

Verkündet
am 21. Januar 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

des Diplom-Kaufmanns Helmut F [REDACTED], K [REDACTED], R [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Peter P [REDACTED] in K [REDACTED]-L [REDACTED], A [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1963 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Ur-
teil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 10. Mai 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ließ im Jahre 1956 in K. mehrere Häuser errichten. Als die Bauarbeiten bereits begonnen hatten, erwies es sich als notwendig, Eigentumswohnungen anstelle der ursprünglich vorgesehenen Mietwohnungen einzurichten. Der Beklagte beauftragte deswegen den Kläger, die Kosten- und Finanzierungspläne, die Wirtschaftlichkeits- und Anteilsberechnungen sowie die Vertragsentwürfe zu erstellen.

Der Kläger tat dies. Er berechnete hierfür ein Honorar von 11.360 DM (1 % der Herstellungskosten von 1.136.000 DM). Der Beklagte hielt diesen Betrag für zu hoch. Mitte 1959 einigten sich die Parteien dahin, daß die angemessene Vergütung von einem Sachverständigen, Dr. M., festgesetzt werden sollte. Das Schreiben des Beklagten an Dr. M. vom 20. August 1959 lautet:

"... Ich bin mit Herrn F. (Kläger) darüber einig, daß wir uns Ihrem Urteil unbedingt unterwerfen. ... Wir beide, Herr F. und ich, stehen auf dem Standpunkt, daß die Angelegenheit so erledigt werden soll und in keinem Fall durch ein Gericht. ..."

Dr. Müller teilte den Parteien am 20. Oktober 1959 mit, daß der Beklagte dem Kläger zur Abgeltung von dessen Arbeiten 3.500 DM zu zahlen habe; hierauf seien vom Beklagten erbrachte Sachleistungen mit 900 DM anzurechnen.

Der Kläger schrieb am 21. Oktober 1959 an den Sachverständigen und den Beklagten, daß er mit der Entscheidung einverstanden sei; er forderte zugleich den Beklagten auf, die ausstehenden 2.600 DM zu entrichten. Nach

Mahnungen und Fristsetzungen zahlte der Beklagte am 26. November 1959 einen Teilbetrag von 1.000 DM. Unter dem 27. November und dem 18. Dezember 1959 teilte der Kläger dem Beklagten mit, daß er sich nicht mehr "an den mit Herrn Dr. M. [REDACTED] getroffenen Vergleich" gebunden fühle, wenn die Restzahlung nicht alsbald erfolge. Nachdem die im Schreiben vom 18. Dezember 1959 gesetzte Frist zum 22. Dezember 1959 fruchtlos verstrichen war, erhob er Anfang Januar 1960 Klage auf Zahlung von 6.000 DM. Nach diesem Zeitpunkt zahlte der Beklagte weitere 1.600 DM.

Der Kläger ist der Ansicht, daß er an die Schätzung des Dr. M. [REDACTED] nicht mehr gebunden sei. Er verlangt als angemessenes Honorar den Betrag von 11.360 DM. Im zweiten Rechtszuge hat er für eine Kreditvermittlung weitere 3.000 DM beansprucht. Hierauf rechnet er die gezahlten oder verrechneten 3.500 DM an. Er hat zuletzt beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 10.860 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er ist der Ansicht, die Entscheidung von Dr. M. [REDACTED] sei als Schiedsgutachten anzusehen, das die Parteien hinzunehmen hätten.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung der im ersten Rechtszuge vom Kläger verlangten 7.860 DM verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter. Der Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger ist der Auffassung, daß Dr. M. [REDACTED] zum Schiedsrichter bestellt worden sei. Der Schiedsvertrag sei, so meint er, unwirksam, weil er nicht in der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO geschlossen worden sei. Außerdem sei er den Parteien nicht gemäß dem § 1039 ZPO förmlich zugestellt und bei Gericht niedergelegt worden; eine Nachholung sei nicht möglich, weil Dr. Müller jede weitere Tätigkeit abgelehnt habe. Unter diesen Umständen sei er, der Kläger, an den Spruch nicht gebunden und könne gemäß dem § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung verlangen. Sie betrage 1 % der Herstellungskosten.

Das Oberlandesgericht ist dem nicht gefolgt. Es hält das Abkommen der Parteien für einen Schiedsgutachtervertrag.

Das greift die Revision vergeblich an.

1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts über den rechtlichen Unterschied zwischen einem Schiedsgerichts- und einem Schiedsgutachtervertrag stehen mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Einklang (u.a. BGHZ 6, 335; 9, 138, 144; LM § 317 BGB Nr. 7; LM § 1025 ZPO Nr. 7). Danach kommt ein Schiedsgericht in Betracht, wenn der Berufene den Streit durch einen dem Urteil gleichen Spruch beenden soll. Dagegen hat der Schiedsgutachter nicht eine solche abschließende Folgerung zu ziehen, sondern die Grundlage für das etwa zu erlassende Urteil zu schaffen.

2. Der Beschwerdeführer wendet zu diesem rechtlichen Ausgangspunkt nichts gegen das angefochtene Urteil ein. Er macht jedoch geltend, daß die Auslegung des Berufungsgerichts unhaltbar sei.

Damit greift er in Wirklichkeit nur die rechtlich nicht zu beanstandende Beweismwürdigung des Tatrichters an.

a) Am 20. August hat der Beklagte an Dr. M. [REDACTED] geschrieben, die Parteien wünschten, daß die Angelegenheit "in keinem Falle durch das Gericht" erledigt werden sollte.

Das Oberlandesgericht meint, diese Ausdrucksweise deute nicht zwingend auf den Abschluß eines Schiedsgerichtsvertrags hin. Die Parteien hätten allordings einen Prozeß vermeiden wollen. Das hätten sie aber praktisch auch durch einen Schiedsgutachtervertrag erreichen können. Jedenfalls sei nicht anzunehmen, daß sie gewollt hätten, Dr. M. [REDACTED] solle ein Schiedsurteil i.S. des § 1040 ZPO erlassen.

Diese Auslegung ist rechtlich zulässig; sie entspricht auch den Besonderheiten des Falls. Daß das Berufungsgericht den Inhalt des Schreibens vom 20. August 1959 in den Entscheidungsgründen nicht wörtlich wiedergibt, ist bedeutungslos; es macht keinen Unterschied, ob die Sache "in keiner Weise" oder in "keinem Fall" durch ein Gericht entschieden werden sollte. Im übrigen ist nicht die Bezeichnung für die rechtliche Einordnung des Abkommens ausschlaggebend, sondern die Aufgabe, die dem Dritten gestellt wird (BGHZ 6, 335). Dem hat das Oberlandesgericht mit rechtlich nicht angreifbaren Erwägungen Rechnung getragen.

b) Dr. M. hat auch darüber befunden, mit welchem Werte gewisse Sachleistungen des Beklagten auf das Honorar angerechnet werden sollten.

Es ist nicht erkennbar, warum dieser Umstand gegen das Vorliegen eines Schiedsgutachtervertrags sprechen soll. Die Revision begründet ihre entgegengesetzte Ansicht nicht.

II.

Der Kläger hat sich hilfsweise darauf berufen, daß das Schiedsgutachten gemäß dem § 319 Abs. 1 BGB nicht verbindlich sei.

1. Das Berufungsgericht hält den § 319 Abs. 1 BGB für entsprechend anwendbar.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. In Fällen dieser Art ist auf die Vorschriften der §§ 317 ff BGB unmittelbar oder in entsprechender Anwendung zurückzugreifen. Ob es dabei im Rahmen des § 319 Abs. 1 BGB auf die offenbare Unbilligkeit oder Unrichtigkeit der Leistungsbestimmung ankommt, kann dahingestellt bleiben; denn ein sachlicher Unterschied besteht insoweit nicht.

2. Offenbar unbillig oder unrichtig ist eine Leistungsbestimmung, wenn sich der Fehler dem sachkundigen und unbefangenen Beobachter - wenn auch möglicherweise erst nach eingehender Prüfung - aufdrängt.

Diese Voraussetzungen verneint das Berufungsgericht. Dem Gutachter hätten, so meint es, die maßgeblichen Un-

terlagen vorgelegen. Der Kläger habe sich mit dem Ergebnis zudem einverstanden erklärt und somit die Höhe für angemessen angesehen. Zwar sei der im ersten Rechtszuge vernommene Sachverständige B. zu einem Honorar von 11.360 DM gelangt; dessen Gutachten sei jedoch "in vielen Punkten angreifbar, wie der Beklagte in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 3. Oktober 1960 im einzelnen dargelegt" habe. Jedenfalls könne dem Gutachten M. nicht entnommen werden, daß er sachwidrig gehandelt und offenbar gegen die Interessen der Betroffenen verstoßen habe.

