

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 326/86

Verkündet am
5. November 1987
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma C [REDACTED] Massivbau GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Friedhelm C [REDACTED] und Paul V [REDACTED], St [REDACTED]-weg [REDACTED], A [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Gerhard Al [REDACTED], J [REDACTED]allee, M [REDACTED]-G [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten C [REDACTED] Massivbau GmbH wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 2. Oktober 1986 aufgehoben, soweit diese Beklagte beschwert ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat in den Jahren 1980/81 zwei Appartementhäuser in M. für den Kläger errichtet. Nach der Abnahme der Bauleistungen haben die Parteien über Baumängel gestritten. Deshalb haben der Kläger einerseits und die Beklagte sowie die frühere Beklagte zu 2 als Bürgin andererseits im Mai 1984 eine "Schiedsvereinbarung" getroffen. Danach sollten von einem Sachverständigen bestimmte Mängel untersucht und gegebenenfalls der Mängelbeseitigungsaufwand festgestellt werden. Nach Vorlage des Gutachtens sollte der Kläger innerhalb einer Frist von 3 Wochen zwischen Mängelbeseitigung durch die Beklagte oder Abgeltung durch Zahlung der vom Sachverständigen ermittelten Kosten wählen dürfen. Die Vereinbarung enthält weiter folgende Klausel:

"Der Sachverständigenauftrag wird durch die Firma C. (Beklagte) und Herrn A. (Kläger) erteilt werden. Der erforderliche Kostenvorschuß wird nach entsprechender Rechnungslegung (Vorschußrechnung) des Sachverständigen von der Firma C. und Herrn A. jeweils zur Hälfte zunächst verauslagt. Die Zahlung hat binnen 10 Tagen nach Eingang der Rechnung bei den Auftraggebern zu erfolgen. Bei nicht fristgerechter Zahlung verwirkt die säumige Partei alle bestehenden oder künftigen Ansprüche gegen die übrigen Parteien dieser Schiedsvereinbarung."

Das nach der "Schiedsvereinbarung" vorgesehene Schiedsgutachten ist erstattet worden. Der Schiedsgutachter hat Werkmängel festgestellt. Der Kläger hat danach die ihm eingeräumte Wahl getroffen und nicht die Beseitigung der festgestellten Mängel, sondern die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten in der vom Schiedsgutachter ermittelten



Höhe von 104.082,-- DM von der Beklagten und der Bürgin verlangt, ferner dazu anteilige Schiedsgutachterkosten von 1.904,61 DM und schließlich aus einem anderen, nicht vom Schiedsgutachten erfaßten Mangel weitere 1.068,18 DM, jeweils nebst 14 v.H. Zinsen.

Das Landgericht hat die Beklagte und die Bürgin nur zur Zahlung der Mängelbeseitigungskosten von 104.082,-- DM und der Schiedsgutachterkosten in der eingeklagten Höhe von 1.904,61 DM, jeweils nebst 14 v.H. Zinsen, verurteilt.

Auf die Berufung der Bürgin hat das Oberlandesgericht die Klage gegen diese abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hat lediglich zur Herabsetzung des Zinssatzes auf 8 v.H. geführt. Mit ihrer - angenommenen - Revision will die Beklagte die volle Abweisung der Klage erreichen. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht nimmt an, der Kläger habe den mit der Klage geltend gemachten Anspruch nicht verwirkt. Er habe zwar den auf ihn entfallenden Vorschuß zu spät eingezahlt und damit an sich die weitreichende Sanktionswirkung der Verwirkungsklausel ausgelöst. Darauf könne sich die Beklagte aber nach Treu und Glauben nicht berufen, weil sie die Verspätung der Vorschußzahlung nicht rechtzeitig gerügt habe.

In Höhe des vom Landgericht zugesprochenen Betrages habe der Sachverständige auch Mängel festgestellt, die voll

zu Lasten der Beklagten gingen. Wenn er sich nicht ausdrücklich dazu geäußert habe, inwieweit die Mängel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Klägers zurückzuführen seien, so könne doch aus seinem Schweigen geschlossen werden, daß er das habe verneinen wollen.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

I.

