

24

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 269/64

## URTEIL

Verkündet am  
22. Februar 1968  
Silvery,  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Helga M [REDACTED], B [REDACTED] bei K [REDACTED],  
T [REDACTED]straße, jetzt der Erben, ihrer minderjährigen  
Kinder Marita, Jutta und Klaus M [REDACTED], gesetzlich  
vertreten durch ihren Pfleger, Rechtsanwalt Dr. von H [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Alfred E [REDACTED], B [REDACTED] K [REDACTED], P [REDACTED]  
Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Bukow und Dr. Schulze

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 27. Februar 1964 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat die Einzelfirma Peter M [REDACTED], Bauunternehmung in W [REDACTED], mit Baueisen beliefert. Die Ehefrau des Inhabers, Frau Helga M [REDACTED], übernahm nach der Scheidung der Ehe das Geschäft und führte es unter der bisherigen Firma fort. Mit Wirkung vom 1. Mai 1961 wurde das Geschäft mit Aktiven und Passiven von der Firma M [REDACTED], Baugesellschaft mit beschränkter Haftung, übernommen. Diese Firma fiel im Sommer 1962 in Konkurs. Das Verfahren wurde mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse eingestellt.

- 3 -

Der Kläger hat Lieferungen an die Einzelfirma und an die GmbH vorgenommen. Er führte hierüber ein Konto, auf dem er die Rechnungen und die Zahlungen buchte. Eine Saldierung zu bestimmten Zeiten unter Mitteilung des Ergebnisses an die Firma und Anerkennung des Saldos fand nicht statt. Am 20. Februar 1962 ließ der Kläger die GmbH ein Anerkenntnis des für diesen Zeitpunkt von ihm errechneten Saldos abgeben.

Der Kläger hat mit der Klage von der Ehefrau des Inhabers Zahlung von 11.214,78 DM für Lieferungen an die Firma Peter M. Bauunternehmung verlangt. Er hat behauptet, daß dieser Betrag am 30. April 1961 aus unbezahlten Rechnungen offen geblieben sei. Er hat sämtliche Forderungen aus den Rechnungen, wie sie vom 6. Januar 1960 bis zum 30. April 1961 in dem überreichten Kontoauszug aufgeführt sind, in der Reihenfolge der Buchung bis zu dem genannten Höchstbetrag geltend gemacht. Die in der Zeit bis zum 30. April 1961 eingegangenen Zahlungen sowie zwei eingelöste Wechsel über je 5000 DM hat er auf die Summe der Rechnungen gutgebracht.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat geltend gemacht, der Kläger habe die Schuldübernahme durch die GmbH genehmigt und sie aus der Haftung entlassen. Jedenfalls seien die Zahlungen der GmbH zunächst auf die aus der Zeit vor ihrer Gründung entstandenen Lieferungsverbindlichkeiten gegenüber dem Kläger zu verrechnen und diese daher getilgt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Während des Revisionsverfah-



rens ist die Beklagte am 11. April 1965 verstorben. Sie ist von ihren minderjährigen Kindern Marita, Jutta und Klaus beerbt worden, die den Rechtsstreit aufgenommen haben. Sie beantragen für den Fall der Zurückweisung der Revision, ihnen die beschränkte Haftung auf den Nachlaß ihrer Mutter vorzubehalten. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat "die Klage" dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Es führt aus, die Beklagte sei aus der Haftung nach § 25 HGB vom Kläger nicht entlassen worden, nachdem die GmbH das Geschäft übernommen hatte. Es liege keine Kontokorrentabrede vor. Die Forderungen aus den einzelnen Lieferungen seien selbständig geblieben. Sie seien auch nicht durch Zahlungen der GmbH nach § 366 BGB getilgt worden. Da die Beklagte bestreite, daß "die vom Kläger behaupteten Forderungen in vollem Umfang am 30. April 1961 bestanden haben bzw. daß alle darin enthaltenen Einzelforderungen entstanden sind", sei der Streit über den Betrag der Forderung nicht zur Entscheidung reif.

Die Zulässigkeit des Verfahrens nach § 304 ZPO ist auch ohne rechtzeitig nach § 554 Abs. 3 Nr. 2 b, Abs. 6 ZPO erhobene Verfahrensrüge zu prüfen (BGH LM ZPO § 304 Nr. 19; RG HRR 1938 Nr. 1). Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung zutreffend darauf hingewiesen, daß das nach § 304 ZPO vom Berufungsgericht "über den Grund des Anspruchs" erlassene Zwischenurteil unzulässig war.

Vom Kläger werden einzelne Forderungen für bestimmte Lieferungen geltend gemacht. Sie sind in einer Aufstellung enthalten, in der auch die Zahlungen vermerkt sind. Nach zutreffender Ansicht des Berufungsgerichts liegt kein Kontokorrentverhältnis (§ 355 HGB) vor. Auch die Revision vermag ein solches nicht dazutun. Es fehlt die Kontokorrentabrede, die allerdings auch stillschweigend getroffen werden kann. Eine Verrechnung der Ansprüche unter periodischer Saldierung und Anerkennung des Saldos hat aber nicht stattgefunden. Es wurde eine sog. offene Rechnung geführt, bei der gelegentlich auch der Stand festgestellt und das Ergebnis einmal von der GmbH anerkannt wurde. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die meisten Zahlungen während der Inhaberschaft der Beklagten und auch von der GmbH genau nach den Rechnungsbeträgen des Klägers, manchmal unter Zusammenfassung mehrerer Rechnungen, nicht aber in runden Summen "a conto" oder in Höhe des offenen Restes geleistet worden. Dabei sind einige Rechnungen unbezahlt geblieben. Im Streit ist hiernach, welche einzelnen Forderungen, die allein als Klaggrundlage in Betracht kommen, durch Zahlung erloschen sind. Er beruht darauf, daß die Verrechnung der geleisteten Zahlungen nach § 366 BGB verschieden beurteilt wird.

Zu Unrecht meint das Berufungsgericht hiernach, daß ein Streit über den Grund und die Höhe der Klagforderungen vorliege. Die Frage der Tilgung betrifft den Grund des Anspruchs. Sie muß für jede einzelne

eingeklagte Forderung abschließend entschieden werden. Soweit sie erloschen sind, können sie nicht dem Grunde nach für berechtigt erklärt werden. Es kann nicht offen bleiben, welche vom Kläger behaupteten Forderungen am 30. April 1961 bestanden haben, vielmehr muß für jede Zahlung bestimmt werden, welche Rechnung nach den Grundsätzen des § 366 BGB getilgt worden ist. Nach dieser Entscheidung bleibt kein Streit über die Höhe der Klage übrig. Eine Vorabentscheidung über den Grund - nicht näher bezeichneter - Forderungen ist hiernach nicht möglich. Es muß nach einer Prüfung der vorgelegten Aufstellungen über die in der Reihenfolge ihrer Buchung geltendgemachten Forderungen und die Zahlungen, gegebenenfalls unter Zuziehung eines Buchsachverständigen, festgestellt werden, welche Rechnungen von der Beklagten noch zu bezahlen sind.

Das angefochtene Urteil war hiernach, ohne daß eine weitere Erörterung der von der Revision behandelten Fragen der befreienden Schuldübernahme und der Anwendung des § 366 BGB möglich wäre, aufzuheben. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der

Revision zu überlassen war.

Dr. Fischer Bundesrichter Liesecke Dr. Bukow Dr. Schulze  
Dr. Nörr ist  
ortsabwesend  
und deshalb  
nicht in der  
Lage zu unter-  
schreiben.

Dr. Fischer