Diese Erwägungen halten der Nachprüfung nicht stand.

a) Die Revision greift die Begründung, mit der das Berufungsgericht das Gutachten B. für unmaßgeblich erklärt, mit Recht an.

Das Oberlandesgericht hat keine eigenen Ausführungen dazu gemacht; es bezieht sich vielmehr lediglich auf die Einwände des Beklagten im Schriftsatz vom 3. Oktober 1960, ohne sie zu wiederholen.

Ein solches Vorgehen wäre höchstens angängig gewesen, wenn es sich um eindeutig gerechtfertigte und nicht ergänzungsbedürftige Beanstandungen gehandelt hätte. Davon kann keine Rede sein.

Der Kläger hatte in seinem Schriftsatz vom 8. Oktober 1960 auf das dahingehende Vorbringen des Beklagten geantwortet. Hiermit hätte sich das Oberlandesgericht umsomehr befassen müssen, als diese Erwiderung mindestens keine schlechteren Gründe für sich hat, als der Vortrag

des Beklagten. So ist nicht ersichtlich, weswegen es erheblich sein soll, ob es dem Beklagten oder dem Kläger gelungen ist, die Finanzierungslücke zu schließen (II 1 des Schrifts. v. 3. Oktober 1960); denn Blumacher hat dem Kläger hierfür kein Honorar zugebilligt (S. 31 und 37 seines Gutachtens). Die Behauptung des Beklagten zu II 2 jenes Schriftsatzes, der Kläger habe nur wenige Stunden für die Preisberechnung aufzuwenden gehabt, entbehrt jeder näheren Begründung, während sich der Sachverständige dieser Arbeit durch Stichproben unterzogen hat. Darauf, ob der Beklagte aus der Arbeit des Klägers Gewinn erzielt hat (II 3 des Schrifts. v. 3. Oktober 1960), hat Blumacher seine Entscheidung nicht abgestellt. Schließlich hat der Beklagte selbst nicht behauptet, daß eine Taxe gemäß dem § 612 Abs. 2 BGB bestehe (II 5 jenes Schrifts.).

Unter diesen Umständen genügt die Bezugnahme des Berufungsgerichts auf die Ausführungen des Beklagten nicht, um dem gerichtlichen Gutachten den Boden zu entziehen. Das Revisionsgericht muß also für diesen Rechtszug die Behauptung des Klägers unterstellen, daß es zutrifft.

Dann würde aber allein der Unterschied zwischen den Ergebnissen maßgebend dafür sprechen, daß die Schätzung von Dr. M. [REDACTED] offenbar unbillig oder unrichtig ist. Zwar hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung Warn. 1909 Nr. 395 diesen Unterschied für sich allein noch nicht als ausreichend erachtet, um die Voraussetzungen des § 319 Abs. 1 S. 1 BGB zu erfüllen. Dort handelte es sich aber um eine verhältnismäßig geringe Abweichung. Demgegenüber soll hier nach dem Gutachten Blumachers mehr als das dreifache des Betrages angemessen sein, den Dr. M. [REDACTED] zugebilligt hat.

Eine solche außerordentliche Abweichung könnte, auch ohne Hinzutreten weiterer Umstände, geeignet sein, die offenbare Unbilligkeit (Unrichtigkeit) der Schätzung von Dr. M. zu erweisen. Deswegen muß das Urteil zur Prüfung, ob dem gerichtlichen Sachverständigen zu folgen ist, aufgehoben werden.

b) Demgegenüber ist die von der Revision in den Vordergrund gestellte Frage, ob dem Gutachter Dr. M. alle Unterlagen vorgelegen haben, bedeutungslos.

Es ist für die Anwendbarkeit des § 319 Abs. 1 S. 1 BGB in der Regel gleichgültig, auf welchem Wege der Schiedsgutachter zu seinem Ergebnis gelangt ist. Maßgebend ist vielmehr dieses Ergebnis selbst, weil sich nur aus ihm heraus beurteilen läßt, ob es offenbar unbillig (unrichtig) ist oder nicht. Anders liegt der Fall nur, wenn die Parteien dem Schiedsgutachter ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben haben und jener es nicht eingehalten hat; dann folgt die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens aber aus dem Vertragswillen, nicht aus dem Gesetz (Urt. des Bundesgerichtshofs vom 30. Oktober 1959 I ZR 188/57). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

c) Von der Revision nicht aufgegriffen ist die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe das Honorar von 1 % der Herstellungskosten auf die Käufer der Wohnungen umgelegt (Schriftsatz vom 23. April 1960). Der Punkt könnte auch für die Frage der offenbaren Unbilligkeit (Unrichtigkeit) der Schätzung mit nur einem knappen Drittel jener Umlage erheblich sein. Das Berufungsgericht wird dies bei der neuen Verhandlung und Entscheidung gegebenenfalls zu berücksichtigen haben.

3. Der Kläger hat sich durch Schreiben vom 21. Oktober 1959 mit dem Ergebnis des Schiedsgutachtens einverstanden erklärt. Das Oberlandesgericht wertet dies dahin, daß er es für angemessen gehalten habe.

Dieser Schluß, den die Revision nicht angreift, ist für sich allein nicht geeignet, die angefochtene Entscheidung zu tragen. Die Zustimmung des Klägers konnte verschiedene Ursachen haben. Insbesondere liegt die Annahme nahe, daß er die Beendigung des Streits und vor allem eine baldige Zahlung erreichen wollte; darauf deutet schon deren Anforderung in demselben Schreiben hin, in dem er dem Beklagten sein Einverständnis mitteilte. Jedenfalls läßt sich aus dieser Äußerung noch kein maßgeblicher Anhaltspunkt für die objektive Angemessenheit der Schätzung von Dr. M. [REDACTED] entnehmen.

An einen solchen Verzicht, wenn man die Erklärung in diesem Sinne verstehen will, wäre der Kläger aber nicht mehr gebunden. Es ist nach den Umständen ausgeschlossen, daß er ihn unabhängig von dem Verhalten des Gegners ausgesprochen hat. Ihm lag, wie bereits erwähnt, daran, baldmöglichst zu dem ihm zugebilligten Betrage zu kommen. Ein solches Ergebnis war nur zu erreichen, wenn sich auch der Beklagte mit dem Schiedsgutachten abfand und ebenfalls darauf verzichtete, es mit den ihm vom Gesetz gewährten Rechtsbehelfen anzugreifen. Das hat der Beklagte dementsprechend verstanden und seinerseits am 19. November 1959 dem Kläger und Dr. M. [REDACTED] mitgeteilt, daß er die Schätzung anerkenne.

Es handelt sich also bei diesen Äußerungen um voneinander abhängige, gegenseitige Willenserklärungen, auf die die §§ 320 ff BGB anwendbar sind.

Der Kläger hat dem Beklagten letztmalig am 18. Dezember 1959 eine Frist zur Zahlung des Rests von 1.600 DM bis zum 22. Dezember 1959 mit der Androhung gesetzt, daß er nach deren fruchtlosen Ablauf die volle Summe einklagen werde. Das bedeutete, daß er sich damit von seinem Anerkenntnis der Schätzung zu lösen beabsichtigte.

Zu diesem Vorgehen war er, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, gemäß dem § 326 BGB befugt. Der Rücktritt ist in der Erhebung der Klage zu erblicken.

III.

Der Kläger hat im zweiten Rechtszuge für eine Kreditvermittlung weitere 3.000 DM als Provision verlangt.

Das Oberlandesgericht hat die Klage auch insoweit abgewiesen. Es meint, der Schiedsgutachter habe die Vergütung für die gesamte vom Kläger erbrachte Tätigkeit festsetzen sollen und dies auch getan. Demgemäß könne der Kläger keine weiteren Ansprüche mehr geltend machen.

Diese Ausführungen stehen und fallen mit der Entscheidung über die Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens. Ist dieses wegen offenkundiger Unbilligkeit (Unrichtigkeit) nicht maßgebend, so ist es auch nicht geeignet, den Provisionsanspruch des Klägers zu Fall zu bringen.

IV.

Das Urteil ist daher aufzuheben, weil die für die Entscheidung maßgebliche Prüfung unzureichend ist, ob dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen gefolgt werden kann.

Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1
S. 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke