

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 177/74

URTEIL

Verkündet am
19. Juni 1975
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Karl-Heinz S t [REDACTED], Fußbodenbau,
K [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Stadt I [REDACTED] - O [REDACTED],
vertreten durch den Oberbürgermeister Dr. W [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Kuhn

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz vom 15. Mai 1974 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte übernahm mit Vertrag vom 1. Oktober 1970 die Ausführung der Estricharbeiten in dem Neubau eines S██████████ Krankenhauses, das die Klägerin errichten ließ. Dem Bauvertrag lagen die Allgemeinen Vertragsbedingungen (Ausgabe I/1968) der für die Klägerin tätigen Architekten K██████ und K██████ aus F██████████ zu Grunde. Nach diesen Allgemeinen Vertragsbedingungen haben das Zuschlags- bzw. Auftragsschreiben und das Leistungsverzeichnis mit den Vorbemerkungen Vorrang vor den Allgemeinen Vertragsbedingungen, die wiederum der an sich zu Grunde gelegten VOB vorgehen (Nr. 1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen).

- 3 -

In Nr. 4 k dieser Bedingungen heißt es:

"Werden Arbeiten des Auftragnehmers beanstandet, so verzichtet er darauf, sich auf mangelhafte Vorleistungen anderer am Bau Beteiligter zu berufen."

Gemäß Nr. 18 a haben mündliche Vereinbarungen, Änderungen oder Zusätze zu dem Vertrag nur Gültigkeit, wenn sie vom Auftraggeber schriftlich bestätigt sind.

Als sich an den Estricharbeiten Mängel zeigten, erstattete das Gutachterbüro R [REDACTED] mehrere Gutachten über Art, Umfang und Ursachen dieser Mängel. Drei dieser Gutachten, nämlich Nr. 72/71 vom 20. März 1971, Nr. 72/71 - B - vom 25. März 1971 und Nr. 72/71 - C - vom 15. April 1971, waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor beiden Tatgerichten. In dem Gutachten vom 15. April 1971 kommen die Sachverständigen zu folgendem Ergebnis:

- "1. 80 % der Estrichschäden sind auf ungeeignete Rohdeckenverhältnisse und dadurch entstandene zu große Dickendifferenzen, unter Berücksichtigung eines teilweisen zu hohen Wasser-Zement-Wertes und einer nicht vorgenommenen Estrichnachbehandlung, zurückzuführen. Dadurch sind die verschiedenen Merkmale eines nicht in allen Teilen normengerechten, schwimmenden Zement-Estrichs entstanden, die zu den Folgeschäden führten.
2. 20 % der Estrichschäden gehen zu Lasten nicht einwandfreier Heizungs- und Temperaturverhältnisse während und nach den Estricharbeiten; d.h., die Estrichschäden sind um 20 % vergrößert worden, weil keine einwandfreie, raumklimatische Verhältnissgrundlage in diesem Bauwerk vorgelegen hat.

Diese Schadens-, Umfangs- und Lastenverteilung halten die als Schiedsgutachter tätigen Sachverständigen für angemessen und korrekt."



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin hat u.a. 55.091,88 DM, das sind 80 % der nach ihrer Behauptung von ihr aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten, nebst Zinsen eingeklagt. Sie stützt sich dabei auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Rosenbaum, die nach ihrer Ansicht Schiedsgutachten darstellen und deshalb für den Rechtsstreit bindend seien. Der Beklagte hat eine Schiedsgutachtervereinbarung bestritten.

Das Landgericht hat das Bestehen der von der Klägerin behaupteten Schiedsgutachtervereinbarung mit Zwischenurteil vom 17. November 1972 festgestellt. Mit Grundurteil vom 6. April 1973 hat es den "von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Ersatz von 80 % der Kosten, die durch Nachbesserungsarbeiten an den von dem Beklagten hergestellten Estrichen im Neubau des S██████████ Krankenhauses I██-O██████████ entstanden sind", dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im übrigen hat es die Entscheidung dem Schlußurteil vorbehalten.

Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Zwischen den Parteien sei eine wirksame mündliche Schiedsgutachtervereinbarung zustande gekommen. Gegenstand dieser Vereinbarung sei die Feststellung des entstandenen Schadens und des Ursachenzusammenhangs. Es handle sich somit um einen Schiedsgutachtervertrag im eigentlichen Sinne. Daher seien die §§ 317 ff BGB entsprechend anwendbar, während auf die §§ 1025 ff ZPO nicht zurückgegriffen werden könne. Der Beklagte habe für die durch die Schiedsgutachten des Sachverständigen R. [REDACTED] vom 20. März, 25. März und 15. April 1971 festgestellten Mängel in dem geltend gemachten Umfang einzustehen.

Die getroffene Vereinbarung sei nicht wegen Verstoßes gegen die in Nr. 18 a der Allgemeinen Vertragsbedingungen enthaltenen Schriftformklausel nichtig. Auch aus § 56 Abs. 1 der für Rheinland-Pfalz geltenden Gemeindeordnung lasse sich keine Nichtigkeit wegen Formmangels herleiten.

Das Schiedsgutachten sei verbindlich, da es nicht offenbar unrichtig sei.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Die Revision meint, der Sachverständige habe durch seine Schätzung eine verbindliche Erklärung über den Verantwortungsbereich der Parteien getroffen und sei deshalb

wie ein Schiedsrichter tätig geworden, so daß die Vereinbarung der Formvorschrift des § 1027 ZPO unterfalle.

Die Rüge geht fehl. Sie verkennt den Unterschied zwischen den Aufgaben eines Schiedsgutachters und denen eines Schiedsrichters. Hier hatte der Sachverständige nicht anstelle des Staatsgerichts eine endgültige Entscheidung zu fällen. Er hatte vielmehr nur Tatsachen festzustellen, von denen die Entscheidung des Rechtsstreits durch das Staatsgericht abhängt. Diese Feststellungen sind nur im Rahmen der §§ 317 - 319 BGB bindend. Bei dieser Sachlage kann von einer schiedsrichterlichen Tätigkeit des Sachverständigen R. [REDACTED] nicht gesprochen werden (BGHZ 6, 335; Senatsurteil vom 21. Januar 1963 - VII ZR 162/61 = VersR 63, 390). Dem steht auch nicht entgegen, daß der Schiedsgutachter im Wege der Schätzung eine Abwägung zwischen mehreren Ursachen vorgenommen hat. Ein anderer vernünftiger Weg für eine Tatsachenfeststellung stand hier gar nicht offen. Ein Schiedsgutachter, der den Umfang und den Ursachenzusammenhang eines Schadens festlegen soll, ist an keine strengeren Anforderungen gebunden als ein Richter (§ 287 ZPO), es sei denn, die Parteien hätten etwas Abweichendes vereinbart.

2. Schließlich begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht festgestellt hat, das Schiedsgutachten sei nicht offenbar unrichtig im Sinne des § 319 BGB.

Der Einwand des Beklagten, die gutachterlichen Feststellungen seien schon deshalb offenbar unrichtig, weil ihm (Beklagten) nur drei der insgesamt sechs Gutachten

R[REDACTED] ausgehändigt worden seien, ist nicht stichhaltig. Die restlichen drei Gutachten befassen sich nur mit den Nachbesserungsarbeiten durch eine andere Firma, interessieren also hier nicht. Das Berufungsgericht hat seinem Urteil auch nur die drei oben im Tatbestand aufgeführten Gutachten zu Grunde gelegt.

II.

1. Die in dem Gutachten beschriebenen Estrichschäden, die vor allem auf die ungeeigneten Vorarbeiten des Rohbauunternehmers zurückzuführen sind, habe, so meint das Oberlandesgericht, der Beklagte zu vertreten. Dabei bedürfe es keiner Prüfung, ob er die ihm nach § 4 Ziff. 3 VOB (B) (1952) obliegende Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel unterlassen habe. Gemäß Ziffer 4 k der Allgemeinen Vertragsbedingungen habe er nämlich für den Fall der Beanstandungen seiner Arbeiten darauf verzichtet, sich auf mangelhafte Vorleistungen anderer am Bau Beteiligter zu berufen. Die Bestimmung sei wirksam.

Die Revision hält diese Ansicht schon deshalb für verfehlt, weil der Beklagte in dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Bauvertrag (Ziffer 2) sich verpflichtet hatte, "sämtliche Vorleistungen vor Beginn der Arbeiten zu überprüfen ... und der Bauleitung rechtzeitig irgendwelche Mängel oder Toleranzen mitzuteilen." Unterstelle man aber, daß der Beklagte dieser Verpflichtung nachgekommen sei, so könne er für die mangelhaften Vorleistungen eines anderen Bauunternehmers nicht verantwortlich sein.

Ob das richtig ist und ob Ziffer 4 k der richterlichen Inhaltskontrolle standhalten würde, kann dahinstehen.

2. Der Beklagte muß nämlich schon deshalb für 80 % der Nachbesserungskosten eintreten, weil er seiner Mitteilungspflicht gemäß § 4 Ziff. 3 VOB (B) nicht rechtzeitig nachgekommen ist.

Zwar hat das Berufungsgericht das zunächst offen gelassen (S. 17/18 BU). Es hat sich aber in anderem Zusammenhang (S. 19 - 20 BU) dann doch mit der Frage befaßt, ob und wann der Beklagte die Klägerin auf ihm bekannte Mängel der Rohdecke hingewiesen hatte. Nach seinen eigenen Behauptungen hat er das erstmals, und zwar nur mündlich, am 25. Januar 1975 getan. Damals aber waren nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die für den Schaden ursächlichen Arbeiten des Beklagten bereits beendet.

Fehl geht die Auffassung der Revision, das Berufungsgericht habe die vom Beklagten mit Schriftsatz vom 14. September 1973 angebotenen Beweise nicht ausgeschöpft. Das Oberlandesgericht brauchte dem Beweisangebot des Beklagten dafür, daß er "vor Beginn seiner Arbeiten seiner Verpflichtung gemäß § 4 VOB (B) nachgekommen" sei, schon deshalb nicht nachzugehen, weil dieses Vorbringen nicht genügend substantiiert ist. Der Beklagte hat nicht konkret behauptet, auf welche Weise er seiner Mitteilungspflicht nachgekommen sein will. Da die Klägerin das in ihrem Schriftsatz vom 5. April 1974 bemängelt hatte, bedurfte es keines entsprechenden Hinweises durch das Berufungsgericht.

3. Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe ihn angewiesen, die Unebenheiten der Rohdecke durch stärkere Estrichschichten auszugleichen. In solchem Fall hätte die

Klägerin gemäß § 4 Ziff. 3 VOB (B) - nicht nach § 13 Ziff. 3 VOB (B), da das Werk nicht abgenommen wurde - für ihre Anordnungen einzustehen. Das Oberlandesgericht stellt aber fest, daß eine derartige Anordnung der Klägerin allenfalls erst am 27. Januar 1971 ergangen sei. Zu diesem Zeitpunkt habe der Beklagte jedoch bereits 80 - 90 % der gesamten Estricharbeiten ausgeführt gehabt. Die Anordnung sei auch nur für den Baubereich A ergangen, in dem der Beklagte nach dem 27. Januar 1971 überhaupt nicht mehr tätig geworden sei.⁴ Der Beklagte habe die dahingehenden Behauptungen der Klägerin nicht substantiiert bestritten, so daß sie gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen seien.

Die Angriffe der Revision gegen diese Feststellungen bleiben erfolglos.

Die im Schriftsatz vom 14. September 1973 aufgestellte Behauptung, "die Klägerin bzw. deren Bauleiter habe den Beklagten trotz der von ihm geltend gemachten Bedenken angewiesen, die Arbeiten durchzuführen ohne Rücksicht auf die Niveauunterschiede und Unebenheiten in der Rohdecke", ist so unbestimmt, daß das entsprechende Beweisangebot vom Berufungsgericht nicht beachtet zu werden brauchte. Da der Beklagte selbst bisher nur davon gesprochen hatte, eine derartige Anweisung sei erst am 27. Januar 1971 erteilt worden, hätte er konkrete Angaben über den Zeitpunkt der Anweisung machen müssen, wenn er von seinem früheren Sachvortrag abrücken wollte.

Die Revision will dem Schreiben des Beklagten vom 25. März 1971 die Behauptung entnehmen, daß entsprechende Anweisungen schon vor dem 27. Januar 1971 erteilt worden

seien. Das geht fehl. Der Beklagte hat in der ersten Instanz nur behauptet, nach der Anzeige der Deckenunebenheiten am 25. und 26. Januar 1971 habe die Bauleitung der Klägerin (eben am 27. Januar 1971) angeordnet, diese Unebenheiten durch Estrich-Mehrauftrag auszugleichen. Wenn er in der Berufungsinstanz dieses Schreiben anders verstanden wissen wollte, hätte er das deutlich zum Ausdruck bringen und sagen müssen, wer zu welchem Zeitpunkt derartige Anordnungen getroffen haben soll. Zwar heißt es in dem Schreiben des Beklagten vom 25. März 1971: "Ihre Bauleitung gab mir daraufhin (gemeint: am 27. Januar 1971) die Arbeitsausführungsanordnung, diese Deckenunebenheiten weiterhin durch Estrich-Mehrauftrag auszugleichen". Indessen läßt sich aus dieser Formulierung nicht die Behauptung herleiten, ein entsprechender Auftrag sei auch schon vorher erteilt worden.

Ist somit davon auszugehen, daß eine etwaige Anordnung der Klägerin erst zu einem Zeitpunkt erging, in dem sie für den eingetretenen Schaden nicht mehr ursächlich sein konnte, kann sie auch die Verantwortlichkeit des Beklagten nicht berühren.

III.

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge
aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Recken

Doerry

Bliesener

Kuhn