

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 53/71

URTEIL

Verkündet am
22. März 1973
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bankdirektors a.D. Herbert N [REDACTED],
H [REDACTED], K [REDACTED], bei Professor
R [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

die Kommandit-Gesellschaft in Firma Wilhelm S [REDACTED],
B [REDACTED] und S [REDACTED] KG, vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter Christoph S [REDACTED], H [REDACTED],
S [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Rietschel, Schmiat, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 29. Januar 1971 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

43

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte übertrug der Klägerin im Jahre 1961 die Abbruchs-, Maurer-, Beton-, Stahlbeton-, Zimmerer- und Putzarbeiten sowie die Baustelleneinrichtung für sein Bauvorhaben in H-0-, G-straße.

Die Klägerin führte die Arbeiten in der Zeit von Juni 1961 bis September 1962 aus.

Am 10. April 1962 verkaufte der Beklagte das Grundstück an den Kaufmann Dr. S-. Dieser übernahm u.a. die in der Anlage zu dem Kaufvertrag "aufgeführten, aus Entwurf, Planung und Ausschreibungsunterlagen sich ergebenden und zu erwartenden Handwerkerrechnungen ... bis zur schlüsselfertigen Übergabe als persönliche Schuld", und zwar - unter Abzug der vom Beklagten bereits geleisteten Zahlungen - noch "bis höchstens 284.954,92 DM".

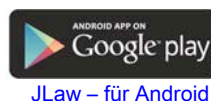
Die Klägerin setzte die von dem Beklagten in Auftrag gegebenen Arbeiten fort. Seit dem 23. Mai 1962 führte sie zugleich Zusatzaufträge von Dr. S- aus. Im September 1962 wurde das Gebäude fertiggestellt und bezogen. Die Klägerin erteilte Dr. S- unter dem 20. Oktober 1962 ihre Schlußrechnung.

Sie hat 64.801,06 DM nebst Zinsen restlichen Werklohn eingeklagt, ihre Klage aber später um 99,22 DM nebst Zinsen ermäßigt.

Der Beklagte hat die Klageforderung nach Grund und Höhe bestritten.



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Das Landgericht hat der Klägerin 58.329,94 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin, unter Abweisung eines weiteren Teiles der Klageforderung, nur 47.438,07 DM nebst Zinsen zugesprochen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht verneint eine den Beklagten befreiende Schuldübernahme durch Dr. S. Eine solche Schuldübernahme sei dem Kaufvertrag nicht zu entnehmen. Im übrigen fehle es auch an der für die Wirksamkeit einer befreienden Schuldübernahme erforderlichen Genehmigung durch die Klägerin.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die tatrichterliche Auslegung des Kaufvertrages durch das Berufungsgericht läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht.

II.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der gesamte Werklohn der Klägerin 257.815,97 DM betrage, wovon 204.381,68 DM auf die Aufträge des Beklagten und 53.434,29 DM auf die Dr. S. entfielen. Es folgt dabei dem in diesem Rechtsstreit eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dr. Berlage.

Zu Unrecht, so führt es aus, berufe sich der Beklagte auf das von dem Sachverständigen Dr. Berlage in dem Rechtsstreit des Beklagten gegen Dr. S. [REDACTED] erstattete Gutachten. Darin habe der Sachverständige allerdings den Werklohn der Klägerin mit nur 206.702,74 DM angenommen. Die Klägerin sei aber an jenem Prozeß nicht beteiligt gewesen und habe keinen Einfluß auf die - abweichenden - Angaben des Beklagten und seines Architekten über den Umfang ihrer, der Klägerin, Bauleistungen nehmen können. Durch das Gutachten - in jenem Prozeß - habe auch nur festgestellt werden sollen, in welchem Umfange die auf 75.644,94 DM errechneten Mehrkosten Dr. S. [REDACTED] zur Errichtung des Gebäudes notwendig gewesen seien, nicht dagegen der für die gesamten Leistungen der Klägerin zu zahlende Werklohn.

1. Die Revision meint, der Sachverständige habe in beiden Prozessen dieselben Fragen verschieden beantwortet und dadurch Zweifel an der Richtigkeit seiner Gutachtensmethoden sowie ihrer Ergebnisse begründet. Darauf habe der Beklagte mit seinen Einwendungen zu 34 einzelnen Punkten hingewiesen. Das Berufungsgericht habe daher die von dem Beklagten beantragte Einholung eines Obergutachtens nicht ablehnen dürfen.

Die Rüge ist nicht begründet.

Der Sachverständige hatte in beiden Prozessen nicht dieselbe Frage zu beantworten, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Es war daher nicht genötigt, wegen der Unterschiede zwischen den beiden Gutachten an der Richtigkeit des zweiten, in diesem Rechtsstreit erstatteten Gutachtens zu zweifeln. Vielmehr durfte es diesem Gutachten folgen und von der Einholung eines weiteren Gutachtens absehen.

2. Verfehlt ist der Hinweis der Revision, der Sachverständige habe den Parteien in einzelnen Punkten "Vergleiche ... diktiert". Die Revision übersieht dabei, daß die Parteien in der Verhandlung vor dem Landgericht vom 9. Februar 1968, bei der der Beklagte, sein Architekt Sw[REDACTED], der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin und der Sachverständige Dr. Berlage anwesend waren, das in diesem Rechtsstreit erstattete Gutachten an Hand der Schlußrechnung erörtert und hierbei Einverständnis über alle Positionen mit Ausnahme ("nur noch") bestimmter, später aufgeklärter und in diesem Zusammenhang nicht in Betracht kommender Punkte erzielt haben.

III.

Den Werklohnanspruch der Klägerin gegen den Beklagten von insgesamt 204.381,68 DM sieht das Berufungsgericht in Höhe von 156.898,61 DM als getilgt an. Hierbei berücksichtigt es die unstreitigen Zahlungen des Beklagten von 136.898,61 DM und ferner 20.000 DM, die Dr. S[REDACTED] am 21. Mai 1962 gezahlt hat. Es ist der Auffassung, daß sich die Klägerin auf ihre danach verbleibende Forderung von 47.483,07 DM die weiteren Zahlungen Dr. S[REDACTED] von 42.587,42 DM nicht anrechnen zu lassen brauche.

1. Da Dr. Spoerl, so führt es aus, nicht nur als Gesamtschuldner - in beschränktem Umfange - zur Zahlung des auf den Beklagten entfallenden restlichen Werklohns verpflichtet gewesen sei, sondern daneben der Klägerin auf Grund der von ihm erteilten Nachtragsaufträge 53.434,29 DM geschuldet habe, müsse nach § 366 BGB be-

urteilt werden, ob seine Zahlungen auf die Gesamtschuld oder auf seine Alleinschuld anzurechnen seien.

In erster Linie sei die Bestimmung durch Dr. S. [REDACTED] maßgebend (§ 366 Abs. 1 BGB). Eine ausdrückliche Bestimmung habe dieser durch die Bezahlung der Rechnungen vom 31. Juli 1962, 24. August 1962 und 8. Oktober 1962 mit insgesamt 4.787,42 DM getroffen. Die diesen Rechnungen zugrunde liegenden Arbeiten habe er selbst in Auftrag gegeben. Diese Zahlungen seien daher nicht auf die Gesamtschuld anzurechnen.

Bei den weiteren Zahlungen von insgesamt 37.800 DM habe Dr. S. [REDACTED] weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten eine Anrechnung auf eine bestimmte Schuld verlangt. Eine derartige Bestimmung sei auch nicht der Zahlung von 18.000 DM am 13. Juli 1962 auf die Zwischenrechnung der Klägerin vom 9. Juli 1962 über 25.000 DM zu entnehmen, da die Rechnung nicht erkennen lasse, auf wessen Aufträge die angeführten Arbeiten zurückgingen. Die Klägerin habe seit dem 23. Mai 1962 Arbeiten sowohl auf Grund von Aufträgen des Beklagten als auch von Aufträgen Dr. S. [REDACTED] ausgeführt.

Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch.

a) Sie meint, Dr. S. [REDACTED] habe nach dem Kaufvertrag die vom Beklagten in Auftrag gegebenen Arbeiten nicht aus eigener Tasche, sondern aus dem ihm vom Beklagten zur Verfügung gestellten Guthaben bei dem Bankhaus R. [REDACTED] & S. [REDACTED] zahlen sollen. Der Klägerin sei bekannt gewesen, daß diese Mittel über ein bei der Bank geführ-

tes Baukonto nach Maßgabe des Baufortschrittes abgerechnet würden. Sie habe bereits aus dem Überweisungsträger erkennen können, woher das Geld gekommen sei. Damit sei die Zweckbestimmung der Zahlungen eindeutig gewesen.

Hiermit wendet sich die Revision ohne Erfolg gegen die tatrichterliche Würdigung durch das Berufungsgericht, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt. Sie übersieht, daß für das Bauvorhaben nach dem Verkauf des Grundstückes an Dr. S. [REDACTED] kein besonderes Konto eingerichtet wurde, sondern daß sich Dr. S. [REDACTED] auch bei der Bezahlung der Rechnungen für seine Aufträge auch des Bankhauses R. [REDACTED] & S. [REDACTED] bediente.

b) Soweit sich die Revision dagegen wendet, daß das Berufungsgericht auch die Zahlung von 18.000 DM vom 13. Juli 1962 nicht auf die restliche Gesamtschuld angerechnet hat, greift sie ebenfalls in unzulässiger Weise die tatrichterliche Würdigung an. Ihr Hinweis, der Zwischenrechnung sei zu entnehmen, daß sie sich keinesfalls auf Sonderaufträge beziehe, da die Positionen "Innenwandputz", "Deckenputz", "Außenputz" und ähnliches stets zur Fertigstellung eines Gebäudes gehörten und schon im Ursprungsangebot enthalten seien, überzeugt nicht. In dieser Rechnung sind auch "Nachtragsarbeiten" über 9.470 DM sowie Arbeiten für Trennwände über 765 DM aufgeführt. Außerdem gibt ein Vergleich mit der Schlußrechnung, entgegen der Ansicht der Revision, keinen zwingenden Hinweis darauf, daß nur der Beklagte Putzarbeiten in Auftrag gegeben hätte. Dagegen sprechen weiter die vom Berufungsgericht festgestellten ständigen, auch nach der Veräußerung des

Grundstückes fortgesetzten Änderungen und Ergänzungen des ursprünglichen Bauvertrages.

2. Das Berufungsgericht führt aus, mangels Bestimmung durch Dr. S. [REDACTED] auf welche Schuld die Zahlungen von 37.800 DM angerechnet werden sollten, komme es nach § 366 Abs. 2 BGB zunächst auf die Fälligkeit der Schulden an. Es lasse sich jedoch nicht mehr feststellen, welche der verschiedenen Forderungen der Klägerin jeweils fällig gewesen seien. In dieser Zeit der Zahlungen (vom 6. Juni 1962 bis 11. September 1962) habe die Klägerin je nach Baufortschritt Zwischenrechnungen über Arbeiten erteilt, welche sie sowohl auf Aufträge des Beklagten als auch auf solche Dr. S. [REDACTED] hin ausgeführt habe. Es sei daher von "gleichmäßig bestehenden Fälligkeiten" auszugehen. In diesem Falle werde die Schuld getilgt, die dem Gläubiger die geringere Sicherheit biete. Das sei die Schuld, für die Dr. S. [REDACTED] auf Grund seiner Nachtragsaufträge allein habe eintreten müssen. Die Gesamtschuld des Beklagten und Dr. S. [REDACTED] habe der Klägerin größere Sicherheit geboten. Daher seien die Zahlungen von 37.800 DM auf die Alleinschuld Dr. S. [REDACTED] von 48.646,87 DM anzurechnen, nicht dagegen auf die restliche Gesamtschuld.

Auch die hiergegen geführten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

a) Sie meint, bei Veräußerung des Grundstückes am 10. April 1962 seien Forderungen der Klägerin aus dem Auftrag des Beklagten in Höhe von rund 40.000 DM fällig gewesen. Bis Ende Mai 1962 habe die Klägerin ferner die Arbeiten auf Grund der sogenannten Überhangaufträge für

27.743,38 DM ausgeführt. Dagegen habe die Klägerin bis Ende Mai noch keine Leistungen auf Grund von Nachtragsaufträgen Dr. S. [REDACTED] erbracht. Bei dieser Sachlage hätte die Klägerin dartun müssen, daß und welche Forderungen gegen Dr. S. [REDACTED] allein fällig gewesen seien, als dieser Teilzahlung geleistet habe. Es sei rechtsfehlerhaft, diese Unklarheiten zu Lasten des Beklagten zu werten.

Das Berufungsgericht hat jedoch festgestellt, daß die Klägerin seit Ende Mai 1962, nämlich seit dem 23. Mai 1962, zugleich auch auf Grund der Nachtragsaufträge Dr. S. [REDACTED] tätig war und daß im Zeitpunkt der jeweiligen Zahlungen - seit dem 6. Juni 1962 - Forderungen der Klägerin gegen Dr. S. [REDACTED] in Höhe der Zahlungen aus dessen Nachtragsaufträgen vorhanden waren. Daß die Gesamtschuld älter war, ist hierbei - worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat - ebenso wenig von Bedeutung, wie der Umstand, daß diese weit höher war. Steht aber fest, was die Klägerin zu beweisen hatte (vgl. RGZ 55, 411, 414), daß im Zeitpunkt der Zahlung mehrere Forderungen vorhanden waren, dann war es Sache des Beklagten, darzutun und zu beweisen, daß von den mehreren Forderungen gerade die Klageforderung getilgt sei (vgl. RG WarnRspr. 1908 Nr. 617; RG Recht 1930 Nr. 1698; RGRK, 11. Aufl., § 366 BGB Anm. 10; Soergel/Siebert/Reimer Schmidt, 10. Aufl., § 366 Rn. 9; Palandt/Heinrichs, 32. Aufl., § 366 Anm. 3). Das bedeutet, der Beklagte hätte dartun und beweisen müssen, daß nur die Gesamtschuld und nicht auch die Alleinschuld Dr. S. [REDACTED] aus den Nachtragsaufträgen fällig war. Daran fehlt es.

b) Der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Alleinschuld des Schuldners geringere Sicherheit biete als die Gesamtschuld, ist zuzustimmen (vgl. OLG Celle NJW 1970, 429; Palandt/Heinrichs aaO Anm. 2). Dies beanstandet auch die Revision nicht.

IV.

Die von der Revision im übrigen noch erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und ebenfalls als unbegründet erachtet (Art. 1 Nr. 4 EntlG).

Nach alledem ist die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Rietschel

Schmidt

Meise

Recken