13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 155/78 **URTEIL**

Verkündet am
5. Dezember 1979
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der [redacted]-P[redacted] Gaststätten GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Heinrich M[redacted] U[redacted]straße [redacted] in B[redacted],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] -

g e g e n

die E[redacted] Grundstücksgesellschaft mbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die Europahaus Grundstücksgesellschaft mbH, diese vertreten durch den alleinigen Geschäftsführer, den Kaufmann Karl H. P[redacted], sämtlich: Ernst-R[redacted]-Platz [redacted] in B[redacted],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1979 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 27. April 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist Eigentümerin des "Europa-Centers" in Berlin.

Sie vermietete der Europa Planetarium GmbH, der Rechtsvorgängerin der Beklagten, aufgrund Vertrages vom 27. August 1965 (= MV1) im Hochhaus in der 21. Etage 375 qm und in der 22. Etage 125 qm Flächen als Geschäftsräume zum Betriebe mehrerer Bars, aufgrund eines weiteren Vertrages vom selben Tage (MV2) in der 20. Etage 262 qm

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Fläche als Geschäftsräume für einen gastronomischen Betrieb, aufgrund Vertrages vom 13. Juni 1966 (MV3) die gesamte 19. Etage mit 637 qm zur Ausweitung der in der 20. Etage betriebenen Gaststätte und aufgrund Vertrages vom 9. Januar 1968 (= MV4) in der 18. Etage 70 qm Flächen als Geschäftsräume zum Betrieb eines Büros.

Für die 22. und 21. Etage haben die Vertragschließenden eine monatliche Miete von 15 DM pro qm, für die 20. Etage von 10 DM pro qm, für die 19. Etage von 8 DM pro qm und für die Räume in der 18. Etage pauschal 600 DM monatlich vereinbart. Vereinbart wurde ferner, daß neben der Miete die Kosten für Heizung, Lüftung, Klimatisierung zu entrichten sind (§ 4 Nr. 2 a der Mietverträge); § 5 Nr. 2 der Mietverträge sieht für die Nebenkosten monatliche Abschlagszahlungen und eine jährliche Abrechnung vor.

Die Räume des Hochhauses sind vollklimatisiert. Über "Sammelheizung, Lüftung und Klimatisierung" enthält der insoweit in allen vier Formularverträgen gleichlautende § 6 u.a. folgende Regelungen:

"...
2. Soweit die Räume vollklimatisiert sind (Hochhaus) oder die Klimaanlage auf Wunsch des Mieters zum Einbau kommt (vgl. § 8 Ziff. 4), übernimmt auch in diesem Fall der Vermieter die Bedienung und Wartung. Heizungs-, Strom- und Wasserkosten, die Wartungs- und Bedienungskosten und die durch den Betrieb der Anlage entstehenden Verwaltungskosten des Vermieters tragen die Mieter aufgeschlüsselt nach der Kubikmeterzahl gelieferter Luft.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

...

4. Vermieter ist berechtigt, angemessene Vorauszahlungen gemäß § 4 zu verlangen. Vermieter ist berechtigt, bei Erhöhung der Energiepreise oder der Lohn- und Wartungskosten die Vorschüsse auf die Heizungs-, Leistungs- und Klimatisierungskosten neu festzusetzen.

5. Der Betrieb der Heizung und der Klimatisierung erstreckt auf die nach den Temperaturen ortsüblichen Heiz- und Kühlmonate, wobei sich der Betrieb in vernünftiger Weise den Witterungsverhältnissen anpassen soll. Die Geschäftsräume sollen während der ortsüblichen Geschäftszeit eine Temperatur von + 18-23 Grad aufweisen...."

Im MV1 ist in § 8 Nr. 2 der Zusatz eingefügt,

"Die Räume des Hochhauses sind vollklimatisiert. Die über den Rahmen der Hochhausklimatisierung hinausgehende Klimatisierung der gemieteten Räume (Küchen pp) trägt der Mieter".

Unter Kostenbeteiligung der Beklagten sind ausschließlich für sie bestimmte Klimaanlagen an der Nord- und Südseite der 21. Etage installiert worden.

Schon die erste von der Klägerin vorgelegte Abrechnung über die Klimatisierungskosten führte zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten. In einem Vertrag über den Ausgleich anderer wechselseitiger Ansprüche vom 18. November 1966 nahmen die Parteien deshalb folgende Vereinbarung auf:

"VIII.
Hinsichtlich der Umlagen für Klimatisierung ... sind sich die Parteien einig, daß eine Neuberechnung erfolgen muß. Zu diesem Zweck soll ein neutraler Sachverständiger beauftragt werden, unter Berücksichtigung aller Umstände zu berechnen, welcher Umrechnungsmodus gerechtfertigt ist. Die Neuberechnung gilt von dem Zeitpunkt an, zu dem der Vergleich rechtswirksam wird. Bis zu ihrer Fertigstellung werden die bisher üblichen Beträge als Vorschußzahlung auf den durch den Sachverständigen noch festzustellenden Betrag geleistet."

Nachdem die Parteien in der Person des Ingenieurs Q[redacted] im Frühjahr 1972 einen Sachverständigen gefunden hatten, formulierten sie am 14. Juni 1972 gemeinsam den Auftrag. Er lautet u.a. wie folgt:

"I. 1. ...

2. Der Auftrag wird von beiden Parteien einverständlich und gemeinsam erteilt. Das Ergebnis des Gutachtens ist nach Ziffer VIII des am 18. November 1966 unterzeichneten Vergleichs Grundlage für die Neuberechnung der Klimakosten von diesem Zeitpunkt an. ...

Die Kosten des Gutachtens, ausschließlich der Kosten für den technischen Berater der Mieterin, tragen die Parteien im Verhältnis der Forderung der Vermieter zu der Höhe des Betrages, der von dem Gutachter als berechtigt anerkannt wird....

Das Gutachten soll sich auf die entstandenen Betriebskosten, die Projektierung, die Ermittlung und Verteilung aller zur Klimatisierung und Beheizung gehörenden Kosten, soweit sie im Zusammenhang der Klimatisierung des Mietbereichs der Mieterin stehen oder von Einfluß auf

die Klimatisierung dieser Räume sind, erstrecken.

Der Gutachter hat die Pflicht, beide Parteien anzuhören, um ihnen Gelegenheit zu geben, mündlich und/oder schriftlich ihre Sicht der Problematik umfassend darzulegen. Der Gutachter hat weiter die Pflicht, den Anregungen der Parteien nachzugehen. Er hat das Recht, sollte er hierbei die Hilfe anderer Fachleute benötigen, diese hinzuzuziehen.

Sollte der Gutachter den Anregungen der Parteien nicht oder nicht sachgerecht nachgehen, würde darin eine schwerwiegende Verletzung der dem Schiedsrichter obliegenden Pflicht liegen, die zu einer fristlosen Kündigung des dienstvertragsähnlichen Verhältnisses berechtigt.

Der Gutachter geht z.B. den Anregungen der Parteien dann nicht sachgerecht nach, wenn er der Aufforderung einer oder beider Parteien zur Beantwortung an ihn gestellter Fragen, die Stellungnahme eines Juristen, eines Betriebswirts oder eines sonstigen Fachmanns einzuholen, nicht nachkommt....

Unter anderem sollen folgende Probleme untersucht werden:

1. Kostenanfall:

Ist der Bezug der Energie richtig festgestellt und berechnet?

Zu den Mehrbetriebsstunden (z.Z. nach 22 Uhr) entsteht die Frage der Lastenverhältnismäßigkeit: Wie wirkt sich die Versorgung im Teillastbetrieb der Maschinen auf die Kosten für die dann versorgten Mieter aus? Welche nicht unmittelbar zum Mietbereich gehörenden Nutzungsbereiche und Anlagenteile sind während der Mehrbetriebsstunden mitzubetreiben?

Welcher laufende Wartungsaufwand ist notwendig?

2. Projektierung:

Ist die Messung der Energiebezüge richtig durchgeführt? Läßt sie sich verbessern? Lassen sich die Energiebezüge der Mieterin getrennt messen?

Reicht die Leistung der von der Mieterin installierten Zusatzanlagen aus, um nach z.Z. 22 Uhr eine einwandfreie Versorgung zu gewährleisten? Wenn nicht, wie läßt sich das erreichen? Ist der Betrieb der in der Außenzone befindlichen Induktionsgeräte notwendig, um einen einwandfreien Betrieb nach 22 Uhr aufrechtzuerhalten? Wenn ja, ist dann die gesamte Hausanlage in Betrieb zu halten?

Welche Stromkosten entstehen an den Gemeinschaftsanlagen (Kälte, Heizung und Lüftung) bei Vollast- bzw. Teillastbetrieb? Welche jährlichen Betriebsstunden sind anzusetzen:

a) für die Gesamtversorgung von 8 bis 22 Uhr,

b) Für die Teillastversorgung nach z.Z. 22 Uhr?

Sind die bestehenden Einrichtungen dem Stande der Technik nach wirtschaftlicher einzusetzen oder zu gestalten?

Bestehen technische Einwände gegen eine Eigenversorgung des 19. bis 21. Obergeschosses? Inwieweit kann eine Abtrennung der Versorgungseinrichtungen für die 19. bis 21. Etage durchgeführt werden? Welchen Einfluß hätte dies auf den Betrieb der Gesamtanlagen?

3. Kostenverteilung:

Wie sind die nach Ziff. 1) festgestellten Kosten auf alle Mieter verteilt?

Wie sind sie ggf. anders zu verteilen?

Sind die vorgelegten Abrechnungen rechnerisch und inhaltlich richtig?"

Im Zusammenhang mit der Beauftragung des Sachverständigen erhielt die Nr. VIII des Vertrages vom 18. November 1966 den Zusatz:

"Kommt es zu einer fristlosen Lösung des Schiedsvertrags-Verhältnisses, sind sich die Parteien dahin einig, vom vereinbarten Schiedsurteil Abstand zu nehmen und die Entscheidung einem ordentlichen Gericht zu überlassen."

Der Sachverständige begann seine Arbeit mit einem Erörterungstermin in den Geschäftsräumen der Beklagten am 14. August 1972. Die mündliche und schriftliche Erläuterung seines Vorgehens löste eine umfangreiche Korrespondenz aus, in der die Parteien technische, betriebswirtschaftliche und rechtliche Anliegen vorbrachten. Mit Begleitschreiben vom 8. November 1973 übersandte der Sachverständige den Parteien das am 31. Oktober 1973 fertiggestellte Gutachten. Die vom Sachverständigen ausdrücklich gewünschte "Zusammenkunft und Aussprache" fand am 22. November 1973 statt. Die Beklagte ließ "den Inhalt der Zusammenkunft" mit Anwaltsschreiben vom 23. November 1973 mit dem Hinweis bestätigen,

"1. Wir haben gemäß Ziffer II, Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 4 des Auftrages vom 14. Juni 1972 eine fristlose Kündigung ausgesprochen.

2. Wir haben gleichzeitig das Gutachten angefochten...."

Zur Begründung der Kündigung des Auftrags und der Anfechtung des Gutachtens hat die Beklagte ausgeführt, der Sachverständige habe es pflichtwidrig unterlassen, einen Betriebswirt zur Begutachtung hinzuzuziehen, die rechtlichen Fragen umfassend klären zu lassen und zahlreiche in der Korrespondenz aufgeworfene Fragen zu beantworten. Zum Personalbedarf habe er eine widersprüchliche Darstellung gegeben.

Der Sachverständige Q[redacted] hat der Kündigung mit Schreiben vom 30. November 1973 widersprochen und ist den gegen das Gutachten erhobenen Angriffen entgegengetreten.

Die Klägerin, die mit Schreiben vom 27. November, 30. November und 11. Dezember 1973 sämtliche Mietverträge gekündigt hat, hat ihrer Abrechnung der Klimatisierungskosten, welche die Klageforderung ergibt, für die Zeit vom 1. November 1965 bis 31. Dezember 1967 einen Gesamtbetrag von 145 138,87 DM zugrunde gelegt, auf den sich die Parteien geeinigt hätten, und auf den 88 290,65 DM gezahlt worden seien, so daß für diesen Zeitraum 56 848,22 DM offen blieben. Hierauf seien 35 398,50 DM - kapitalisierte - Zinsen zu entrichten.

Für die von dem Sachverständigen Q[redacted] begutachtete Zeit vom 1. Januar 1968 bis 31. Dezember 1972 ist die Klägerin von dem Gutachten, das sie als verbindliche Leistungsbestimmung gemäß § 317 BGB wertet, ausgegangen und hat unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen folgenden Rückstand ermittelt:

1968	=	49 439,99 DM
1969	=	47 369,40 DM
1970	=	52 911,14 DM
1971	=	69 955,18 DM
1972	=	49 478,65 DM
		269 154,36 DM

Hierauf seien kapitalisierte Zinsen von 84 245,19 DM zu zahlen.

Für das Jahr 1973 hat die Klägerin 266 663,28 DM Nebenkosten ermittelt und abzüglich geleisteter Zahlungen von 160 500 DM einen Rückstand von 106 163,28 DM ausgewiesen.

Die Klägerin hat schließlich Erstattung von 13 623 DM Gutachterkosten verlangt.

Demgemäß hat sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von

1. 56 848,22 DM (Hauptforderung) und
   35 398,50 DM (kapitalisierte Zinsen)
   zuzüglich Zinsen und Mehrwertsteuer hierauf
   (= Abrechnungszeitraum bis 1967)

2. 269 154,36 DM (Hauptforderung) und
   84 245,19 DM (kapitalisierte Zinsen)
   zuzüglich Zinsen und Mehrwertsteuer hierauf
   (= Abrechnungszeitraum 1968 - 1972)

3. 106 163,28 DM zuzüglich Zinsen und Mehrwertsteuer hierauf
(= Abrechnungszeitraum 1973)
und

4. 13 623 DM zuzüglich Zinsen und Mehrwertsteuer hierauf

beantragt.

Die Beklagte ist dem Begehren entgegengetreten und hat ausgeführt, das Sachverständigengutachten habe nur verbindlich sein sollen, wenn es beide Parteien überzeuge. Selbst wenn es als Schiedsgutachten gedacht gewesen sei, sei es nicht bindend, weil sie den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt habe. Sie sei überdies zu der am 22. November 1973 ausgesprochenen fristlosen Kündigung des Gutachtenauftrags wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Sachverständigen berechtigt gewesen. Das Gutachten sei überdies unrichtig und unbillig und deshalb zur Leistungsbestimmung nicht verwertbar. Von all dem abgesehen seien die ortsüblichen Klimatisierungskosten von ca. 3 DM pro qm vereinbart worden.

Die Beklagte hat sich ferner im einzelnen gegen die Abrechnung für das Jahr 1973 und gegen die Zinsberechnung gewandt.

Im Wege der Widerklage hat sie beantragt, die Klägerin zu verurteilen,

1. an sie 15 143,11 DM zu zahlen (nutzlos aufgewandte Sachverständigenkosten),

2. die Mieträume in der 19., 20. und 21. Etage des Hochhauses durch eine von der zentralen Anlage unabhängige Klimaanlage zu klimatisieren,

hilfsweise,

ihr, der Beklagten, zu gestatten, ihre Mieträume in der 19., 20. und 21. Etage selbst zu klimatisieren.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil vom 5. Mai 1975 verurteilt, an die Klägerin 56 848,22 DM und 4 % Zinsen über dem LZB-Diskontsatz ab 20. August 1974 zu zahlen. Den weitergehenden Zinsanspruch und den Anspruch auf Mehrwertsteuer hat es abgewiesen, ebenso die Zahlungswiderklage.

Gegen das Teilurteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Wegen der Klimatisierungskosten für die Zeit vom 1. November 1965 bis 31. Dezember 1967 (Klageantrag zu 1) haben sie den Rechtsstreit durch Vergleich beendet. Die Abweisung des Widerklageantrags zu 1 hat die Beklagte dagegen weiter mit der Berufung bekämpft.

Durch Schlußurteil vom 8. Juni 1977 ist die Beklagte sodann im ersten Rechtszuge verurteilt worden, an die Klägerin

> 269 154,36 DM und 4 % Zinsen über dem LZB-Diskontsatz seit dem 20. August 1974 sowie die jeweils geltende Mehrwertsteuer auf die Zinsen zu zahlen,
>
> außerdem
>
> 106 163,28 DM und 4 % Zinsen über dem LZB-Diskontsatz von 72 900 DM seit 20. August 1974 bis 13. Juli 1975 und von 106 163,28 DM seit dem 14. Juli 1975, sowie die jeweils geltende Mehrwertsteuer auf die Zinsen
>
> und
>
> 13 623 DM und 4 % Zinsen über dem LZB-Diskontsatz seit dem 20. August 1974 sowie Mehrwertsteuer auf die Zinsen

zu zahlen.

Im übrigen hat das Landgericht die Klage und die Widerklage abgewiesen.

Gegen das Schlußurteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Die Klägerin hat die Klage im zweiten Rechtszuge erweitert und für 1974, 1975 und 1976 folgende Rückstände an Klimatisierungskosten geltend gemacht:

108 903,15 DM und 4 % über dem LZB-Diskontsatz ab 1. Januar 1975,

122 922,52 DM und 4 % Zinsen über dem LZB-Diskontsatz ab 1. Januar 1976,

134 201,59 DM und 4 % Zinsen über dem LZB-Diskontsatz ab 1. Januar 1977.

Durch Teilurteil vom 27. April 1978 hat das Berufungsgericht

die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil vom 5. Mai 1975 - soweit sie nicht schon durch den Vergleich erledigt worden ist - zurückgewiesen;

die Berufung der Beklagten gegen das Schlußurteil erster Instanz hat es insoweit zurückgewiesen, als die Beklagte verurteilt worden ist, 206 000 DM und 5 % Zinsen seit 20. August 1974 und der Mehrwertsteuer auf die Zinsen zu zahlen (Nr. 1 a, b und c des Schlußurteils, teilweise) und soweit die Widerklage - ganz - abgewiesen worden ist.

Ferner hat die Vorinstanz die Beklagte auf die erweiterte Klage hin verurteilt, an die Klägerin 70 000 DM und 5 % Zinsen seit dem 10. Januar 1978 zu zahlen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte das Klageabweisungs- und Widerklagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Das angefochtene Teilurteil konnte keinen Bestand haben.

A. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung anteiliger Klimatisierungskosten für die gemieteten Räume folgt aus § 535 BGB i.Vbg. mit §§ 4 Nr. 2, 5 Nr. 2 und 6 Nr. 2 der MV1-4. Er ist dem Grunde nach unstreitig.

B. Außer Streit ist der Anspruch auch der Höhe nach für die Zeit bis 31. Dezember 1967 aufgrund des im Verlaufe dieses Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleichs.

C. Streit besteht dagegen über die Höhe der von der Beklagten in den Jahren 1968 bis 1976 geschuldeten Klimatisierungskosten.

I. Da die Mietverträge über die Berechnung der Klimatisierungskosten keine Vereinbarung enthalten, sondern nur besagen, daß sie vom Mieter aufgeschlüsselt nach der Kubikmeterzahl gelieferter Luft zu tragen sind (§ 6 Nr. 2 MV1-4) und die Beklagte die der ersten Abrechnung von der Klägerin zugrunde gelegte Methode nicht akzeptiert hat, haben sich die Parteien am 18. November 1966 vertraglich geeinigt, eine Neuberechnung vorzunehmen und zu diesem Zweck einen neutralen Sachverständigen zu beauftragen, "unter Berücksichtigung aller Umstände zu berechnen, welcher Umrechnungsmodus gerechtfertigt ist." Die Neuberechnung sollte von dem Zeitpunkt an gelten, "zu dem der Vergleich rechtswirksam wird".

II. Diese in einen Vergleich über andere streitige Ansprüche eingebettete, am 14. Juni 1972 im Zusammenhang mit der Auftragserteilung an den Sachverständigen [redacted] ergänzte Absprache hat das Berufungsgericht als Vereinbarung eines Schiedsgutachtenvertrages gewertet. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Auch die Revision wendet sich gegen diesen Ausgangspunkt der angefochtenen Entscheidung nicht.

III. 1. Die Beklagte meint, der Umstand, daß die Parteien am 14. Juni 1972 die Schiedsgutachtenvereinbarung um die Abrede erweitert haben, bei "einer fristlosen Lösung des Schiedsvertragsverhältnisses ..... vom vereinbarten Schiedsurteil Abstand zu nehmen und die Entscheidung einem ordentlichen Gericht zu überlassen", bedeute entweder, durch die Kündigungsregelung habe die Anwendbarkeit der §§ 317 ff BGB überhaupt ausgeschlossen werden sollen oder aber dadurch hätten bestimmte Fälle der offenbaren Unbilligkeit i.S. des § 319 Abs. 1 BGB vertragliche festgelegt werden sollen.

2. Das Berufungsgericht hat derartigen Erwägungen mit Recht keinen Raum gegeben; denn sie finden weder im Wortlaut noch im erkennbaren Sinn der Absprache eine Stütze.

a) Was die Parteien gewollt haben, liegt klar auf der Hand. Die vom Vermieter oder Mieter berechtigterweise ausgesprochene fristlose Kündigung des dem Gutachter gemeinsam erteilten Auftrags sollte die Schiedsgutachtenvereinbarung gemäß Nr. VIII des Vertrages vom 18. November 1966 außer Kraft setzen. Das rechtliche Schicksal der Schiedsgutachtenvereinbarung ist auf diese Weise mit dem des Auftrags an den Gutachter

verknüpft worden. Greift die fristlose Kündigung durch, so müssen die Parteien, falls sie nicht anderweit zu einer Einigung gelangen, ihre Rechte im normalen Prozeßwege durchzusetzen. An alldem erlaubt die getroffene Absprache vom 14. Juni 1972 keinen Zweifel.

b) Welche Verhaltensweisen des Gutachters das Recht zur fristlosen Kündigung geben, folgt in erster Linie aus Nr. II des Auftrages, den gesetzlichen Regeln, denen der Auftrag an den Sachverständigen zuzuordnen ist und schließlich aus § 242 BGB, soweit es sonst um das Vorliegen eines wichtigen Grundes geht. Zu den im Vertrage geregelten Kündigungsgründen gehören Verstöße gegen die Pflicht zur Neutralität ebenso, wie eine Verletzung des Rechts auf umfassende Anhörung.

IV. Die rechtliche Auswirkung einer fristlosen Kündigung des dem Sachverständigen G[redacted] erteilten Auftrags auf die Schiedsgutachtenabsprache gemäß Nr. VIII des Vertrages vom 18. November 1966 hat das Berufungsgericht nicht verkannt, es hat vielmehr gemeint, die von der Beklagten am 22. November 1973 ausgesprochene fristlose Kündigung sei ins Leere gegangen, weil das Gutachten zu diesem Zeitpunkt bereits erstattet und der Gutachtenauftrag mithin beendet gewesen sei.

Diese Auffassung ist von Rechtsirrtum bestimmt und läßt sich nicht halten.

Der Gutachter hat selbst eine Erörterung des Gutachtens für geboten angesehen und die Parteien

dazu eingeladen. Die Aussprache über das Gutachten und die Pflicht, den Auftraggebern dabei Rede und Antwort zu stehen, gehören noch in den Rahmen des erteilten Auftrags. Mit Rücksicht auf die Ausgestaltung des Gutachtenauftrags im vorliegenden Falle, welche den Parteien weitreichende Einwirkungsmöglichkeiten auf die Arbeit des Sachverständigen ermöglichte, versteht sich das von selbst. Der Sachverständige hat im übrigen an den schriftlichen Gutachten nach dem 22. November 1973 noch Korrekturen vorgenommen. Deshalb kann nicht davon die Rede sein, die außerordentliche Kündigung sei ins Leere gegangen weil der Gutachtenauftrag schon beendet gewesen sei.

V. 1. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung habe deshalb keine Wirkung erzielen können, weil auch die Kündigungsgründe nicht unverzüglich geltend gemacht worden seien. Auf das Rechtsverhältnis zum Sachverständigen sei § 626 Abs. 2 BGB zumindest entsprechend anwendbar. Die darin festgelegten Fristen habe die Beklagte nicht eingehalten. Sie habe aus der unter dem 24. Juni 1973 von dem Sachverständigen gegebenen sog. "Darstellung der Vorgehensweise IV" entnehmen können, der Sachverständige werde einen Betriebswirt nicht zu Rate ziehen. Die Einschaltung des Rechtsanwalts Be[redacted] als juristischen Berater sei abgesprochen gewesen, so daß insoweit pflichtwidriges Verhalten nicht gegeben sei. Die Beklagte habe schließlich geraume Zeit vor Fertigstellung des Gutachtens erkennen können, der Sachverständige werde Wirtschaftlichkeit

und Zweckmäßigkeit der vorhandenen Anlage nicht erörtern, weil von ihr ausgegangen werden müsse, eine Trennung der Klimaanlage in der Weise, daß die gastronomisch genutzten Räume gesondert klimatisiert würden, sei nicht durchführbar.

2. Diese Erwägungen halten einer Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Die Beklagte hat das Kündigungsrecht nicht deshalb verloren, weil dem Sachverständigen die Kündigungsgründe nicht unverzüglich schriftlich mitgeteilt worden sind. Soweit es für die Wirksamkeit der Kündigungserklärung notwendig ist, die Kündigung als außerordentliche aus wichtigem Grunde zu kennzeichnen, ist das bei der Zusammenkunft der Parteien mit dem Sachverständigen geschehen. Das folgt aus dem inhaltlich unwidersprochen gebliebenen Schreiben der Beklagten an Ingenieur [redacted] vom 23. November 1973. Selbst wenn aber auf Verlangen des Gekündigten die Kündigungsgründe nicht unverzüglich mitgeteilt werden, führt das regelmäßig nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung (BAG Betrieb 1973, 481).

b) Ersichtlich hat die Vorinstanz jedoch zum Ausdruck bringen wollen, die Beklagte sei mit dem Recht zur außerordentlichen Kündigung des Gutachtenauftrags ausgeschlossen, weil sie die entsprechend geltende Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB versäumt habe.

Zur - entsprechenden - Anwendung des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ist das Berufungsgericht gelangt,

weil es gemeint hat, bei den rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien und dem Sachverständigen [redacted] handele es sich um ein dienstvertragsähnliches Verhältnis. Davon sind im übrigen auch die Vertragschließenden bei der Formulierung des Auftrags vom 14. Juni 1972 ausgegangen.

Die Revision steht demgegenüber auf dem Standpunkt, das Vertragsverhältnis sei werkvertragsähnlich.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bisher offen geblieben, ob der Schiedsgutachtervertrag Dienst- oder Werkvertrag ist (vgl. BGHZ 43, 374). Für die Zuordnung zum Werkvertragsrecht spricht, wie in der Literatur zutreffend hervorgehoben wird (vgl. Soergel/Siebert/Ballerstedt, BGB, 10. Aufl. § 631 Vorbem. Rdn. 31), daß der Sachverständige nicht Tätigwerden, sondern die Feststellung eines Leistungsinhalts gemäß §§ 317 - 319 BGB schuldet. Da andererseits auf den Schiedsrichtervertrag jedenfalls die Kündigungsvorschriften der §§ 626, 627, 671 BGB angewandt werden (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 37. Aufl. § 1028 Anhang 1 A; Palandt, BGB, 38. Aufl. § 675 Anm. 3 a) und das persönliche Vertrauensverhältnis, welchem das Hinauszögern einer außerordentlichen Kündigungsbefugnis abträglich wäre, den Schiedsgutachtenvertrag in gleicher Weise charakterisiert, wie den Schiedsrichtervertrag, erscheint es gerechtfertigt, § 626 BGB auf den Schiedsgutachtenvertrag entsprechend anzuwenden. Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es im vorliegenden Falle indessen nicht, weil, wie noch auszuführen sein wird, die außerordentliche Kündigung

der Beklagten von einem zulässigerweise nachgeschobenen Kündigungsgrund getragen wird (vgl. unten V 2 c dd).

c) aa) Die Beklagte hat die außerordentliche Kündigung damit begründet, daß der Sachverständige nicht, wie von ihr mit Schreiben vom 17. August 1972 verlangt, einen Betriebswirt hinzugezogen hat.

Das Berufungsgericht hat darin recht, daß die Beklagte mit diesem Kündigungsgrund ausgeschlossen ist. Der "Antrag" zur Beantwortung sechs konkreter Fragen einen Betriebswirt hinzuzuziehen, ist im Schreiben der Beklagten vom 17. August 1972 ausdrücklich gestellt worden. Eine Erweiterung dieser Fragestellung hat die Beklagte nicht für erforderlich gehalten. Spätestens aus der "Darstellung der Vorgehensweise IV vom 24. Juni 1973", bei der es sich um ein vorläufiges Gutachten handelt, ersah die Beklagte, daß der Sachverständige diesem Wunsch nicht Rechnung getragen hat. Sie hätte deshalb die außerordentliche Kündigung unverzüglich aussprechen oder sich zumindest vorbehalten müssen dies zu tun, wenn der Sachverständige ihrem Verlangen nicht unverzüglich Rechnung trage.

bb) Soweit die Beklagte die außerordentliche Kündigung darauf gestützt hat, der Sachverständige habe keinen juristischen Berater hinzugezogen, kann sie damit keinen Erfolg haben. Der Vorwurf ist unbegründet. Der Sachverständige hat sich von Rechtsanwalt Be[redacted] beraten lassen.

cc) Die Beklagte hat die außerordentliche Kündigung ferner damit begründet, daß der Sachverständige "eine Vielzahl von Fragen", wie sie in den Stellungnahmen vom 17. August 1972, 12. Februar, 1. März, 30. Juli und 12. Oktober 1973 aufgeworfen worden seien, nicht beantwortet habe.

Außer den von der Beklagten in den Vordergrund gerückten rechtlichen Gesichtspunkten und den zitierten betriebswirtschaftlichen Fragen enthält die Korrespondenz, auf die sich die Beklagte bei der Kündigung am 22. November und in dem sie bestätigenden Schreiben vom 23. November 1973 gestützt hat, nur an einer Stelle "allgemeine Fragen", nämlich im Schreiben vom 1. März 1973. Sie behandeln Personalbedarf und Personaleinsatz, mithin Gesichtspunkte, die der Sachverständige im Gutachten behandelt hat. Damit entfällt auch dieser - vom Berufungsgericht vernachlässigte - Kündigungsgrund.

dd) Die dem Sachverständigen von der Beklagten vorgeworfene Neutralitätsverletzung hat das Berufungsgericht - von der Revision beanstandet - nicht als außerordentlichen Kündigungsgrund, sondern nur unter dem Gesichtspunkt seiner Ablehnung als befangen geprüft. Es hat den Einwand nicht durchgreifen lassen, weil er erst nach der Vorlage des Gutachtens erhoben worden sei. Die Beklagte habe nicht einmal angegeben, wann sie die dafür maßgeblichen Umstände erfahren habe, daß nämlich der Sachverständige im August oder September 1973 einen Gutachtenauftrag für dieselbe Klimaanlage von der Firma S[redacted] Bauen GmbH & Co. Betriebs KG angenommen habe, einem Unternehmen,

welches unstreitig zur selben Firmengruppe gehöre, wie die Klägerin und überdies ein und denselben Geschäftsführer habe wie diese.

Die Revisionsrüge ist begründet.

Die Beklagte hat die am 22. November 1973 ausgesprochene außerordentliche Kündigung zwar nicht auf den Vorwurf mangelnder Neutralität des Sachverständigen gestützt. Auch später, in der Klageerwiderung vom 16. Oktober 1974 und in den Schriftsätzen vom 1. Februar 1975, vom 30. April 1975 und vom 10. Januar 1978 hat sie ausdrücklich nur darauf hingewiesen, daß sie wegen der behaupteten Neutralitätsverletzung das Gutachten anfechte, den Sachverständigen als befangen ablehne und Wegfall der Geschäftsgrundlage einwende. Andererseits hat die Beklagte aber auch ausgeführt, die Kündigung der Gutachtertätigkeit hätte zu einem Zeitpunkt erfolgen können, zu dem das Gutachten noch nicht abgeschlossen war, wenn die Klägerin sie sofort von der anderweiten Auftragserteilung an den Sachverständigen unterrichtet hätte. Dies in Verbindung mit der Tatsache, daß die Beklagte bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz daran festgehalten hat, sie habe den Schiedsgutachtenvertrag wirksam fristlos gekündigt, hätte für die Vorinstanz Anlaß sein müssen, die behauptete Neutralitätsverletzung als nachgeschobenen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung vom 22. November 1973 zu prüfen. Die Rechtsprechung gestattet bei der Kündigung aus wichtigem Grunde das "Nachschieben" von Kündigungsgründen, die im Zeitpunkt der Kündigungserklärung gegeben waren, mit der Wirkung, daß die zunächst

unzureichend begründete Kündigung rückwirkend wirksam wird (BGH Urteil vom 18. Dezember 1975 - VII ZR 75/75 = WM 1976, 209 m.w.Nachw.). Dieser Prüfung war das Berufungsgericht nicht deshalb enthoben, weil die Beklagte unterlassen hätte vorzutragen, wann sie die für den Vorwurf der Neutralitätsverletzung maßgeblichen Umstände erfahren habe. Das Nachschieben eines wichtigen Grundes wird gerade zugelassen, um denjenigen Vertragsteil, der es verstanden hat, einen wichtigen Grund zu verheimlichen, nicht besser zu stellen. Die Beklagte hat im übrigen geltend gemacht, sie habe das Gutachten angefochten, sobald ihr die Doppeltätigkeit C[redacted] bekannt geworden sei. Dem ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Deshalb ist davon auszugehen, daß die Beklagte von den maßgeblichen Umständen Anfang Oktober 1974 erfahren hat, denn im Schriftsatz vom 16. Oktober 1974 hat sie die Anfechtung des Schiedsgutachtens wegen der Neutralitätsverletzung erklärt.

VI. 1. Hatte die Beklagte mithin das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Schiedsgutachtenvertrages am 22. November 1973 nicht verloren, so war zu prüfen, ob der Vorwurf einer Neutralitätsverletzung materiell berechtigt ist.

2. Das Berufungsgericht hat dazu, von seinem Standpunkt aus konsequent, nicht Stellung genommen. Das muß nachgeholt werden.

a) Der Sachverständige setzt, so integer er bei objektiver Würdigung persönlich auch sein mag, einen Grund zur Befürchtung, nicht neutral zu sein, wenn er während der Erarbeitung seines Gutachtens sich etwa

durch Aufnahme rechtsgeschäftlicher Beziehungen mit den Interessen einer der der Schiedsgutachtenvereinbarung unterworfenen Partei verbindet, ohne die andere davon zu unterrichten und deren Zustimmung einzuholen (BGH Urteil vom 28. Februar 1972 - II ZR 151/69 = LM ZPO § 1032 Nr. 6). Zwar hat der Sachverständige im vorliegenden Falle nicht einen weiteren Gutachtenauftrag von der Klägerin angenommen, sondern von der Firma S[redacted] Bauen GmbH & Co. Betriebs KG. Da aber beide Firmen ein und denselben Geschäftsführer haben und Gegenstand der Begutachtung die Klimaanlage im Gebäude der Klägerin war, läßt sich nicht ausschließen, daß die Beklagte subjektiv die begreifliche Befürchtung hegen konnte, der Sachverständige Q[redacted] sei nicht unabhängig und nach beiden Seiten neutral. Dabei war zu berücksichtigen, daß die Parteien in dem Vertrag vom 18. November 1966 ausdrücklich von einem "neutralen Sachverständigen" und dem Gutachtenauftrag an einen "unabhängigen Dritten" gesprochen haben. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob der Sachverständige, wie der Beklagte geltend gemacht hat, vor der Auftragserteilung außerdem noch mündlich darauf hingewiesen worden ist, auf seine Unabhängigkeit und Neutralität werde entscheidender Wert gelegt. Da es keiner weiteren Sachaufklärung bedarf, konnte der erkennende Senat die Wertung der unstreitigen Tatsachen als Neutralitätsverletzung selbst vornehmen.

VII. Ist die von der Beklagten am 22. November 1973 ausgesprochene fristlose Kündigung danach gerechtfertigt, so hat das, wie dargelegt (vgl. oben III. 2. a), zur Folge, daß die Schiedsgutachtenabrede gemäß Nr. 8 des

Vertrages vom 18. November 1966 in der Fassung vom 14. Juni 1972 damit außer Kraft gesetzt worden ist.

Das Berufungsgericht muß nunmehr aufgrund eigener Beweiserhebung, nach Lage der Dinge unter Hinzuziehung von Sachverständigen, prüfen und entscheiden, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche begründet sind.

VIII. Auch die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Widerklage konnte keinen Bestand haben.

1. Die Abweisung des Widerklagebegehrens zu 1) knüpft an die unzutreffende Voraussetzung an, das Gutachten G[redacted] sei für die Entscheidung verwertbar.

Die Parteien hatten im Gutachtenauftrag geregelt, wie die Sachverständigenkosten zu verteilen seien. Die fristlose Kündigung des Gutachtenauftrags hat diese Vereinbarung hinfällig werden lassen. Das Berufungsgericht wird im Wege der notfalls ergänzenden Auslegung zu prüfen haben, nach welcher Regel die Kosten eines gemeinsam in Auftrag gegebenen Gutachtens von den Auftraggebern im Innenverhältnis zu tragen sind.

2. Das Widerklagebegehren nach Maßgabe des Hauptantrages zu 2) hat die Vorinstanz nicht erschöpfend geprüft, für die Abweisung des ihm zugeordneten Hilfsantrages fehlt eine Begründung überhaupt.

a) Durchgreifende rechtliche Bedenken können gegen die Auffassung nicht ins Feld geführt werden, das Mietrecht der §§ 535 ff BGB biete selbst unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben keine Grundlage für einen Anspruch der Beklagten auf Installierung einer gesonderten Klimatisierungsanlage für die von ihr gemieteten Räume auf Kosten der Klägerin. Die Beklagte wußte bei Abschluß der Mietverträge, daß die Mieträume durch eine zentrale Anlage klimatisiert werden würden und daß die dadurch entstehenden umlagefähigen Kosten anteilig von ihr zu tragen sein würden. Die Anlage ist, wie geplant, errichtet worden. Sie erfüllt technisch ihren Zweck. Solange eine ordnungsgemäße Versorgung gewährleistet ist, kann keine Rede davon sein, die Klimaanlage sei deswegen mangelhaft, weil ihr Betrieb - wegen ständiger, zum Teil explosionsartiger Steigerung der Energiepreise - monatlich auf den Quadratmeter umgerechnet "Nebenkosten" verursache, die sich der Höhe des Mietzinses immer mehr annäherten.

b) Es wäre jedoch zu prüfen gewesen - und das muß aufgrund der erneuten Verhandlung nachgeholt werden - ob im vorliegenden Falle nicht deshalb etwas anderes gilt, weil die Klägerin sich offenbar für verpflichtet gehalten hat, die Anlage technisch zu verbessern, alle Möglichkeiten rationelleren Einsatzes auszuschöpfen und die Umlage der danach unvermeidbaren Kosten der Klimatisierung nach einem optimalen Schlüssel vorzunehmen. Hierfür könnte jedenfalls der Inhalt des Gutachtenauftrags vom 14. Juni 1972, so wie er in dem Abschnitt II. 1. bis 3. formuliert ist,

sprechen. Danach hatte der Gutachter auch die technischen Voraussetzungen einer Eigenversorgung des 19., 20. und 21. Stockwerks und ihre technische Durchführbarkeit, sei es auf Kosten der Vermieterin, sei es auf Kosten der Mieterin, zu untersuchen.

c) Mit Verbesserungsvorschlägen hat sich der Sachverständige Quenzel überhaupt nicht befaßt. Daß das nicht geschehen ist, hat die Klägerin nicht zu vertreten. Daran müßten Ersatzansprüche der Beklagten für die Vergangenheit selbst dann scheitern, wenn davon ausgegangen werden müßte, eine Eigenversorgung der Mieträume der Beklagten wäre technisch möglich und zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen realisierbar gewesen. Bei der Prüfung der Frage, ob für die Zukunft eine Eigenversorgung der von der Beklagten gemieteten Gewerberäume mittels einer auf ihre oder auf Kosten der Klägerin errichteten Klimatisierungsanlage technisch in Betracht zu ziehen ist, wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, ob das nicht eine wesentlich höhere Kostenbelastung der übrigen Mieter, deren Räume an die zentrale Versorgungsanlage angeschlossen bleiben, nach sich zieht und deshalb der Klägerin nicht zugemutet werden kann. Auch die restliche Vertragsdauer, für die der Beklagten noch das Nutzungsrecht zusteht, falls nicht die Mietverhältnisse schon durch die außerordentliche Kündigung beendet worden sein sollten, muß in die Erwägungen einbezogen werden und ferner, daß der Klägerin bei der Suche nach einem Mietnachfolger die Abtrennung des 19. bis 21. Stockwerks von der zentralen Klimatisierungsanlage zum Nachteil gereichen könnte, etwa dann, wenn die Räume fortan vorwiegend tagsüber benutzt werden sollten.

D. Da der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten.

Braxmaier Wolf Merz

Treier Dr. Brunotte