

VII ZR 169/61

Verkündet
am 7. November 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Architekten Stadtrat a.D. Direktor Emil A. B. ,
B. , S. Straße ,

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von

gegen

die Firma "H. -Bau" P. & Co OHG, gesetzlich
vertreten durch ihre Gesellschafter, Bauunternehmer Emil
P. und Dr. Ing. Heinz W. , B. ,
B. Straße

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. November 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschol, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das den
Parteien an Verkündungs Statt am 20. April 1961
zugeestellte Teilurteil des 16. Zivilsenats des
Kammergerichts insoweit aufgehoben, als der Be-
klagte zur Zahlung von mehr als 16.440,18 DM
nebst Zinsen verurteilt ist. In diesem Umfang
wird die Sache zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Beklagten wird
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat auf Grund des Bauvertrags vom 10. Juli 1956 für den Beklagten das 9-stöckige Mietwohnhaus in Berlin-Spandau, S. [REDACTED] Straße [REDACTED], im Rohbau errichtet sowie die Estrich- und Zimmerarbeiten ausgeführt. Sie hat eine restliche Werklohnforderung von 30.801,04 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat der Klägerin durch Teilurteil vom 8. April 1960 und durch Schlußurteil vom 17. Mai 1960 insgesamt 25.146,53 DM nebst Zinsen zugesprochen und die weitergehende Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat durch das angefochtene Teilurteil die Berufungen des Beklagten gegen die beiden landgerichtlichen Urteile insoweit zurückgewiesen, als der Beklagte insgesamt zur Zahlung von 17.220,18 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist; in Höhe von 1.019,75 DM hat es die Klage abgewiesen; die Entscheidung über Beträge von zusammen 6.906,60 DM hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, soweit das Oberlandesgericht ihr im Teilurteil stattgegeben hat. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Einrede des Beklagten, "Leistungsminderungen" und die "Nichterfüllung von Vertragspflichten" hätten nach Ziff. VII des Bauvertrags der bauleitende Architekt Dipl.Ing. Sch. [REDACTED] und der Architekt Dipl.Ing. W. [REDACTED] gemeinsam als Schiedsgutachter bindend festzustellen, hält das Berufungsgericht nicht für begründet. Es sieht in Ziff. VII keine

Schiedsgutachtervereinbarung, sondern meint, die Parteien hätten einen Streit erst einmal den beiden Architekten unterbreiten wollen, damit diese sich sachverständig, aber unverbindlich äußerten.

Die Angriffe der Revision gegen diese Auslegung sind zwar angesichts des Wortlauts der Ziff. VII nicht von der Hand zu weisen. Im Ergebnis kommt es auf sie jedoch nicht an, denn auch wenn Ziff. VII eine Schiedsgutachterklausel darstellt, kann sich der Beklagte nicht mehr darauf berufen.

1.) Die Frage, ob eine Partei einen Schiedsgutachter ablehnen kann, wird von der herrschenden Meinung verneint. Auch das Reichsgericht hat sich jedenfalls für den von der Gegenpartei ernannten Schiedsgutachter auf diesen Standpunkt gestellt (RGZ 152, 201, 206). Die Frage bedarf hier jedoch keiner grundsätzlichen Entscheidung. Die Umstände des vorliegenden Falles sind so ungewöhnlich, daß die Klägerin unter Mitwirkung des Architekten Sch. getroffene Feststellungen nicht mehr als sie im Rechtsstreit bindend hinzunehmen braucht.

Wenn sich schon ein Bauunternehmer auf den bauleitenden Architekten des Bauherrn als Schiedsgutachter einläßt, so sollte dieser Architekt, den die Parteien hier in Ziff. VII als "treuhänderisch verpflichtet" bezeichnet haben, alles vermeiden, was zu Zweifeln an seiner Objektivität Anlaß geben kann. Der Architekt Sch. gibt jedoch, wie der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 21. April 1959 (§. 1) eingeräumt hat, dessen Prozeßbevollmächtigten die für den Rechtsstreit erforderlichen Informationen. Damit hat er sich festgelegt und besitzt im gegebenen Falle nicht mehr die für einen "treuhänderisch verpflichteten" Schiedsgutachter erforderliche neutrale Haltung gegenüber beiden Parteien. Bei dieser Sachlage muß ernstlich gefragt werden, ob der Klägerin nach



Treu und Glauben (§ 242 BGB) noch zuzumuten ist, den Architekten Sch [REDACTED] weiterhin als Schiedsgutachter anzuerkennen.

Das hat der Beklagte offenbar auch eingesehen. In dem angeführten Schriftsatz hat er erklärt, er könnte sich zwar formal darauf berufen, daß Sch [REDACTED] bisher kein Schiedsgutachten im Sinne der Ziff. VII erstattet habe; er tue dies jedoch nicht, weil es richtig sei, daß Sch [REDACTED] die technischen Informationen für den Rechtsstreit gebe. An dieser Erklärung muß sich der Beklagte bei der hier gegebenen Sachlage gegenüber seiner späteren gegenteiligen Äußerung im Schriftsatz vom 18. Januar 1961 (S. 3) festhalten lassen.

2.) Scheidet somit der Architekt Sch [REDACTED] als Schiedsgutachter aus, so entfällt die Möglichkeit, Mängel des Bauwerks entsprechend Ziff. VII durch die beiden Architekten feststellen zu lassen. Die Schiedsgutachtervereinbarung ist damit hinfällig geworden. Die Ansicht des Beklagten, diese Aufgabe obliege nunmehr dem Architekten W [REDACTED] allein, wird von Ziff. VII nicht getragen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Klägerin auf Grund der von ihr vorgetragenen Gründe auch eine schiedsgutachterliche Feststellung des Architekten W [REDACTED] als sie nicht bindend ablehnen dürfte.

B.

Die Revisionsangriffe gegen die sachliche Entscheidung des Berufungsgerichts sind nur zu einem Punkt begründet.

I.

Im Schriftsatz vom 18. Januar 1961 (S. 4) hat der Beklagte behauptet, der Architekt W [REDACTED] habe festgestellt, daß die Stockwerke um 3 cm zu niedrig erstellt seien; bei einer Fläche von 450 m^2 ergäben sich $(8 \times 3 \times 450)$ 110 m^3 weniger an umbautem Raum und damit ein Minderwert des Hauses von

(110 x 70 =) 7.700 DM. (Beweis: Architekt W. [REDACTED] sowie Architektengutachten).

Das Berufungsgericht hat dieses neue Vorbringen zwar zugelassen, jedoch nicht für genügend substantiiert erachtet.

Hiergegen wendet sich die Revision zu Unrecht.

1.) Zwar bedurfte es nicht der vom Berufungsgericht vermissten Angaben über die Höhe der Fußböden. Deren Höhe kann nur für die lichte Höhe der Räume Bedeutung haben. Die Größen, von denen der Beklagte spricht, nämlich die Stockwerkshöhe und - nach DIN 277 Ziff. 1 (Komm. zur GOA Roth-Gaber, Aufl. 1959 S. 511) - auch der umbaute Raum, werden nach den Außenflächen der Umfassungen bestimmt.

2.) Dem Berufungsgericht ist jedoch zuzustimmen, daß zu einer schlüssigen Darstellung Angaben über die Abweichungen von den geplanten Maßen gehörten und daß der Beklagte entweder die Voraussetzungen einer Minderung nach § 13 Ziff. 6 VOB (B) in Verbindung mit §§ 634 Abs. 4, 472 BGB oder eines Schadensersatzanspruchs nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB (B) hätte dargetun müssen. In dieser Hinsicht hat der Beklagte nichts vortragen müssen.

II.

Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe die Grundplatte unnötigerweise um 5 m² in den Kellerflur hinein verlegt, rechtfertigt es nach Ansicht des Landgerichts (Schlußurteil S. 4) nicht, den Werklohn der Klägerin um 150 DM zu kürzen. Das Landgericht hat der Bekundung des Poliers H. [REDACTED] entnommen, daß die Klägerin insoweit einer Forderung des Statikers K. [REDACTED] entsprochen, der Bauleiter Sch. [REDACTED] des Beklagten auch der Ausdehnung der Grundplatte in den Kellerflur nicht widersprochen hat.

Das Oberlandesgericht folgt dieser unwidersprochen gebliebenen Bekundung des Zeugen H. und geht davon aus, daß der Statiker nachträglich verlangt hat, die Grundplatte müsse in den Kellergang hineinragen.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe unbeachtet gelassen, daß nach dem Gutachten des Sachverständigen E. vom 6. November 1959 (39) diese Erweiterung der Grundplatte nicht notwendig gewesen sei. Der Sachverständige E. hat sich hierzu einer Stellungnahme enthalten und auf die Ansicht des Statikers verwiesen. Daß aber der Statiker nachträglich verlangt hat, die Grundplatte müsse in den Kellergang hineinragen, entnimmt das Berufungsgericht der Bekundung des Poliers H.

III.

Unbegründet ist auch die Rüge, das Berufungsgericht habe nicht das vom Beklagten beantragte Sachverständigengutachten darüber eingeholt, daß der Keller dort, wo die Grundplatte in den Flur hineinrage, tiefer gelegt werden könne, ohne daß Grundwasser eindringe.

Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, die geringe lichte Höhe von 1,82 m in diesem Teil des Kellerflurs sei durch den nachträglich vom Statiker angeordneten Einbau der Grundplatte bedingt. Der Beklagte hat nicht dargetan, daß die Klägerin insoweit von vornherein falsch gebaut habe, oder daß die spätere Maßnahme verfehlt gewesen sei. Es begegnet daher keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht dem Beklagten den für die Tieferlegung des Kellerflurs verlangten Betrag von 2.300 DM versagt hat.

IV.

Nach der Behauptung des Beklagten hat die Klägerin den Sichtbeton unsauber ausgeführt. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die wenigen unsauberen Stellen keinen wesentlichen

Mangel darstellen, daß sie ohne hohe Kosten ausgebessert werden können, die Klägerin die Nachbesserung auch nicht verweigert, der Beklagte aber die Klägerin nicht unter Fristsetzung hierzu aufgefordert hat.

Die Folgerung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte demnach weder die zur Nachbesserung erforderlichen Kosten (§ 13 Ziff. 5 VOB (B)), noch Minderung (§ 13 Ziff. 6 VOB (B)), noch Schadensersatz (§ 13 Ziff. 7 VOB (B)) verlangen kann, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

1.) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß nach dem vom Beklagten vorgelegten Gutachten W. vom 23. Januar 1961 die Klägerin die Mängel des Sichtbetons noch nicht beseitigt habe, liegt neben der Sache. Hiervon geht das Berufungsgericht aus.

2.) Unbegründet ist auch die Rüge, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Klägerin selbst wegen dieser Mängel einen Nachlaß von 100 DM eingeräumt habe. In dem von der Revisor angeführten Schriftsatz vom 13. Januar 1960 (S. 5) hat die Klägerin diesen Nachlaß lediglich unter der Voraussetzung angeboten, daß der Beklagte damit auf die von ihm verlangte Kürzung des Werklohns um 653,97 DM verzichte. Hierauf ist der Beklagte nicht eingegangen.

V.

Schadensersatz im Betrage von 2.184 DM wegen schlechter Ausführung der Balkonestriche kann der Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts schon deshalb nicht verlangen, weil er der Klägerin noch keine Frist zur Behebung der nach seiner Behauptung nachbesserungsfähigen Mängel gesetzt hat.

Die Revision will in der Tatsache, daß die Mängel noch nicht behoben sind, eine die Fristsetzung überflüssig machen ernstliche Weigerung der Klägerin sehen.

Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Mit der Fristsetzung zeigt der Auftraggeber, ob ihm an einer Nachbesserung wirklich gelegen ist. Daß die Klägerin die Nachbesserung ernstlich verweigert habe, hat der Beklagte in den Vorinstanzen nicht dargetan.

Ob der Beklagte im Berufungsverfahren bei der Aufzählung der mangelhaft ausgeführten Arbeiten den Balkonestrich überhaupt noch erwähnt hat, worauf das Berufungsgericht ebenfalls abstellt, ist daneben unerheblich.

VI.

Die Klägerin hat sich, so stellt das Berufungsgericht fest, zur Nachbesserung der ungleichen Fenster- und Balkonstürze bereit erklärt, jedoch verlangt, ihr die mangelhaften Stürze zu bezeichnen. Eine Nachbesserungsfrist hat der Beklagte ihr nicht gesetzt.

Die Revision hält eine Nachbesserung für unmöglich (§ 13 Ziff. 6 VOB (B)), weil es sich um 48 Balkone sowie 15 Fenster handle und den Mietern der mit den Arbeiten verbundene Schmutzanfall nicht zugemutet werden könne. Diese Behauptung ist neu und kann deshalb im Revisionsverfahren nicht beachtet werden.

Der Beklagte hat in den Vorinstanzen nicht dargetan, warum er das erforderliche Vertrauen in die Klägerin auf ordnungsgemäße Durchführung der Nachbesserung verloren habe. Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht den Zahlungsanspruch auch mangels Fristsetzung verneint.

VII.

Soweit der Beklagte mit seinen Ansprüchen auf Schadensersatz und Minderung mangels Fristsetzung nicht durchdringt (vorstehend: IV, V und VI), bleibt zu prüfen, ob ihm wenigstens

die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB zusteht, was nach § 322 BGB seine Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Nachbesserung der Mängel zur Folge hätte (BGHZ 26, 337, 339). Das hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint (EU S. 11). Es stellt hierzu fest, daß der Beklagte gar nicht mehr die Nachbesserung der Mängel verlangt, sondern lediglich die Abweisung der Klage wegen Minderung oder Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erstrebt hat.

VIII.

Einen Schadensersatzanspruch des Beklagten in Höhe von 780 DM wegen vertragswidriger Herstellung der Treppenhäuser verneint das Berufungsgericht. Ob die Klägerin insofern vertragswidrig gearbeitet hat, läßt es offen. Jedenfalls habe der Beklagte, so führt es aus, nicht dargetan, daß es sich um einen wesentlichen Mangel handle, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtige (§ 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB (B)).

Die Revision verweist auf das Gutachten des Sachverständigen E [REDACTED], wonach ein "Mangel im Sinne der VOB" und eine Wertminderung um 780 DM vorliegt. Hierzu hat das Berufungsgericht nicht Stellung genommen. Es ist auch nicht auf das vom Beklagten vorgelegte Gutachten W [REDACTED] vom 23. Januar 1961 (S. 3) eingegangen, wonach die Stufen zu dicht, teils auch innerhalb der Türöffnungen liegen und infolgedessen eine Absturzgefahr bestehen soll.

Falls kein wesentlicher Mangel, jedoch, wie der Beklagte behauptet hat (Teilurteil des Landgerichts S. 10), eine "irreparable Verunstaltung" vorliegt, können die Voraussetzungen einer Minderung gegeben sein. Das bleibt zu prüfen.

Insoweit ist das Urteil aufzuheben.

IX.

Die Revision ist somit gerechtfertigt, soweit das Berufungsgericht die eingeklagte Werklohnforderung nicht wegen der von dem Beklagten behaupteten vertragswidrigen Herstellung der Treppenhäuser gekürzt hat. Insoweit war das angefochtene Urteil aufzuheben. Im übrigen erweist sich die Revision als unbegründet.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Dr. Vogt

Finke