

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO §§ 68, 1025

Die Streitverkündung im Schiedsgerichtsverfahren hat nicht die Wirkungen des § 68 ZPO, wenn der Streitverkündungsempfänger dem Verfahren nicht beigetreten ist und auch sonst nicht zum Ausdruck gebracht hat, daß er es für sich gelten lassen will.

BGB § 631; Muster-Architektenvertrag

Zur Frage, wie die in einem Musterarchitektenvertrag enthaltene sog. Subsidiaritätsklausel auszulegen ist.

BGH, Urt.v. 29. Oktober 1964 - VII ZR 69/63 OLG Hamburg
LG Hamburg

Verkündet
am 29. Oktober 1964
Pohl, 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 Heinrich O [REDACTED], H [REDACTED], Ger [REDACTED] -
[REDACTED], als Testamentsvollstrecker der Frau Anna Kr [REDACTED],
Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten BDA Hermann W e [REDACTED], H [REDACTED],
R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu
Hamburg vom 14. Februar 1963 aufgehoben, soweit über
die Kosten entschieden und die Klage in Höhe von
4.019,04 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. In
diesem Umfange wird die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat der
Kläger 4/5 zu tragen. Über den Rest von 1/5 wird das
Berufungsgericht zu befinden haben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker über den Nachlaß der im Jahre 1958 verstorbenen Frau Kr. Diese im(folgenden Klägerin genannt) ließ in den Jahren 1955/56 auf ihrem Grundstück ein Mietshaus errichten. Die Architektenarbeiten übertrug sie durch Vertrag vom 1. August 1955 dem Beklagten und dem Diplom-Ingenieur St. gemeinsam. Der § 11 Abs. 3 dieses Vertrags lautete:

"Wird der Architekt wegen ungenügender Aufsicht und Prüfung für fehlerhafte Bauausführung in Anspruch genommen, so haftet er nur im Falle des Unvermögens der ausführenden Unternehmer".

Im Plan, den St. aufstellte, war vorgesehen, daß die an der Straße gelegenen Außenwände mit einer Rundstabverblendung versehen werden sollten; St. fertigte hierzu eine Tabelle, in der er die Breite der Fugen angab.

Der Beklagte beauftragte die Firma W. & K. (i.f. nur W.), die Verblender anzubringen. Er übertrug ihr später auch die Verfugung, nachdem W. vorher eine kleine Fläche in Gegenwart von St. und des Sohnes des Beklagten probeweise verblendet und verfugt hatte.

Für das Vertragsverhältnis zwischen der Firma W. und der Klägerin sollten die Vorschriften der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B gelten. Ferner schloß die Klägerin mit W. einen Schiedsvertrag, durch den alle Rechtsstreitigkeiten aus dem Auftrag einem Schiedsgericht übertragen wurden.

Nach dem Einzug der Mieter stellte sich heraus, daß die verblendeten Wände nicht wasserdicht waren. Der Beklagte



setzte der Firma W. eine Frist zur Beseitigung des Mangels; nach deren fruchtlosem Ablauf ließ die Klägerin von der Firma K. umfangreiche Reparaturen vornehmen.

Sie hat die Firma W. vor dem vereinbarten Schiedsgericht auf Zahlung von Schadensersatz verklagt, dessen Höhe im Tatbestand des Schiedsspruchs mit 8.743,13 DM angegeben wird, ist jedoch mit der Klage abgewiesen worden. Auf die Widerklage von W. verurteilte sie das Schiedsgericht zur Zahlung eines restlichen Werklohnanteils von 2.775,91 DM; wegen eines weiteren Werklohnrests von 2.500 DM (genau 2.497,60 DM) wies es die Widerklage ab.

Darauf forderte die Klägerin vor dem ordentlichen Gericht von dem beklagten Architekten einen Teilbetrag ihres Schadens in Höhe von 7.500 DM, den sie bei dem Schiedsgericht erfolglos geltend gemacht hatte. Sie stützte ihren Anspruch darauf, daß der Beklagte seinen Pflichten als Architekt nicht nachgekommen sei, wie bereits das Schiedsgericht angenommen habe. Der Beklagte wurde rechtskräftig zur Zahlung jenes Betrags verurteilt; mit seinen sachlichen Einwendungen wurde er nicht gehört, weil er sie verspätet vorgebracht hatte.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin den Ersatz ihres restlichen Schadens in Höhe von 14.797,83 DM verlangt. Sie hat ferner die Feststellung erbeten, daß der Beklagte für allen weiteren, aus der mangelhaften Verblendung der Wände entstandenen Schaden hafte.

Das Landgericht hat den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision bittet die Klägerin um Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Zum Zahlungsanspruch:

I.

Das Berufungsgericht ist der Meinung, die Haftung des Beklagten könne nur aus der Verletzung der ihm obliegenden örtlichen Bauaufsicht hergeleitet werden. Insoweit habe er aber, so legt es dar, für Verstöße gemäß dem § 11 Abs. 3 des Architektenvertrags lediglich bei Unvermögen des Unternehmers einzustehen. Ein solches Unvermögen komme in Betracht, soweit die Klägerin im Schiedsverfahren ihren Schaden vergeblich geltend gemacht habe; das sei in Höhe von 14.167,43 DM geschehen.

Erhalten habe sie hierauf durch Zahlungen des Beklagten und durch Verrechnung auf den Werklohn W. [REDACTED] sowie das Honorar des Beklagten insgesamt 15.656,82 DM. Unter diesen Umständen müsse sie sich wegen ihres den Betrag von 14.167,43 DM übersteigenden Schadens zunächst an die Firma W. [REDACTED] halten. Wenn der Anspruch gegen diese verjährt sei, so ginge das allein zu ihren Lasten. Deswegen müsse die Klage abgewiesen werden.

Diesen Ausführungen kann nicht in jeder Hinsicht gefolgt werden.

1. Das Berufungsgericht prüft, inwieweit die Klägerin an einem Vorgehen gegen W. durch die Entscheidung des Schiedsgerichts gehindert war. Dieses habe, so meint es, über eine Schadensersatzforderung der Klägerin von 14.167,43 DM "entschieden" (S. 19 d. Urt.).

a) Diese Zahl ist unrichtig berechnet. Die Klägerin hatte ihre Forderung im Schiedsgerichtsverfahren zuletzt mit 8.913,61 DM beziffert (Schrifts. v. 4. September 1957). Das Schiedsgericht hat die darin liegende Erhöhung aber nicht beachtet und, wie sich aus dem Tatbestand des Spruchs ergibt, lediglich über eine Forderung von 8.743,13 DM entschieden; daraus folgt, daß die Klägerin nur mit diesem Betrage abgewiesen worden ist.

Das Schiedsgericht hat sie ferner zur Zahlung eines restlichen Werklohns von weiteren 2.775,91 DM verurteilt und insoweit den von der Klägerin zur Verrechnung gestellten weiteren Schadensersatzanspruch ausdrücklich verneint.

Demgemäß hat es befunden, daß der Klägerin keine Schadensersatzansprüche gegen W. in Höhe von insgesamt 11.519,04 DM zustehen. Dagegen hat es die von der Klägerin bei ihrer Berechnung bereits vorher abgesetzten Beträge, von jenen 2.775,91 DM abgesehen, nicht aberkannt; sie waren nicht Gegenstand seiner Entscheidung.

b) Auf der anderen Seite geht es nicht an, alle Beträge, die die Klägerin vom Beklagten oder von W. in bar oder durch Verrechnung erhalten hat, ohne weiteres von jenen 11.519,04 DM abzuziehen.

In dieser Höhe haftet der Beklagte, soweit ihn ein Verschulden wegen unzureichender Bauaufsicht trifft, weil

die Klägerin insoweit den Unternehmer nicht mehr in Anspruch nehmen kann. Befreit wäre er lediglich durch Zahlungen oder Verrechnungen, die gerade diesen Betrag betreffen.

Nach den Umständen kommen hierfür nur die 7.500 DM in Betracht, zu deren Zahlung er im Vorprozeß verurteilt worden ist. Aus den Akten 20 O 324/57 ergibt sich nämlich, daß die Klägerin dort denselben Schaden geltend gemacht hat, mit dem sie vom Schiedsgericht abgewiesen worden ist (u.a. S. 5 der Klageschr. v. 16. Dezember 1957).

Dagegen fehlt es an jeder Rechtfertigung, abgesehen von den oben erwähnten 2.775,91 DM, auch noch weitere Beträge auf jene vom Schiedsgericht abgewiesenen 11.519,04 DM anzurechnen, die die Klägerin vor und nach dem Schiedsspruch gegen W. [REDACTED] und den Beklagten verrechnet hat. Die Klägerin hat nicht erklärt, daß sie eine solche Anrechnung gerade auf den abgewiesenen Betrag wünsche, und es ist auch nicht anzunehmen, daß sie jemals damit einverstanden gewesen wäre. Ebensowenig hat der Beklagte eine solche Anrechnung verlangt.

Soweit das Schiedsgericht schließlich der Klägerin 2.500 DM als Schadensersatz gegen W. [REDACTED] zuerkannt hat, ist sie befriedigt worden. In diesem Umfange ist auch der Beklagte befreit. Das hat die Klägerin zwar noch nicht in ihrer Klageschrift, dagegen im Schriftsatz vom 21. April 1960 S. 3 berücksichtigt. Jedenfalls kann diese Summe ebenfalls nicht von den 11.519,04 DM abgesetzt werden.

c) Somit kann sich der Beklagte nicht auf den Schutz der Subsidiaritätsklausel in Höhe von 11.519,04 abzüglich 7.500 DM = 4.019,04 DM berufen.

Da das Oberlandesgericht noch keine abschließenden Feststellungen darüber getroffen hat, ob dem Beklagten ein Verschulden bei Ausübung der örtlichen Bauaufsicht zur Last fällt, ist das Urteil in diesem Umfange aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

2. Allerdings ist das Schiedsgericht in den Gründen seines Spruchs davon ausgegangen, daß der Klägerin ein über 2.500 DM hinausgehender Schadensersatz gegen W. nicht zustehende (S. 6 d. Schdspr.). Es fragt sich, ob die Klägerin, bevor sie den Beklagten in Anspruch nahm, trotzdem gehalten war, nochmals gegen W. vor dem Schiedsgericht wegen ihrer restlichen Forderung zu klagen.

Der Senat hat diese Frage bejaht.

a) Nach dem § 11 Abs. 3 des Architektenvertrags kann der Architekt wegen ungenügender Aufsicht und Prüfung für fehlerhafte Bauausführung nur in Fällen des Unvermögens des ausführenden Unternehmers in Anspruch genommen werden.

Wie der Senat in dem Urteil vom 20. Februar 1964 VII ZR 179/62 ausgeführt hat, kommt es auf ein solches Unvermögen nicht an, wenn der Unternehmer für den Mangel überhaupt nicht haftet, so z. B. deswegen nicht, weil die gegen ihn erhobenen Forderungen bereits rechtskräftig aberkannt worden sind. In einem solchen Falle hat also der Architekt ohne Rücksicht auf die Subsidiaritätsklausel bei eigenem Verschulden für den Schaden einzustehen.

Es wäre weiter daran zu denken, einem Unvermögen des Unternehmers den Fall gleichzustellen, in dem es dem Bauherrn

nicht zugemutet werden kann, gegen jenen vorzugehen. Inso-
weit könnte die Rechtslage, wie das Berufungsgericht zu-
treffend ausführt, mit der sich bei einer Ausfallbürgschaft
ergebenden verglichen werden (vgl. Urt. d. Sen. NJW 1961,
1165). An die Unzumutbarkeit in diesem Sinne dürften dann
aber keine zu geringen Anforderungen gestellt werden. Denn
der Architekt soll nach dem Parteiwillen grundsätzlich nur
dann haften, wenn feststeht, daß der Bauherr von dem Unter-
nehmer keine Befriedigung erlangen kann. Es müssen des-
wegen durchschlagende und sichere Anhaltspunkte vorhanden
sein, die eine solche Annahme rechtfertigen.

b) Sie sind hier nicht zu erkennen. Insbesondere kann
sich die Klägerin nicht darauf berufen, daß eine neue Klage
vor dem Schiedsgericht aussichtslos gewesen wäre, weil es
bereits im Schiedsspruch vom 22. November 1957 einen ihr
ungünstigen Standpunkt vertreten hatte. Denn die Begründung
dieses Schiedsspruchs ist unhaltbar, was auch für die
rechtskundig vertretene Klägerin unverkennbar war.

aa) Das Schiedsgericht vertritt S. 4 des Spruchs die
Ansicht, der Beklagte hätte einen Vorputz der Außenmauern
vorsehen müssen, um einen wirksamen Schutz gegen eine Durch-
feuchtung zu erreichen. Es findet diese Auffassung im Briefe
des Beklagten an Wi. [REDACTED] vom 29. Juni 1956 bestätigt.

Diese Beweisführung ist nicht verständlich. Denn der
angeführte Brief des Beklagten ergibt eindeutig, daß nach
dessen Ansicht die Rundstabverblendung an die Stelle des
Putzes treten und "in erhöhtem Maße Wasser abweisen" sollte.
Daß diese Auffassung richtig war, bestätigt das Berufungs-
gericht S. 28 d. Urt.; es folgt dort dem Sachverständigen
Samtleben, der ein Verputzen der Außenwand neben der Ver-
blendung für "sinnlos" hält.

bb) Das Schiedsgericht macht es dem Beklagten zum Vorwurf, daß sein beauftragter Sohn die Ausführung der Verblendung mit dem Polier der Firma W. besprochen und geregelt habe; diese Rechtshandlungen des Beklagten müßten die Klägerin gegen sich gelten lassen (S. 5 d. Schdspr.).

Hier fehlt es an jeder Erörterung, was der Sohn des Beklagten mit dem Polier besprochen hat. Die Hauptschäden sind, wie auch der vorliegende Prozeß ergeben hat, durch das unsachgemäße Arbeiten der Firma W. entstanden. Sie hat die Verblender nicht richtig aneinandergesetzt und nicht zurecht geschnitten; sie hat die Fugen nicht ordnungsmäßig verstrichen und die Platten auf der Rückseite nicht "satt" mit Mörtel versehen. Daß der Beklagte diese Fehler gebilligt oder gar veranlaßt hat, hat das Schiedsgericht nicht festgestellt; es fehlte und fehlt auch jeder Anhalt für eine solche Annahme.

cc) Zur Höhe des von W. zu ersetzenden Schadens findet sich in dem Spruch nur der Satz:

"Über den von der Beklagten (W.) anerkannten Betrag von 2.500 DM hinauszugehen, besteht nach Auffassung des Schiedsgerichts keine Veranlassung".

Das war im Hinblick auf die auch vom Schiedsgericht festgestellte "nicht sach- und fachgerechte, außerdem sehr ungleichmäßige und unsauber" ausgeführte Arbeit W. ganz unzureichend. Das Schiedsgericht hat hier den allgemein gültigen Satz außer acht gelassen, daß sich der Unternehmer gegenüber dem Besteller nicht darauf berufen kann, er sei ungenügend überwacht worden.

dd) Die angeführten Mängel des Schiedsspruchs sind so offensichtlich, daß es der Klägerin in jedem Falle zuzumuten war, ein weiteres Verfahren wegen ihrer Restforderung gegen W■■■■ anhängig zu machen.

Es bleibt also dabei, daß sich der Beklagte wegen des 4.019,04 übersteigenden Betrags auf den Schutz der Subsidiaritätsklausel berufen kann.

3. Daran ändert schließlich auch der Umstand nichts, daß die Ansprüche der Klägerin gegen W■■■■ inzwischen verjährt sind (§ 13 Ziff. 4 Abs. 1 VOB -B-).

Wie das Oberlandesgericht S. 21 seines Urt. zutreffend ausführt, kann die Klägerin vom Beklagten nicht den Ersatz ihres Ausfalls verlangen, den sie durch eigenes nachlässiges Verhalten verschuldet hat. Die Rechtslage ist insoweit nicht anders, als bei der Ausfallbürgschaft und im Falle der Beamtenhaftung (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB); auch dort hat die Rechtsprechung den gleichen Standpunkt vertreten (BGH WM 1958, 218; RGZ 145, 167, 169; RGRK § 839 Anm. 96 mit weiteren Nachw.).

II.

Die Revision ist allerdings der Ansicht, daß es auf die obigen Ausführungen nicht ankomme.

Die Klägerin habe, so führt sie aus, dem Beklagten im Schiedsverfahren den Streit verkündet. Diese Streitverkündung müsse der Beklagte, wenn nicht bereits in unmittelbarer Anwendung der §§ 74, 68 ZPO, so doch aus sachlich

rechtlichen Gründen gegen sich gelten lassen. Seine danach bestehende Bindung beziehe sich nach ständiger Rechtsprechung auf die tatsächlichen und rechtlichen Urteilstelemente und erstreckte sich bei einem im Vorprozeß geltend gemachten Teilbetrag auch auf den im Rechtsstreit gegen den Streitverkündungsgegner eingeklagten Rest.

Vorliegend sei das Schiedsgericht zu dem Schluß gelangt, daß der Unternehmer W. nur für einen Schadensbetrag von 2.500 DM hafte. Deswegen dürfe sich der Beklagte nicht darauf berufen, daß die Klägerin W. noch darüber hinaus hätte in Anspruch nehmen müssen.

Der Senat vermag dem nicht zuzustimmen.

1. Den Schiedsvertrag hatte die Klägerin nur mit W. geschlossen, nicht jedoch mit dem Beklagten. Zwar lud das Schiedsgericht zum ersten Termin auch diesen, und sein Sohn erschien als dessen Vertreter. Im übrigen beteiligte sich der Beklagte aber nicht an jenem Verfahren. Vielmehr erklärten er und St. in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 16. Mai 1957, daß sie die Ansicht des Schiedsgerichts, die es im Termin vom 12. April 1957 geäußert habe, nicht teilten und daß sie Bedenken gegen die Besetzung des Schiedsgerichts hätten. Auf die Streitverkündung vom 29. Mai 1957 äußerte sich der Beklagte nicht und ließ sich auch nicht im darauf folgenden Termin vom 19. August 1957 vertreten.

Bei dieser Sach- und Rechtslage scheidet eine unmittelbare Bindung des Beklagten gemäß den §§ 74, 68 ZPO aus. Der Schiedsvertrag gilt zwischen den Parteien, die ihn geschlossen haben. Darüber hinaus erstreckt er sich auf diejenigen, die im Wege der Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolge

in die Vertragsrechte und -pflichten eintreten (Urt. d. Sen. LM § 1025 Nr. 18). Im übrigen wirkt er aber nicht gegen Dritte, es sei denn, daß sie mit der Einbeziehung in das Vertragsverhältnis einverstanden sind.

Ein solches Einverständnis des Beklagten kommt hier nach dem oben geschilderten Sachverhalt nicht in Betracht. Daraus folgt, daß die Streitverkündung ihm gegenüber nicht die Wirkungen der §§ 74, 68 ZPO hat (ebenso, wenn auch zum Teil mit verschiedener Begründung, die allgemeine Ansicht. Vgl. u.a. RGZ 55, 14; Schönke-Staff, das Schiedsgerichtsverfahren, S. 95, f und 154, f; Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., S. 80 und 127; Rosenberg, Lehrbuch, 9. Aufl., § 46 IV 1 o B).

2. Das Reichsgericht hat es aaO trotzdem für möglich erachtet, daß derjenige, dem der Streit im Schiedsgerichtsverfahren verkündet worden ist, die Wirkungen auf Grund sachlichrechtlicher Vorschriften anzuerkennen habe.

In dem jener Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte der Architekt für seinen Bauherrn mit dem Unternehmer eine Schiedsklausel vereinbart. Das Reichsgericht hat vor allem im Hinblick hierauf dem Oberlandesgericht zur Prüfung aufgegeben, ob der Architekt "nicht wenigstens das schiedsrichterliche Verfahren und den Schiedsspruch als ... unmittelbare und voraussehbare Folgen schuldhafter Vertragsverletzung zu vertreten" habe. Da der Architekt seinen Bauherrn der Schiedsklausel unterworfen habe, sei daran zu denken, daß er die Gefahr des schiedsrichterlichen Verfahrens zu tragen habe (vgl. hierzu ferner Stein-Jonas, 18. Aufl., § 1034 Anm. VI, 2; Baumbach-Schwab aaO; Beringe, Betrieb 1954, 776).

Die Revision macht geltend, der Fall liege hier, wie sich aus dem § 10 der vom Beklagten unterzeichneten besonderen Vertragsbedingungen mit W. [REDACTED] vom 28. Oktober 1955 ergebe, ähnlich. Sie vermißt in dem angefochtenen Urteil eine Prüfung in dieser Richtung und rügt die Verletzung der §§ 68 und 551 Nr. 7 ZPO. Ferner meint sie, es sei arglistig, wenn sich der Beklagte unter den gegebenen Verhältnissen darauf berufe, daß er die Streitverkündung nicht gegen sich gelten zu lassen brauche.

Der Senat hält diese Rügen für unbegründet.

a) Die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts beruht vor allem darauf, daß der Architekt möglicherweise seine Vertragspflichten gegenüber dem Bauherrn durch die Vereinbarung eines Schiedsgerichts mit dem Unternehmer schuldhaft verletzt und daß er die Gefahren eines schiedsrichterlichen Verfahrens auf sich genommen habe.

Ob der damals entschiedene Fall begründeten Anlaß für eine so weitgehende Vermutung gab, ist aus den mitgeteilten Gründen nicht zu erkennen. Vorliegend fehlt es jedenfalls an Behauptungen der Klägerin in den Tatsacheninstanzen, die eine solche Beurteilung rechtfertigen könnten.

Unter diesen Umständen hatte das Oberlandesgericht keinen Anlaß, sich damit zu befassen, ob der Beklagte aus sachlich rechtlichen Gründen die Entscheidung des Schiedsgerichts der Klägerin gegenüber unter dem Gesichtspunkt einer Vertragsverletzung oder einer Garantieübernahme als richtig anzuerkennen habe. Die fehlenden tatsächlichen Behauptungen können in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden.

b) Aber auch die Einrede der Arglist ist nicht begründet.

Es mag sein, daß die Vereinbarung eines Schiedsgerichts ein gewisses Wagnis in sich schließt, schon weil vielfach keine rechtskundigen Richter mitwirken und weil der Instanzenzug zu fehlen pflegt. Andererseits stehen diesen Nachteilen auch Vorteile gegenüber, wie vor allem die Kürze des Verfahrens.

Wenn danach ein Architekt veranlaßt, daß sich sein Bauherr im Verhältnis zum Unternehmer einem Schiedsgerichtsverfahren unterwirft, so ist das in der Regel eine sachgemäße Entschliebung; jedenfalls besteht kein Anlaß, hier etwas anderes zu unterstellen.

Es kann auch nicht anerkannt werden, daß der Architekt in einem solchen Falle eine etwaige Fehlentscheidung nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen müsse. Hat er sich nicht bereit gefunden, sich auch wegen seines Vertrags demselben Schiedsgericht zu unterwerfen, so hat er damit hinreichend zum Ausdruck gebracht, daß er eine unbeschränkte Nachprüfung etwaiger eigener Streitigkeiten mit dem Bauherrn durch das ordentliche Gericht wünscht. Jedenfalls handelt er nicht arglistig, wenn er sich auf dieses jedem Staatsbürger grundsätzlich zustehende Recht beruft.

c) Daraus folgt, daß die Streitverkündung vorliegend gegenüber dem Beklagten wirkungslos ist.

III.

Wie bereits erwähnt, nimmt das Berufungsgericht an, der Beklagte habe sich, wenn überhaupt, dann nur solche

Pflichtverletzungen zu schulden kommen lassen, die ihm im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht unterlaufen seien; für Verstöße dieser Art hafte er aber im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel nicht.

Die Revision meint demgegenüber, der Beklagte habe auch andere Pflichten verletzt, die ihm neben der örtlichen Bauaufsicht obgelegen hätten. Ihre Rügen sind aber entweder unzulässig, weil sie sich gegen die anders lautenden Feststellungen des Berufungsgerichts richten, oder jedenfalls im Ergebnis unbegründet. Folgende bedürfen der Erörterung:

1. Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, daß sich die Subsidiaritätsklausel in § 11 Abs. 3 des Vertrags nur auf Fehler der örtlichen Bauaufsicht i. S. von § 19 Abs. 4 GebOA beziehe, nicht dagegen auf solche der Oberleitung (§ 19 Abs. 1 f und g GebOA).

Dem ist allerdings nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Der § 11 Abs. 3 des Vertrags ist im wesentlichen wörtlich dem bei Roth/Gaber, Kom. z. Vertragsrecht und z. Geb. O. f. Arch., 6. Aufl., S. 195, behandelten Musterarchitektenvertrag entnommen. Darin ist von einer Inanspruchnahme des Architekten für fehlerhafte Bauausführung bei "ungenügender Aufsicht und Prüfung" die Rede.

Eine solche Aufsicht wird in § 19 GebOA nicht nur im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht, sondern auch der technischen Oberleitung (der allgemeinen Aufsicht über die technische Ausführung des Baues) behandelt. Es ist nicht ersichtlich, warum dieser Teil der Oberleitung nicht ebenfalls von der Subsidiaritätsklausel ergriffen werden soll (ebenso Roth/Gaber aaO S. 197).

Deshwegen ist es nicht angängig, in diesem Zusammenhange schlechthin zwischen der örtlichen Bauaufsicht und der Oberleitung zu unterscheiden, wie es das Oberlandesgericht tut.

Hieraus folgt jedoch im Ergebnis nichts zugunsten der Klägerin.

2. Der Beklagte hatte die Verfügung an W. durch mündlichen Auftrag "in einfachster Form" vergeben.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß in dieser Art der Vergabe kein von der Subsidiaritätsklausel nicht erfaßter Fehler der Oberleitung liege. Denn damit sei, so meint es, nicht gesagt, daß die Verfügung entgegen den Regeln der Baukunst durchgeführt werden durfte. Das folge insbesondere auch daraus, daß nach der ordnungsmäßig durchgeführten Probeverfügung gearbeitet werden sollte (§. 27 d. Urt.).

An diese Feststellungen ist das Revisionsgericht gebunden. Die Revision kann mit ihrer abweichenden Würdigung gemäß dem § 561 Abs. 2 ZPO nicht gehört werden.

Es ist auch nicht richtig, daß das Berufungsgericht insoweit schlüssige Beweisanträge der Klägerin übergangen hat. Der Sachverständige Dr. M. war zu diesem Punkte nicht gehört worden und hatte sich in Einhaltung seines Auftrags nicht dazu geäußert (Bew. Beschl. v. 7. Oktober 1963 und Gutachten vom 6. Oktober 1962). Das Oberlandesgericht war nicht gehalten, seine Vernehmung hierzu anzuordnen, da es insoweit die Gutachten anderer Sachverständiger eingeholt hatte.

Die Arbeiter der Firma W■■■■, B■■■■ und A■■■■, hat die Klägerin im Schriftsatz vom 9. Oktober 1962 als Zeugen dafür benannt, sie hätten unter einer Ausführung in einfachster Form verstanden, daß die Fugen mit einem Sack verwischt werden durften. Das Berufungsgericht hat nicht gegen den § 286 ZPO verstoßen, wenn es ihre Vernehmung unterließ; denn maßgebend war nicht, wie diese Zeugen den Auftrag verstanden haben, sondern wie sie ihn nach den Regeln der Baukunst verstehen mußten. Das hat das Oberlandesgericht auf Grund des Gutachtens von Samtleben festgestellt.

3. Die gelieferten Rundstabverblander waren nicht gleichmäßig. Die Firma W■■■■ hat diese unterschiedliche Größe bei der Zusammensetzung nicht ausgeglichen und die Platten auch nicht zurechtgeschnitten. Auf diese Weise ist es dazu gekommen, daß der von St■■■■ aufgestellte Fugenplan nicht eingehalten werden konnte und daß die Horizontalfugen statt, wie vorgesehen, 6,6 mm, zum Teil 1-2 mm und zum Teil 10 mm breit geworden sind. Die zu engen Fugen konnten nicht mit der Kelle bearbeitet werden.

Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, der Beklagte habe, wenn ihn hieran ein Verschulden treffe, ebenfalls nur die ihm obliegende örtliche Bauaufsicht verletzt.

Das greift die Revision mit der Begründung an, es habe sich insoweit um eine Planänderung gehandelt.

Die Rüge geht fehl. W■■■■ hatte nicht nach den Zeichnungen und den ihm erteilten Anweisungen gearbeitet. Das zu verhindern, war der Architekt im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht verpflichtet (vgl. § 19 Abs. 4 GebOA).

Aber auch, wenn man annehmen wollte, daß es sich hierbei um eine Aufgabe des Architekten handelte, die er im Rahmen der allgemeinen Aufsicht über die technische Ausführung des Baus als Oberleiter (§ 19 Abs. 1 g GebOA) zu erfüllen hatte, konnte er sich, wie zu IV 1 dargelegt worden ist, auf den Schutz der Subsidiaritätsklausel berufen. Mit einer Planänderung hatte das Verhalten des Beklagten jedenfalls nichts zu tun.

Die Feststellung des Schiedsgerichts, der Sohn des Beklagten habe die Ausführung der Verblendung mit dem Polier besprochen und geregelt, hat das Berufungsgericht nicht übernommen. Im übrigen würde sich dadurch nichts ändern. Die Fehler waren zunächst einmal durch das unsachgemäße Zusammensetzen der Platten entstanden. Versuche des Beklagten, die Mängel wieder auszugleichen, hingen jedenfalls so eng mit der Bauaufsicht zusammen, daß sie ihr zuzurechnen sind.

4. Die Revision rügt weiter, daß es das Oberlandesgericht unterlassen habe, St. [REDACTED] zu vernehmen und Dr. M. [REDACTED] zur Erläuterung und Ergänzung seines Gutachtens zu laden, obwohl die Klägerin dies im Schriftsatz vom 4. Januar 1963 beantragt habe.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Die Klägerin hatte im angeführten Schriftsatz nicht mitgeteilt, worüber Dr. M. [REDACTED] gehört werden sollte. Es fehlten auch Angaben darüber, daß sie Fragen an den Sachverständigen zu stellen gedachte und gegebenenfalls welche. Das Oberlandesgericht war danach nicht gehalten, dem Antrage stattzugeben (EGHZ 6, 398, 401).

St. [REDACTED] hatte die Klägerin nur als Zeugen für den Inhalt des Fugenplans sowie darüber benannt, daß er dem Beklagten "Verblendmesstabellen" ausgehändigt habe. Seine Anhörung erübrigte sich, da es sich um unstreitige Tatsachen handelte.

Zudem ist es nicht ausgeschlossen, daß die Revision den Zeugen St. [REDACTED] mit dem Gutachter im Schiedsverfahren St. [REDACTED] verwechselt; sie spricht nämlich von einem "Gutachten" St. [REDACTED].

5. Feuchtigkeitsschäden sollen auch dadurch eingetreten sein, daß ein Regenabfallrohr undicht war.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob das zutrifft. Es meint, insoweit handele es sich ebenfalls höchstens um eine ungenügende Bauaufsicht des Beklagten, die unter die Subsidiaritätsklausel falle.

Die Revision ist der Ansicht, der Beklagte hätte diese Schäden früher feststellen müssen, so daß sie die Klägerin noch vor Eintritt der Verjährung hätte geltend machen können.

Hierbei übersieht sie, daß diese Schäden bereits Gegenstand des Schiedsgerichtsvorfahrens waren (S. 3 des Prot. v. 19. August 1957), und daß die Klägerin damals ausdrücklich erklärt hat, sie wolle den Mangel vor dem Schiedsgericht nicht geltend machen (Schriftsätze v. 28. August 1957 und vom 4. September 1957). Auch im Gutachten Str. [REDACTED] vom 2. Januar 1958 wurde er bereits behandelt.

Die Klägerin war also nicht gehindert, vor Ablauf der Verjährungsfrist des § 13 Ziff. 4 Abs. 1 VOB (B) gegen die

Firma W. vorzugehen. Wenn sie dies aus eigenem Entschluß nicht getan hat, so geht das zu ihren Lasten.

B. Zum Feststellungsanspruch:

Im Schiedsgerichtsvorfahren hatte die Klägerin zunächst die Feststellung erbeten, daß W. verpflichtet sei, ihr jeden weiteren Schaden zu ersetzen (S. 4 der Klagschr.). Diesen Antrag hat sie im Termin vom 19. August 1957 zurückgenommen. Nach dem Protokoll des Obmanns hat ihr Vertreter im Termin erklärt, daß die Nachbesserungsarbeiten inzwischen beendet seien und deswegen die Aufwendungen für die Beseitigung der Schäden geltend gemacht würden. Sie hat ihren Zahlungsantrag auch entsprechend erhöht.

Im dem vorliegenden Berufungsverfahren hatte die Klägerin demgegenüber behauptet, sie habe den Feststellungsantrag zurückgenommen, weil ihn das Schiedsgericht, wie der Obmann ausdrücklich erklärt habe, sonst mit der Begründung zurückgewiesen hätte, daß für jene weiteren Schäden nur der Beklagte und nicht W. hafte (S. 2 d. Schrifts. v. 14. September 1960). Das hat sie im Schrifts. v. 4. Januar 1963 durch Benennung des Obmanns als Zeugen unter Beweis gestellt.

Die Revision ist der Ansicht, das Berufungsgericht hätte diesen Zeugen hören müssen.

Dazu war es jedoch nicht verpflichtet; denn auch wenn die von der Klägerin behaupteten Äußerungen gefallen sein sollten, änderte sich das Ergebnis nicht. Aus dem Schiedsspruch ging nämlich, wie bereits oben ausgeführt worden ist, hervor, daß er unrichtig begründet war. Die Klägerin hätte deswegen bei Anwendung genügender Sorgfalt eine neue Feststellungsklage

gegen W [REDACTED] erheben müssen, wenn sie sich ihre Rechte gegen den Beklagten erhalten wollte.

Inzwischen sind auch jene Ansprüche gegen W [REDACTED] verjährt. Deswegen haftet der Beklagte nach dem oben Gesagten nicht mehr dafür.

C.

Das Urteil ist somit nur in Höhe von 4.019,04 DM aufzuheben. Im übrigen ist die Revision unbegründet.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97 ZPO.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke