

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 241/66**URTEIL****Verkündet am**

2. Oktober 1968

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Adolf Lange in B [REDACTED], B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Alfred G [REDACTED] in K [REDACTED],
Z [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsbeklagten

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. Oktober 1966 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte bezog im Jahre 1963 in verschiedenen Einzelsendungen von dem Kläger Käsecreme, die dieser aus Belgien einfuhrte. Nachdem der Beklagte am 1. März 1963 10 to bestellt und dabei gebeten hatte, ihm weitere 100 to zu reservieren, lieferte der Kläger am 7. März 5 to, am 11. März 30 to und am 20. März 1963 weitere 30 to. Der Beklagte beanstandete, daß der Kläger vor der jeweiligen Lieferung einen Abruf hätte abwarten müssen. In seinem Schreiben vom 22. März 1963

bat er den Kläger, erst zu liefern, wenn die Ware abgesetzt sei; und er verwahrte sich bei dieser Gelegenheit gegen die durch vorzeitige Lieferung entstehenden hohen Kühlhauskosten. Gleichwohl lieferte der Kläger am 28. und 29. März 1963 weitere 29,4 to zu einem Preise von insgesamt 91 140 DM. Auch später erhielt der Kläger von dem Beklagten weitere Mengen Käsecreme in verschiedenen Einzellieferungen bis Ende des Jahres 1963.

Am 11. Januar 1964 teilte der Beklagte dem Kläger mit, daß von den inzwischen geleisteten Zahlungen auf die Rechnung über 91 140 DM nur ein Betrag von 57 000 DM verrechnet werden solle. Gegen die restliche Forderung erhob er Gegenansprüche, die sich im wesentlichen auf die bisherigen Beanstandungen stützten.

Der Kläger, der einen Kontoauszug vorlegte, aus dem sich eine Forderung von 64 456,42 DM zu seinen Gunsten ergab, erhob darauf Klage in Höhe eines Teilbetrages von 15 000 DM, die er im Berufungsrechtszuge auf 16 000 DM erhöhte.

Das Landgericht wies die Klage ab, weil es eine vergleichsweise Erledigung aller gegenseitigen Ansprüche der Parteien für erwiesen ansah. Der Kläger legte Berufung ein. Im zweiten Rechtszuge erklärte er, er mache den sich aus dem Kontoauszug ergebenden Debet-saldo in der Weise geltend, daß die vom Beklagten nicht bezahlten Rechnungen in der Reihenfolge mit der Klageforderung von 16 000 DM abgegolten werden, in der sie zeitlich nacheinander entstanden sind; die älteste noch offenstehende Forderung solle durch die Klageforderung zuerst getilgt werden.

Hinweis: Auszüge der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Das Berufungsgericht hat hierin eine Klageänderung erblickt, die es als nicht sachdienlich ansieht und demgemäß nicht zugelassen hat. Die ursprüngliche Klage hat es abgewiesen, weil der Kläger selbst die ihr zugrunde liegende Forderung als getilgt bezeichnet habe. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht verneint im Gegensatz zu dem Landgericht das Zustandekommen eines Vergleichs zwischen den Parteien. Es geht davon aus, daß der Kläger im ersten Rechtszuge lediglich einen Teilbetrag aus der Kaufpreisforderung über 91 140 DM vom 28. oder 29. März 1963 eingeklagt habe und daß er in der Berufungsinstanz anstelle dieses Anspruchs andere später entstandene Forderungen aus späteren Lieferungen einklage. Nach seiner Ansicht soll der Kläger also die im ersten Rechtszuge geltend gemachte Forderung gegen andere Forderungen ausgetauscht haben. Wäre diese Beurteilung des Berufungsgerichts richtig, so müßte allerdings entgegen der Rüge der Revision eine Klageänderung angenommen werden. Denn es würde sich entgegen der Ansicht der Revision nicht lediglich um eine Berichtigung des Klagegegenstandes i.S. des § 268 Nr. 2 ZPO handeln, die nicht als Klageänderung zu behandeln wäre. Das Berufungsgericht nimmt aber einen Forderungsaustausch zu Unrecht an.

Denn nach den Schriftsätzen des Klägers, die im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils in Bezug genommen werden, also vollinhaltlich als vorgetragen zu gelten haben, hat der Kläger alle Kaufpreisforderungen, die sich aus dem von ihm vorgelegten Kontoauszug ergeben, bereits im ersten Rechtszuge zur Begründung der Klageforderung herangezogen. Das ergibt sich ganz unzweideutig aus den Ausführungen seines Schriftsatzes vom 18. Juni 1964 und dem Umstande, daß er zugleich mit diesem Schriftsatz den Kontoauszug vorgelegt hat, auf den das Berufungsgericht seine Beurteilung stützt. Der Kläger hat an dieser Stelle ausgeführt, er beziehe sich auf den Kontoauszug, aus dem seine Lieferungen ersichtlich seien. Wörtlich fährt er fort:

"Bei jeder Lieferung handelt es sich um den Verkauf von Käsecreme von seiten des Klägers an den Beklagten. Sämtliche Lastschriften sind Kaufpreise für den gelieferten Käsecreme. Die Gutschriften beziehen sich auf geleistete Zahlungen. Es ist ersichtlich, daß ein Saldo zu Lasten des Beklagten von 64 456,42 DM besteht. Von diesem Saldo wird ein Teilbetrag in Höhe von 15 000 DM mit dieser Klage geltend gemacht."

Die Bemerkung des Klägers in seinem späteren Schriftsatz vom 14. August 1964, daß die Lieferung vom 28./29. März 1963 (Rechnung über 91 140 DM) Gegenstand des Rechtsstreits sei, kann nicht anders aufgefaßt werden, als daß der Kläger seine Teilforderung auf diese Lieferung stützen will, aber die später entstandenen Kaufpreisforderungen hilfsweise heranzieht. An diesem Vorgehen des Klägers hat sich aber im zweiten Rechtszuge auch dadurch nichts geändert, daß nunmehr

der Kläger die Ansicht vertritt, die ursprünglich als Hauptforderung geltend gemachte Kaufpreisforderung von 91 140 DM müsse als durch die späteren à conto-Zahlungen des Beklagten getilgt angesehen werden, und daß er daraus die von seinem Standpunkte aus richtige Folgerung zieht, die Klage sei dann aber auf alle Fälle aufgrund der übrigen noch offenstehenden Kaufpreisforderungen begründet.

Da sich der Klagegegenstand somit im Berufungsrechtszuge nicht geändert hat, läßt sich das Berufungsurteil mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht halten. Das Berufungsgericht hätte, wenn es den Kaufpreisanspruch von 91 140 DM in voller Höhe als getilgt ansehen wollte, über die andern gleichfalls schon im ersten Rechtszug geltend gemachten Ansprüche des Klägers aus den anderen Gutschriften entscheiden müssen.

II. Das Berufungsurteil läßt sich auch nicht aus einem anderen Grunde aufrechterhalten. Die Klage wäre allerdings abzuweisen und das Berufungsurteil daher im Ergebnis zu bestätigen gewesen, wenn sich die Ansicht des Berufungsgerichts, die ursprünglich geltend gemachte Forderung von 91 140 DM sei in vollem Umfange getilgt und die Einführung der anderen Forderungen in den Rechtsstreit entbehre der erforderlichen Bestimmtheit im Sinne des § 253 ZPO, als rechtlich einwandfrei erweisen würde. Das ist indes nicht der Fall.

a) Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, es habe dem Kläger freigestanden, die Zahlungen des Beklagten mangels einer Tilgungsbestimmung des Beklagten noch nach-

träglich auf die einzelnen offenen Forderungen zu verrechnen, ist unrichtig. Deshalb kann die Rechnung vom 29. März 1963 nicht schon deshalb als getilgt angesehen werden, weil der Kläger eine nachträgliche Verrechnung auf diese Forderung vorgenommen hat. Eine Tilgungsbestimmung zu treffen, war allein Sache des Beklagten. Tat er das allerdings nicht entsprechend § 366 Abs. 1 BGB z.Zt. der Leistung, so griff § 366 Abs. 2 BGB ein. Es wäre vertretbar, aus den Umständen zur Zeit der Zahlung eine stillschweigende Erklärung des Beklagten zu entnehmen, daß die Zahlungen jedenfalls nicht auf die Forderungen zu verrechnen seien, gegen die er Einwendungen erhoben hatte. Hiervon kann indes nicht ausgegangen werden, da das Berufungsgericht eine Prüfung dieser Frage unterlassen hat. Es ist daher zu unterstellen, daß die Zahlungen zunächst entsprechend der Regel des § 366 Abs. 2 BGB auf die jeweils ältesten Forderungen zu verrechnen waren. Dann mußte allerdings die Forderung über 91 140 DM als getilgt angesehen werden. Das hinderte jedoch nicht, daß die Parteien nachträglich eine andere Verrechnung vereinbarten. Es ist denkbar, daß sich die Parteien jedenfalls im Rechtsstreit darüber einig geworden sind, ein Teil der Forderung von 91 140 DM solle nicht durch die späteren Zahlungen des Beklagten als getilgt gelten. In diese Richtung weist insbesondere das Schreiben des Beklagten vom 11. Januar 1964, gegen das sich der Kläger nur insoweit gewandt hat, als die Gegenforderungen von ihm bestritten sind. Von einer auf Vereinbarung beruhenden Verrechnung könnte sich der Kläger aber nicht einseitig lösen. Ob eine solche Vereinbarung anzunehmen ist und gegebenenfalls, ob der Beklagte etwa später mit einer anders-

artigen Verrechnung einverstanden war, wird das Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen werden muß, zu prüfen haben. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß nur Zahlungen von 57 000 DM auf die Rechnung von 91 400 DM zu verrechnen waren, so wird es zu entscheiden haben, ob die von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen berechtigt sind. Da der Kläger im Berufungsrechtszuge jedenfalls hilfsweise seinen Anspruch auch auf diese Restforderung gestützt hatte, kann schon aus diesem Grunde das klageabweisende Berufungsurteil nicht bestätigt werden.

b) Der Senat kann auch keine Entscheidung zugunsten des Klägers treffen. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil die Frage, auf welche der in den Rechtsstreit eingeführten Kaufpreisforderungen die Zahlungen des Beklagten zu verrechnen sind, nicht unentschieden bleiben darf, weil hiervon die Identifizierung des gegebenenfalls zum Tragen kommenden Klageanspruchs abhängig ist.

Das Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht seinen Standpunkt, die Klage sei insoweit nicht ordnungsmäßig erhoben, als der Kläger nicht eindeutig genug angegeben habe, in welcher Reihenfolge er die einzelnen Klageforderungen geltend machen will, überprüfen müssen. Der Senat neigt zu der Ansicht, daß sich alle Voraussetzungen der nach der Rechtsprechung bei der Geltendmachung eines Teiles einer Gesamtforderung (vgl. insbesondere BGHZ 11, 194) zu beachtenden

Grundsätze aus dem Vortrag des Klägers ergeben, er verlange die Berücksichtigung der aus dem Kontoauszuge ersichtlichen Forderungen nach ihrer zeitlichen Reihenfolge. Hieraus ergibt sich, daß der Kläger die älteste Forderung als Hauptforderung und die jüngeren als Hilfsansprüche geltend machen will.

Im übrigen wird es Sache des Beklagten sein, sich zu den späteren Lieferungen des Klägers und den hierauf gestützten Kaufpreisforderungen zu äußern.

IV. Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Endentscheidung abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier