mit ihnen könne vor allem nicht gegen bestimmte Einzelposten aufgerechnet werden. Der Anspruch des Klägers auf die frei gewordene Schadensreserve sei kontokorrentpflichtig und richte sich deshalb nur auf

Gutschrift im Rahmen der Gesamtabrechnung. Das Kontokorrentverhältnis zwischen den Parteien sei bislang weder durch Kündigung noch aus einem anderen Grund beendet worden. Die Auflösung hätte aber ohnehin nur Einfluß auf spätere Geschäftsvorfälle, nicht auf solche aus früherer Zeit.

Die Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise das Zurückgreifen auf eine Einzelforderung zugelassen werde, nämlich wenn ein aner kennenswertes wirtschaftliches Interesse an der selbständigen Geltendmachung eines an sich kontokorrentpflichtigen Anspruchs bestehe, seien - so führt das Berufungsgericht weiter aus - hier nicht gegeben. Diese Befugnis könnte nur dem Gläubiger eines Sal dos zustehen, also demjenigen, der nach der Saldofeststellung einen Überschuß zu beanspruchen habe. Daß er sich jemals in dieser Lage befunden habe, sei vom Kläger nicht dargetan worden. Würde ihm aber die Aufrechnung mit einem beliebigen Einzelposten gestattet, so würde damit praktisch die kontokorrentmäßige Bindung der Forderungen überhaupt aufgehoben.

Auch diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

2. Die Revision vermag zunächst die Feststellung des Berufungsgerichts nicht zu erschüttern, zwischen den Parteien sei stillschweigend ein Kontokorrentvertrag zustande gekommen.

a) Daß eine derartige Abrede nicht ausdrücklich getroffen zu werden braucht, sondern auch stillschweigend geschlossen werden kann, ist in Rechtsprechung und Schrift-

tum seit langem anerkannt (BGH WM 1956, 1125, 1126; 1959, 81, 83; Schlegelberger/Hefermehl Anm. 10; Godin in RGRK Anm. 12 je zu § 355 HGB). Wenn das Berufungsgericht unter eingehender Würdigung des beiderseitigen Sachvortrags, insbesondere des eigenen Verhaltens des Klägers, der sich auf die Übersendung der Kontoauszüge der Beklagten nie gegen die kontokorrentmäßige Buchung und Verrechnung als solche gewandt, sondern immer nur Einzelposten beanstandet hat, nach deren Bereinigung er aber die Abgabe eines vorbehaltlosen Anerkenntnisses in Aussicht stellte, den stillschweigenden Abschluß eines Kontokorrentvertrags zwischen den Parteien angenommen hat, so kann darin ein Rechtsfehler nicht erblickt werden. Die Revision verkennt, daß es für die Kontokorrentabrede lediglich auf den schlüssig erklärten Willen der Vertragspartner ankommt, die gegenseitigen Ansprüche und Leistungen im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung nicht einzeln geltend zu machen, sondern in regelmäßigen Abständen zu verrechnen und durch Saldo-feststellung und -anerkennung auf eine neue, vom bisherigen Schuldgrund losgelöste Grundlage zu stellen (BGH LM Nr. 11 zu § 355 HGB; NJW 1969, 879, 880; WM 1956, 1125, 1126; Schlegelberger/Hefermehl Anm. 14, Godin in RGRK Anm. 13, 23 je zu § 355 HGB).

Daß dann in Vollzug der Abrede tatsächlich Saldoan-erkenntnisse (ausdrücklich oder stillschweigend) erteilt worden sind, ist nur für die Entstehung einer ersetzenden Überschuforderung von Bedeutung, nicht aber für das Be- stehen eines Kontokorrentverhältnisses an sich, das die Kontokorrentpartner zur Mitwirkung bei der Saldo-feststellung verpflichtet und ihnen einen klagbaren Anspruch auf Abgabe eines Saldoanerkennnisses gibt (BGH WM 1955, 1315). Fehlt es an einem vorbehaltlosen Saldoanerkennnis, so

bleibt jedenfalls der sonstige Inhalt der Kontokorrentabrede, insbesondere die Gebundenheit der allein zur Verrechnung gestellten Einzelforderungen bis zur Saldofeststellung unberührt. Wäre es anders, so könnte sich jeder Saldoschuldner der Kontokorrentvereinbarung ohne weiteres dadurch entziehen, daß er die Anerkennung des Saldos am Ende einer Verrechnungsperiode einfach verweigert. Das würde im Widerspruch zu dem mit der Begründung des Kontokorrentverhältnisses verfolgten Zweck stehen.

b) Rechtsirrtumsfrei hat das Berufungsgericht ferner angenommen, daß der Kläger, wie sein Verhalten in den Jahren 1959 bis 1961 zeigt, das bereits von der OHG begründete Kontokorrent fortgesetzt hat, an das die Beklagte mit den von ihr nach der Übernahme des Unternehmens durch den Kläger erteilten Kontoauszügen ersichtlich anknüpfte, wie der Kläger durchaus erkannt hat. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, daß durch die Kündigung des Waschmaschinenvertriebsvertrages, die die Auflösung der dem Kontokorrent mit der OHG zugrunde liegenden Geschäftsverbindung zur Folge hatte, auch das Kontokorrentverhältnis selbst zunächst beendet wurde, ist doch der Kontokorrentverkehr mit dem Kläger im Rahmen der zwischen den Parteien im Mai 1959 getroffenen Vereinbarung wieder aufgenommen worden, wonach der Kläger nach seinem eigenen Vortrag die Abwicklung sämtlicher zwischen der OHG und der Beklagten noch schwebenden Geschäfte übernommen hat. Diese Tätigkeit des Klägers baute auf den sich aus dem damaligen Schuldsaldo der OHG bei der Beklagten ergebenden Verbindlichkeiten auf, für die er als früherer Gesellschafter der OHG ohnehin haftete. An diesen Saldo schlossen sich alle von der Beklagten in der Folgezeit übersandten Abrechnungen an.

c) Aus der Tatsache, daß die Beklagte den den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Vollstreckungsbe- fehl erwirkt hat, ist nichts Gegenteiliges herzuleiten. Das hinderte die Aufrechterhaltung des ursprünglichen bzw. die Vereinbarung eines neuen Kontokorrentverhält- nisses unter Einbeziehung der titulierten Forderung kei- neswegs.

Einmal ist es schon nicht undenkbar, daß einer Kon- tokorrentpartei gegen die andere ein durchsetzbarer An- spruch auf Ausgleich eines Debetsaldos noch vor Beendi- gung des Kontokorrentverhältnisses, ja sogar vor Abschluß der nächsten Verrechnungsperiode zusteht. Allerdings sind kontokorrentpflichtige Einzelforderungen, das ist der Re- vision zuzugeben, während des Laufs der Kontokorrentabrede grundsätzlich nicht gesondert einklagbar (RGZ 105, 233, 234). Das schließt aber nicht aus, daß der Gläubiger eines Zwischensaldos von seinem Schuldner einen Beitrag zum Kon- tokorrent verlangen darf, weil die inzwischen aufgelaufene Schuld den der Kontokorrentabrede zugrundeliegenden Abma- chungen widerspricht, die gar keine Kreditierung bzw. eine solche in geringerem Umfange vorsahen (so Schlegelberger/ Hefermehl Anm. 43 u. Godin in RGRK Anm. 19 a je zu § 355 HGB).

Zum anderen wäre selbst eine unzulässige gerichtliche Geltendmachung einer in einem Kontokorrentverhältnis ge- bundenen Einzelforderung seitens der Beklagten nicht etwa wirkungslos. Ihr hätte vielmehr durch die Erhebung der Kontokorrenteinrede begegnet werden müssen. Das war dem Kläger aber bereits vor Zustellung des Vollstreckungsbe- fehls (22. Juli 1959) möglich, denn schon vor dem 30. Juni 1959 hat er von der Beklagten einen Kontoauszug zur weite-

ren Saldoabstimmung erhalten, der darauf schließen ließ, daß die Beklagte von einer Fortsetzung des ursprünglichen Kontokorrentverhältnisses ausging. Die Kontokorrenteinrede kann der Kläger daher jetzt nicht mehr erheben (§§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO).

d) Daß das Berufungsgericht angesichts des Verhaltens beider Parteien in der Folgezeit keinen Verzicht der Beklagten auf die Durchführung des Kontokorrents daraus hergeleitet hat, daß sie den streitigen Vollstreckungsbefehl erwirkt hat, ist entgegen der Ansicht der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Wenn danach einerseits nicht feststeht, daß die Beklagte kontokorrentwidrig handelte, wenn sie den streitigen Vollstreckungsbefehl erwirkt, und andererseits der Kläger es versäumt hat, die ihm möglicherweise zustehende Kontokorrenteinrede durch Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl zu erheben, so verstößt die Beklagte nicht schon dadurch gegen Treu und Glauben, wie die Revision meint, daß sie sich jetzt dem Kläger gegenüber auf die von den Parteien getroffene Kontokorrentabrede beruft. Es müßten weitere Umstände hinzukommen, für deren Vorliegen es aber an hinreichendem Sachvortrag des Klägers fehlt.

e) Nach den verfahrensrechtlich einwandfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist das Kontokorrentverhältnis zwischen den Parteien bislang nicht beendet worden, weder durch Kündigung einer der Parteien noch aus anderen Gründen. Der Umstand, daß längere Zeit - nach dem Vortrag der Beklagten seit 1966 - auf dem Konto des Klägers bei der Beklagten keine Bewegungen mehr statt-

gefunden haben, spricht allein noch nicht gegen die Fortdauer des Kontokorrents (RG LZ 1927, 1108; Godin Anm. 40 aa0).

Selbst wenn man aber von einer stillschweigenden Auflösung des Kontokorrentverhältnisses - etwa mit der Erhebung der vorliegenden Klage - ausgehen wollte, so würde sich das, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, nur auf die späteren Geschäftsvorfälle auswirken, während alle vor der Beendigung des Kontokorrentverkehrs entstandenen Ansprüche und erbrachten Leistungen in die laufende Rechnung einzustellen sind (so schon RGZ 22, 148, 149). Der in Frage stehende Anspruch des Klägers auf die sog. "Schadensreserve" ist aber unstreitig schon in den Jahren 1961 oder 1962 entstanden.

3. Kontokorrentpflichtige Einzelforderungen können grundsätzlich nicht selbständig, sondern nur durch Einstellung in das Kontokorrent zur Verrechnung im Rahmen der bei Schluß einer Abrechnungsperiode oder bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses vorzunehmenden Saldofeststellung geltend gemacht werden (RG aa0, Schlegelberger/Hefermehl Anm. 26, 29, Godin in RGRK Anm. 16, 17 je zu § 355 HGB). Insbesondere ist die Aufrechnung eines Einzelpostens mit einem bestimmten Posten der Gegenseite unzulässig (Schlegelberger/Hefermehl Anm. 27, Godin, Anm. 19 aa0).

Zutreffend hält das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers auf die bei der Beklagten frei gewordene "Schadensreserve" für kontokorrentpflichtig. Es ist nicht zu erkennen, inwiefern diese innerhalb des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs zwischen den Parteien entstandene

Einzelforderung aus dem Kontokorrent ausgenommen sein sollte. Vergeblich versucht die Revision darzutun, daß dem Kläger gleichwohl ausnahmsweise die Aufrechnung mit diesem Anspruch gegen die durch den Vollstreckungsbefehl titulierte Forderung der Beklagten gestattet sein müßte.

a) Dabei kann sie sich von vornherein nicht auf § 366 BGB berufen, da diese Bestimmung im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses nicht anzuwenden ist (BGH WM 1961, 1046, 1047; 1959, 472, 474; RGZ 87, 434, 438). Entsprechendes gilt für § 396 BGB (BGH NJW 1968, 33, 35).

b) Auch ein besonderer Aufrechnungsvertrag, wie ihn die Revision behauptet, ist nach dem vom Berufungsgericht getroffenen, insoweit nicht angegriffenen Feststellungen zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Die Beklagte ging in ihrem Antwortschreiben auf das spezielle Verrechnungsbegehren des Klägers im Schreiben seines Anwalts vom 21. November 1961 gerade nicht ein, sondern verwies insoweit auf die noch durchzuführende "Gesamtabwicklung" des Rechtsverhältnisses mit dem Kläger, in deren Rahmen sie lediglich den Nachlaß von Zinsen in Aussicht stellte.

c) Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner im vorliegenden Falle die besonderen Voraussetzungen nicht als gegeben erachtet, unter denen die Rechtsprechung ausnahmsweise die Geltendmachung von Einzelforderungen trotz ihrer kontokorrentmäßigen Gebundenheit gerade zum Zwecke der Aufrechnung zuläßt. Reichsgericht und Bundesgerichtshof haben den Partnern eines Kontokorrentverhältnisses gestattet, auf die einem Saldo zugrunde

liegenden Einzeiposten immer dann zurückzugreifen, wenn daran ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht (LM Nr. 10 zu § 355 HGB; RGZ 162, 244, 251; 164, 212, 215). Zu Unrecht will das Berufungsgericht allerdings ein solches beachtliches Interesse nur in der Person des Gläubigers, nicht aber in der des Schuldners einer Saldoforderung anerkennen. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ging es gerade um Aufrechnungsmöglichkeiten für den Saldoschuldner, wenn auch mit Forderungen gegenüber einem Dritten. Der den angeführten Entscheidungen zugrundeliegende Rechtsgedanke bestand jedoch darin, wirtschaftlich unsinnige Folgen der in einer Saldoanerkennung liegenden Novation der Überschuforderung abzuwenden, ein Ziel, dem vor allem die Regelung des § 356 HGB dient. So sollte dem Saldogläubiger in den beiden vom Reichsgericht entschiedenen Fällen ein Konkursvorrecht erhalten bleiben, obgleich dieses Recht nur für die Einzeiposten bestand, die im Schlußsaldo des Kontokorrents aufgegangen und damit untergegangen waren. In BGH LM Nr. 10 zu § 355 HGB sollte der Schuldner eines Endsaldos seiner Aufrechnungsmöglichkeiten mit Forderungen außerhalb des Kontokorrentverhältnisses nicht deshalb verlustig gehen, weil die Gegenforderungen kontokorrentpflichtig und deshalb im Rahmen der Saldofeststellung und -anerkennung erloschen waren.

Im vorliegenden Falle stehen aber weder die wirtschaftlichen Folgen der in einem Saldoanerkennntnis zu erblickenden Novation der bisherigen Einzelforderungen noch die Erhaltung von Sicherungsmitteln außerhalb des Kontokorrents in Frage. Hier geht es vielmehr allein um die Verrechnung von Einzeiposten innerhalb eines noch nicht abgeschlossenen Kontokorrentverhältnisses. Wollte man es in einem solchen Falle als wirtschaftlich gerechtfertigt ansehen, daß ein Konto-

korrentpartner eine ihm lästige Einzelforderung des anderen Teils durch bloße Aufrechnung mit einem beliebigen Gegenposten tilgt, so würde das - wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt - praktisch zu einer Aufhebung der kontokorrentmäßigen Bindung der kontokorrentpflichtigen Ansprüche und Leistungen führen.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die von der Beklagten betriebene Erwirkung eines Vollstreckungstitels für eine Einzelforderung oder einen Zwischensaldo im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses an sich regelwidrig war. Die Maßnahme kann nämlich - wie unter 2 c dargelegt - berechtigt sein, wenn die Höhe des aufgelaufenen Debetsaldos nicht den dem Kontokorrent zugrunde liegenden Vereinbarungen entsprach.. Vor allem müßte die kontokorrentmäßige Gebundenheit der eingeklagten Forderung unter Beachtung der Regelung des § 767 Abs. 2 ZPO gegenüber dem Titel geltend gemacht werden. Es würde aber eine Umgehung dieser Vorschrift bedeuten, wollte man die Aufrechnung mit beliebigen später entstandenen Einzelposten gegen die titulierte Forderung gestatten.

Dem Kläger ist daher die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Gutschrift der bei der Beklagten gebildeten inzwischen frei gewordenen "Schadensreserve" versagt.

IV. Sinngemäß das gleiche gilt für die außerdem noch von der Difag zu Sicherheitszwecken zurückgehaltenen Beträge, wobei offenbleiben kann, inwieweit diese überhaupt schon für die Beklagte verfügbar geworden sind und darüber hinaus vom Kläger auch beansprucht werden können, was das Berufungsgericht verneint. Träfe beides zu, so wäre sie

ebenfalls kontokorrentpflichtig und damit einer gesonderten Aufrechnung entzogen.

V. 1. Die weiterhin vom Kläger zur Aufrechnung gestellten Ansprüche hält das Berufungsgericht teilweise für unbegründet (Ziff. V 1, 8, 12, 13 der Entscheidungsgründe); im übrigen sei dem Kläger ihre Geltendmachung versagt, weil er mit den Forderungen entweder schon vor Zustellung des Vollstreckungsbefehls oder wegen ihrer kontokorrentmäßigen Bindung überhaupt nicht hätte aufrechnen können (Ziff. V 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 14 der Entscheidungsgründe).

2. Die Revision greift lediglich die unter Ziff. V, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11 der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils behandelten Ansprüche auf. Insoweit, das ist der Revision zuzugeben, sind die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht widerspruchsfrei. Denn der Ausschluß des Aufrechnungseinwandes nach den §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO setzt nicht nur die objektive Entstehung der Gegenansprüche, sondern auch ihre Aufrechenbarkeit vor Zustellung des Vollstreckungsbefehls voraus. Zutreffend hält aber auch das Berufungsgericht sämtliche in Frage stehenden vom Kläger erhobenen Forderungen für kontokorrentpflichtig mit der Folge, daß der Kläger nur ihre Einstellung in die Schlußabrechnung verlangen, dagegen vorher nicht mit ihnen gegen Ansprüche des anderen Teils aus dem Kontokorrentverhältnis gesondert aufrechnen kann.

Der vom Kläger erklärten Hilfsaufrechnung steht demnach zwar nicht die Sperrwirkung der §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO entgegen, wohl aber die Gebundenheit

der von ihm erhobenen Ansprüche in dem nach wie vor bestehenden, jedenfalls nicht abgeschlossenen Kontokorrentverhältnis.

3. Ist somit vor Feststellung des Schlußsaldos, an der beide Parteien mitzuwirken haben, eine gesonderte Aufrechnung mit Einzelansprüchen gegen die titulierende Forderung der Beklagten nicht möglich, so ist sie nach der Saldoziehung nicht mehr erforderlich, da in die beiderseitige Abrechnung auch die dem Vollstreckungsbefehl zugrunde liegende Forderung einzubeziehen ist.

Eine Saldofeststellung hat bisher zwischen den Parteien nicht stattgefunden. Sie wäre, wenn eine außergerichtliche Einigung - wie hier - nicht zu erreichen ist, an sich durch gegenseitige Klage der Parteien auf Anerkenntnis des von ihnen jeweils ermittelten Überschusses vorzunehmen. Beim Ende des Kontokorrentverhältnisses kann von vornherein auf Zahlung geklagt werden (BGH WM 1955, 1315). Man wird aber dem Kläger auch im Rahmen der von ihm erhobenen Vollstreckungsabwehrklage den Einwand nicht verwehren können, daß der nunmehr zu ziehende Schlußsaldo ein Guthaben zu seinen Gunsten oder wenigstens den beiderseitigen Ausgleich aller Ansprüche ergebe, so daß auch die durch den Vollstreckungsbefehl titulierte Forderung der Beklagten nicht mehr bestehe. Denn die Vollstreckungsabwehrklage ist lediglich eine Art Spiegelbild der Klage auf die Leistung, mit der der angegriffene Titel zu Fall gebracht werden soll. Die Saldofeststellung würde im Rahmen der nach § 767 ZPO zu erhebenden Einwendungen nicht anders vor sich gehen als bei einer Zahlungsklage.

Der Kläger vermag jedoch nicht darzutun, daß der Schlußsaldo ein Guthaben für ihn aufweisen müsse, jedenfalls aber keines mehr für die Beklagte enthalten könne. Denn dem von der Beklagten nach (jahrelanger) regelmäßiger Übersendung von Kontoauszügen zu ihren Gunsten ermittelten Saldo per 31. Dezember 1966 von 295.721,48 DM hat er lediglich die im Tatbestand des Berufungsurteils S. 13/16 wiedergegebenen 14 Posten gegenübergestellt, von denen er im Revisionsrechtszug nur noch 7 aufrechterhält, die einen Gesamtbetrag von 159.052,31 DM ausmachen, so daß noch eine Differenz von 136.669,17 DM übrigbleibt, die den titulierten Anspruch der Beklagten von 50.000,-- DM weit übersteigt.

Mit einem Guthaben aus dem Schlußsaldo oder mit dessen Ausgleich kann er deshalb schon nach seinem eigenen Vortrag nicht rechnen. Nur das ist erheblich. Auf die von ihm zur Rechtfertigung der Einzelposten angetretenen Beweise kommt es deshalb nicht an. Sie sind vom Berufungsgericht zutreffend nicht erhoben worden.

VI. Das Berufungsgericht hat nach alledem die
Klage zu Recht abgewiesen. Die Revision des Klägers
war deshalb mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO
zurückzuweisen.

Pehle

Sprenkman

Alff

Merkel

Girisch