

Verkündet
am 7. November 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 Architekten Stadtrat a.D. Direktor Emil A. B [REDACTED],
B [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

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

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. November 1963 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Schlußur-
teil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 15. No-
vember 1962 wird zurückgewiesen, soweit sie die Hauptsache betrifft. Im Kostenpunkt wird das Urteil aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision an das Kammergericht zurückverwiesen.

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.

Durch Teilurteil - den Parteien an Verkündungs Statt am 20. April 1961 zugestellt - hat das Kammergericht zunächst 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 Kostenentscheidung hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Durch Schlußurteil vom 15. November 1962 hat es hinsichtlich der restlichen Beträge von zusammen 6.906,60 DM die Klage wegen weiterer 425,95 DM nebst Zinsen abgewiesen und im übrigen (6.480,65 DM nebst Zinsen) die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Von den Kosten des ersten Rechtszugs hat es der Klägerin 4/17 und dem Beklagten 13/17, von den Kosten des Berufungsverfahrens der Klägerin 1/18 und dem Beklagten 17/18 auferlegt.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, soweit das Berufungsgericht ihr in seinem Schlußurteil entsprochen hat. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

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, hat das Berufungsgericht in seinem Teilurteil für unbegründet erklärt. 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 auch gegenüber dem Schlußurteil geltend gemachten 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[REDACTED] 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 [REDACTED] gibt jedoch, wie der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 21. April 1959 (S. 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 schiedsgut-

achterliche Feststellung des Architekten W. [REDACTED] als sie nicht bindend ablehnen dürfte.

II.

Die Parteien sind darüber einig, daß der Beklagte 1,-- DM für jedes kg Stahl zu zahlen hat, das die Klägerin je Einheit (m^2 oder lfd. m) über die Menge hinaus einbauen mußte, die die Parteien für die verschiedenen Positionen der Stahlbetonarbeiten als geschätzten Verbrauch hatten und die durch den jeweiligen Einheitspreis abgegolten sein sollte. Die Klägerin hat einen Mehrverbrauch an Stahl von 6.480,65 kg behauptet und demgemäß hierfür 6.480,65 DM eingeklagt. Das Berufungsgericht hat ihr diesen Betrag zugesprochen.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Klägerin beweisen muß, wieviel Stahl sie über die angenommenen Durchschnittsmengen hinaus eingebaut hat. Es folgt dem Gutachten des Prof. Dr. D. [REDACTED]. Dieser hat errechnet, daß die Klägerin über die im Angebot genannten Mengen hinaus weit mehr Stahl eingebaut hat, als sie dem Beklagten in Rechnung stellt.

1. Unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Prüfer A. [REDACTED] aus Sicherheitsgründen einen Mehreinbau von ca. 2 Tonnen Stahl verlangt habe. Hiervon geht das Berufungsgericht aus (BU S. 4, 7, 8). Es nimmt sogar zu Gunsten des Beklagten an, daß diese Menge bereits dem geschätzten Verbrauch zu Grunde liegt und durch den Einheitspreis abgegolten ist. Es hat jedoch als von der Klägerin bewiesen erachtet, daß eine größere zusätzliche Stahlmenge erforderlich war.

2. Um den durch die Einheitspreise nicht mehr gedeckten Mehrverbrauch an Stahl zu ermitteln, ist das Berufungsgericht von der nach dem Gutachten des Prof. Dr. D. [REDACTED] eingebauten Gesamtmenge von 60.784,37 kg ausgegangen. Hiervon hat es die Menge abgezogen, die sich nach dem dem Angebot zugrunde liegenden Durchschnittsbetrag je Einheit ergibt. Es hat jedoch errechnet und zugunsten des Beklagten berücksichtigt, daß der Umfang der Massen um 10 % größer ist als im Angebot angenommen war.

3. Das Berufungsgericht erachtet hiernach als nachgewiesen, daß der die angenommenen Durchschnittsmengen übersteigende Mehrverbrauch an Stahl 10.550,92 kg ausmacht, also weit mehr als die Klägerin in Rechnung stellt. Die Behauptung des Beklagten, ein Teil dieser Zusatzmengen sei nicht erforderlich gewesen, hält es nicht für erwiesen. Daß die vom Bauaufsichtsamt und vom Prüfstatiker verlangten Stahlmengen eingebaut werden mußten, verstehe sich von selbst. Daneben wäre es Sache des Beklagten gewesen, im einzelnen darzulegen und zu beweisen, wo der Statiker der Klägerin schuldhaft zuviel Stahl vorgeschrieben habe.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Zwar hat die Revision recht, daß die Klägerin ihre Werklohnforderung beweisen muß. Dazu ist erforderlich der Nachweis des Mehrverbrauchs und daß dieser notwendig war. Die Klägerin hat sich jedoch an die Weisungen ihres Statikers K. [REDACTED] gehalten. Der Sachverständige D. [REDACTED] hat, so betont das Berufungsgericht, dessen Berechnung und die Bewehrungspläne als sehr sorgfältig bezeichnet. Er hat nicht feststellen können, daß wahllos oder überflüssigerweise Stahl verwendet worden sei. Andernfalls würde, so hat er ausgeführt, der Prüfsingenieur den Statiker hierauf hingewiesen haben. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß der Beklagte angesichts dieser Feststellungen im einzelnen hätte aus-

führen müssen, wo bei dem Bauvorhaben unnötigerweise Stahl verbraucht worden ist. Da das Berufungsgericht gegenüber den von der Klägerin in Rechnung gestellten 6.480,65 kg einen Mehrverbrauch von 10.550,92 kg feststellt, hätte der Beklagte dartun müssen, daß mehr als der Unterschiedsbetrag eingespart werden konnte. Der Sachverständige D. [REDACTED] hat zu dem Schriftsatz des Beklagten vom 2. Oktober 1962, in dem dieser bestritt, daß zusätzliche Stahlmengen hätten verbaut werden müssen, in seinem Ergänzungsgutachten vom 19. Oktober 1962 und bei seiner mündlichen Anhörung vom 5. November 1962 Stellung genommen. Er hat nur die Stahlposition 178, bei der es sich um 13,5 kg, also um einen Betrag von 13,50 DM handelt, als überflüssig bezeichnet.

4. Dieser Stahlverbrauch zu Pos. 178 von 13,5 kg für einen Unterzug, hat sich, wie das Berufungsgericht feststellt, deshalb als überflüssig erwiesen, weil eine vorgesehen gewesene Wand, die durch den Unterzug abgefangen werden sollte, nicht ausgeführt worden ist. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, der Beklagte habe nicht behauptet, daß die Klägerin rechtzeitig genug von der Änderung des Planes unterrichtet worden sei, um den Stahl im Unterzug einsparen zu können.

Was die Revision hierzu vorbringt, liegt neben der Sache. Davon, daß die Wand nicht errichtet worden ist, geht das Berufungsgericht aus. Im übrigen kommt es auch in Anbetracht dessen, daß das Berufungsgericht einen erheblich höheren Mehrverbrauch feststellt, als die Klägerin berechnet hat, auf die unbedeutende Menge von 13,5 kg im Werte von 13,50 DM nicht an.

5. Die Revision des Beklagten gegen die Sachentscheidung im angefochtenen Schlußurteil erweist sich demnach als unbegründet.

III.

Das Berufungsgericht hat im Schlußurteil über die gesamten Kosten der beiden Vorinstanzen entschieden, auch soweit es bereits in der Hauptsache das Teilurteil erlassen hatte. Insofern enthält das Schlußurteil eine Ergänzung des vorausgegangenen, eine Kostenentscheidung nicht enthaltenden Teilurteils. In diesem Umfang bilden das Teil- und das Schlußurteil ein einheitliches, untrennbares Ganzes (BGHZ 29, 126, 127).

Der Senat hat auf die Revision des Beklagten das Teilurteil insoweit aufgehoben, als der Beklagte zu mehr als 16.440,18 DM verurteilt worden ist, und die Sache wegen eines Betrags von 780 DM an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Daraus folgt die Notwendigkeit, die Kostenentscheidung des Schlußurteils aufzuheben und auch die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht zu übertragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Dr. Vogt

Finke