Dabei mag allerdings offen bleiben, ob das Berufungsgericht die nach ihrem Wortlaut äußerst strenge - letztlich nur den Kläger belastende - Verwirkungsklausel richtig ausgelegt hat.

Es ist jedenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn es der Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf eine etwaige Verwirkung zu berufen. Denn zum einen ist durch die nur um einen Tag verspätete Zahlung des Klägers auf die Schiedsgutachtergebühren der mit der Klausel verfolgte Zweck, das Gutachterverfahren zu beschleunigen, keineswegs verfehlt worden; das schon im Gang befindliche Verfahren lief vielmehr ungestört weiter. Zum anderen war die Beklagte gehalten, wenn sie schon die Klausel so streng - wie es nach ihrem bloßen Wortlaut vielleicht möglich ist - handhaben wollte, sich sofort, d.h. noch ehe der Sachverständige weiter tätig wurde, danach zu erkundigen, ob der Kläger den auf ihn entfallenden Vorschuß rechtzeitig geleistet hatte. Das hat sie versäumt und damit nicht nur beim

Kläger, sondern auch bei dem Sachverständigen den Eindruck erweckt, sie lege auf die "buchstabengetreue" Erfüllung der Vorschußabrede keinen Wert mehr. Daran muß sie sich nach Treu und Glauben festhalten lassen.

Das Berufungsgericht ist mithin entgegen der Auffassung der Revision zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger seine Gewährleistungsansprüche nicht verloren hat.

II.

1. Zu Recht rügt die Revision jedoch, daß das Schiedsgutachten jedenfalls für die volle Zuerkennung der Fremdnachbesserungskosten keine ausreichende Grundlage abgibt.

Fehl geht allerdings ihr Angriff, das Berufungsgericht habe überhaupt keine Mängel der von der Rechtsvorgängerin der Beklagten durchgeführten Maurerarbeiten feststellen dürfen. Insoweit verkennt sie, daß die Parteien übereinstimmend von vier, ihrem äußeren Erscheinungsbild nach näher bezeichneten Baumängeln ausgegangen sind und den Schiedsgutachter beauftragt haben, diese Mängel nach Ursache, Umfang, Verschulden und Beseitigungsaufwand zu klären. Der Schiedsgutachter hat denn auch in seinem Gutachten vom 21. Dezember 1984 Baumängel festgestellt, die zur Durchfeuchtung der Kellerdecke (Schwimmbad), zu Kalkspuren auf den Schwimmbadfenstern und zu Undichtigkeiten im Bereich der Außenbalkone des Blockes A führen, und ihren Beseitigungsaufwand er-

mittelt. Die Parteien streiten im übrigen auch gar nicht über das Vorhandensein dieser Mängel. Ihr Streit geht vielmehr nur darum, ob diese Mängel auf Ausführungsfehlern der Rechtsvorgängerin der Beklagten oder etwa auf dem Kläger anzulastende Planungsfehler seines Architekten oder auf sonstigen, nicht von der Beklagten zu vertretenden Umständen beruhen.

Das Berufungsgericht hat das auch richtig gesehen. Allein aus dem entsprechenden "Schweigen" des Schiedsgutachters hat es jedoch hinsichtlich der Durchfeuchtung der Kellerdecke, der Verschmutzung der Schwimmbadfenster und der Undichtigkeit der Balkone Planungsfehler des Architekten verneint und ausschließlich Ausführungsfehler der Rechtsvorgängerin der Beklagten bejaht.

Damit ist das Berufungsgericht dem Fall nicht gerecht geworden.

a) Nach den Feststellungen des Schiedsgutachters kommt es zur Durchfeuchtung der Kellerdecke (Schwimmbad), weil die um den Beckenrand bis in das Becken geführte Schweißbahn keinen wirksam ausgebildeten unteren Dichtungsabschluß besitzt (S. 11 seines Gutachtens). Der Schiedsgutachter hat jedoch keine Ausführungen dazu gemacht, wie der untere Dichtungsabschluß vom Architekten des Klägers geplant worden war, dem insbesondere auch die Planung dieses wichtigen Details oblegen hat. Es ist danach möglich, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten den unteren Dichtungsabschluß plangemäß ausgeführt hat. Möglich ist auch, daß der

Architekt entgegen seiner Verpflichtung dieses wichtige Detail nicht geplant hat. Dem Schweigen des Schiedsgutachters dazu kann allenfalls entnommen werden, daß er sich mit diesen Fragen nicht befaßt hat. In beiden Fällen müßte die Beklagte selbst bei Verletzung entsprechender Hinweispflichten aller Wahrscheinlichkeit nach nicht voll für diesen Mangel haften, weil sich der Kläger mitwirkendes Planungsverschulden seines Architekten anrechnen lassen muß.

b) Bei den Balkonen sieht der Schiedsgutachter die Schadensursache darin, daß die Platten des Oberbelages im Mörtelbett verlegt worden sind, ohne daß für die Entwässerung des Mörtelbettes gesorgt worden ist (Gutachten S. 7/8). Der Schiedsgutachter hat auch hier keine Ausführungen dazu gemacht, ob diese Art der Verlegung nicht etwa entsprechend der Planung des Architekten genauso von der Rechtsvorgängerin der Beklagten verlangt worden ist, oder ob eine - hier erforderliche - Detailplanung gänzlich gefehlt hat. Vor weiterer Sachaufklärung, die dann auch den Abzug etwaiger "Sowieso-Kosten" umfassen kann, ist deshalb aus den zu a) behandelten Erwägungen eine Alleinhaftung der Beklagten zumindest fraglich.

c) Die Fensterängel beruhen nach den Feststellungen des Schiedsgutachters auf fehlender Hinterlüftung der Fassadenelemente (Gutachten S. 13/14). Hier liegt ein Planungs-mangel nahe mit der möglichen Folge, daß lediglich eine Haftungsquote der Beklagten in Betracht kommt.

d) Hinsichtlich der drei zu a) bis c) behandelten Baumängel muß das Berufungsurteil mithin aufgehoben werden. Das Berufungsgericht wird in neuer Verhandlung unter weiterer Sachaufklärung den aufgezeigten Fragen nachzugehen haben.

2. Hinsichtlich der Kiesschüttung hat das Berufungsgericht mit dem Schiedsgutachter festgestellt, daß eine Teilmenge Kies fehlt, die zum Betrage von 342,-- DM noch aufgebracht werden kann (Gutachten S. 14). Offensichtlich handelt es sich dabei um die Materialkosten und nicht um zusätzliche Kosten wegen nachträglicher Arbeiterschwerungen. Die Kiesfehlmenge kann einen Baumangel begründen. Bislang ist jedoch nicht geklärt, ob der Kläger den Betrag von 342,-- DM nicht als "Sowieso-Kosten" bezahlen muß und deshalb nicht von der Beklagten verlangen kann. Das wäre dann der Fall, wenn die hier in Rede stehende Teilmenge Kies, wie die Revision wohl vorträgt, dem Kläger noch nicht berechnet worden ist. Das muß noch geklärt werden. Dem entsprechenden Revisionsvorbringen wird das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung nachgehen können.

3. Hinsichtlich der Kosten des Schiedsgutachters haben die Parteien in der "Schiedsvereinbarung" die Abrede getroffen, daß sie nach der Quote von den gesamten Mängelbeseitigungskosten zu dem von der Beklagten zu tragenden Anteil aufgeteilt werden sollen. Da diese Quote noch nicht feststeht, vielmehr erst nach weiterer Sachaufklärung zu ermitteln ist, kann der Kläger den eingeklagten und ihm vom Berufungsgericht zugesprochene Kostenanteil von

1.904,61 DM noch nicht verlangen. Auch insoweit ist das Berufungsurteil deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem im übrigen auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Girisch

Doerry

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer