

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 113/96

Verkündet am
14. Januar 1998
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Dr. Hahne und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 32. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 18. März 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an den 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm zurückverwiesen.

Die Anschlußrevision des Klägers wird nicht angenommen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der verstorbene Ehemann der Beklagten, der von ihr allein beerbt wurde, war Eigentümer eines über einem Grubenabbaugebiet gelegenen Grundstücks. Dieses Grundstück verpachtete er im Oktober 1943 an den Großvater des Klägers, damit dieser ein Gebäude "für Luftschutz- und Wohnzwecke"

errichten könne. Als Pachtdauer wurden 40 Jahre (mit Verlängerungsklausel) vereinbart, als Pachtzins zunächst 40 Reichsmark jährlich, nach dem Krieg 100 DM jährlich. Die zu errichtenden Gebäude sollten nach Ablauf des Pachtverhältnisses "zum jeweiligen amtlichen Taxwert in den Besitz des Verpächters oder Rechtsnachfolgers" übergehen. Der Großvater des Klägers, dessen Rechtsnachfolger der Kläger ist, war kaufmännischer Angestellter des Bergbauunternehmens.

Er errichtete auf dem angepachteten Grundstück ein Haus, das später ergänzt wurde. Unter dem Haus verläuft ein etwa im Jahre 1923 angelegter Bergwerksstollen. Im Jahre 1986 trat auf dem Grundstück ein sogenannter Tagesbruch auf, der zwar erhebliche Ausmaße hat, bisher aber nur geringfügige Schäden am Haus zur Folge hatte. Aufgrund einer Stellungnahme des zuständigen Bergamtes gingen die Parteien zunächst übereinstimmend davon aus, daß ohne eine grundlegende Sanierung des Tagesbruchs das Grundstück in Zukunft nicht genutzt werden könne und weitere erhebliche Schäden an dem Haus zu befürchten seien. Das Bergamt hat die Kosten einer Sanierung auf 65.000 DM geschätzt.

Im Januar 1988 erklärte die Beklagte die Kündigung des Pachtvertrages. Der Kläger wollte diese Kündigung zunächst nicht akzeptieren. Er hat Klage erhoben und mit dieser Klage ursprünglich einen Kostenvorschuß von 60.000 DM für die Sanierung der Bergschäden verlangt.

Im erstinstanzlichen Termin vom 8. Februar 1989 haben die Parteien einen "Teilvergleich" geschlossen: Der Kläger hat sich verpflichtet, das Gebäude bis spätestens



1. Oktober 1989 zu räumen. Die Parteien haben vereinbart, daß ein vom Gericht zu bestellender Sachverständiger den reinen Gebäudewert erstens unter Berücksichtigung eventueller Bergschäden und zweitens ohne Berücksichtigung solcher Schäden schätzen solle, daß die Wertermittlung des Sachverständigen für die Parteien als Schiedsgutachten verbindlich sein solle und daß "über die Frage, in welchem Umfang Bergschäden vom Rechtsvorgänger des Klägers zu vertreten sind", das Gericht entscheiden solle.

Der von dem Gericht beauftragte Sachverständige B. hat den Gebäudewert (einschließlich Stützmauern, Garagen usw.) ohne Berücksichtigung der Grubenschäden auf 78.600 DM geschätzt, die Gesamtkosten für die Sanierung der Bergschäden (sowohl des Tagesbruchs als auch der Schäden am Haus) auf 61.000 DM. Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger die Differenz von 17.600 DM zuzüglich 4 % Zinsen seit dem 6. Oktober 1988 zu zahlen, im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Beide Parteien haben Berufung eingelegt. Der Kläger hat in erster Linie geltend gemacht, das Gutachten des Sachverständigen B. sei "offenbar unrichtig", in Wirklichkeit sei der Gebäudewert viel höher. Außerdem hat er die Meinung vertreten, die Kosten für die Sanierung des Grundstücks seien ihm nicht anzurechnen. Das Berufungsgericht ist in seinem Urteil vom 24. April 1991 dem Sachverständigen B. gefolgt und hat die Klage insgesamt abgewiesen mit der Begründung, wegen der erheblichen Bergschäden habe das Gebäude keinen wirtschaftlichen Wert. Angesichts der zu erwartenden Sanierungskosten sei kein Käufer bereit, überhaupt etwas für den Erwerb des Gebäudes zu zahlen.

Auf die Revision des Klägers hat der Senat durch Urteil vom 21. April 1993 (veröffentlicht in NJW-RR 1993, 1034) das Urteil des Berufungsgerichts wegen eines Verfahrensmangels aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Verfahrensmangel bestand darin, daß das Berufungsgericht entscheidend abgestellt hatte auf Ausführungen, die der Sachverständige B. bei einer mündlichen Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens gemacht hatte, obwohl die Vernehmung des Sachverständigen weder protokolliert noch in einem Richterstattervermerk niedergelegt war und sich der Inhalt seiner Ausführungen auch nicht aus der Begründung des Urteils ergab.

Nach der Zurückverweisung hat das Berufungsgericht - ohne daß sich insofern neue Gesichtspunkte ergeben hatten - ein weiteres Sachverständigengutachten des Sachverständigen Sp. eingeholt, der mit Zustimmung des Gerichts den Bergsachverständigen Sc. hinzugezogen hat. Dem Gutachten des Sachverständigen Sc. folgend geht der Kläger nunmehr - anders als die Beklagte - davon aus, daß die Bergschäden insgesamt sehr viel geringer sind als ursprünglich angenommen und daß an dem Haus keine weiteren Schäden zu befürchten sind. Entsprechend den Wertberechnungen des Sachverständigen Sp. hat er die Klage erweitert und verlangt nun die Zahlung von 178.700 DM.

Das Berufungsgericht hat in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils dem erweiterten Klageantrag mit Ausnahme eines Teils der geltend gemachten Zinsen stattgegeben. Die weitergehenden Rechtsmittel der Parteien hat es zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt, mit der sie erreichen will, daß die Klage insgesamt abgewiesen wird. Der Kläger hat Anschlußrevision eingelegt, mit der er sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht ihm die geltend gemachten 4 % Rechtshängigkeitszinsen erst ab 21. Juni 1995 zugesprochen hat. Er begehrt zusätzlich 4 % Zinsen aus 60.000 DM vom 6. Oktober 1988 bis 8. Februar 1989 und vom 14. Juni 1989 bis 6. April 1990 sowie aus 78.600 DM vom 7. April 1990 bis 20. Juni 1995.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg, die Anschlußrevision des Klägers hat keinen Erfolg.

I.

Zur Revision der Beklagten:

1. Das Berufungsgericht führt aus, der eine Schiedsgutachtenabrede enthaltende Vergleich, den die Parteien am 8. Februar 1989 abgeschlossen hätten, sei unwirksam. Die Parteien seien nämlich bei Abschluß dieses Vergleiches übereinstimmend von der falschen Vorstellung ausgegangen, der Sanierungsaufwand für solche Bergschäden am Grundstück, die Auswirkungen auf das Gebäude haben könnten, belaufe sich auf ca. 60.000 DM. Demgegenüber stehe aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen Sc. fest, daß die an der Erdoberfläche aufgetretenen Absenkungen, die zum Teil gar

nicht auf Bergschäden zurückzuführen seien, keine Auswirkungen auf das Gebäude hätten. Die "gebäudebezogene Sanierungskosten" des Grundstücks beliefen sich auf ca. 2.500 DM, es sei lediglich eine Mulde zu verfüllen. Da dieser Vergleich "hinfällig" sei, habe die Beklagte nach der entsprechenden Regelung des Pachtvertrages dem Kläger bei Beendigung des Pachtverhältnisses den Gebäudewert zu erstatten. Das Pachtverhältnis sei einvernehmlich zum 1. Oktober 1989 beendet worden. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Sp. mache der Gebäudewert zum Stichtag 1. Oktober 1989 178.700 DM aus. Diesen Betrag habe die Beklagte an den Kläger zu zahlen.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind, wie die Revision zu Recht rügt, in mehrfacher Hinsicht von Rechtsfehlern beeinflußt.

2. Das Berufungsgericht geht zu Unrecht davon aus, der Vergleich vom 8. Februar 1989 sei unwirksam. Es ist zwar richtig, daß die Parteien bei Abschluß dieses Vergleiches übereinstimmend davon ausgegangen sind, die Kosten für die Sanierung der Bergschäden beliefen sich auf ca. 60.000 DM. Folgt man den Gutachten der Sachverständigen Sp. und Sc., betragen sie in Wirklichkeit an Gebäude (ca. 4.000 DM) und Grundstück (ca. 2.500 DM) zusammen nur ca. 10 % davon. Nicht jede falsche Vorstellung der Vertragsschließenden führt aber zur Unwirksamkeit eines Vergleichs. Nach § 779 Abs. 1 BGB ist ein Vergleich vielmehr nur dann unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit, die durch den

Vergleich beseitigt werden soll, bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden wäre. Im vorliegenden Fall haben die Parteien mit dem Abschluß des Vergleichs in erster Linie den Streit darüber beseitigt, ob der Kläger aufgrund der von der Beklagten erklärten Kündigung des Pachtvertrages das Pachtobjekt räumen muß oder ob die Beklagte ihm zur Beseitigung der aufgetretenen Bergschäden einen Vorschuß zu zahlen hat. Sie haben sich darauf geeinigt, daß das Pachtverhältnis zum 1. Oktober 1989 beendet werden soll und daß zur Feststellung des Gebäudewertes, der dem Kläger nach dem Pachtvertrag bei Beendigung des Pachtverhältnisses zu erstatten war, ein Schiedsgutachten eingeholt werden solle. Nach dem Text des Vergleiches sollte der Schiedsgutachter auch klären, welche Kosten bei der Sanierung der Bergschäden anfallen. Die Höhe der Sanierungskosten ist also gerade nicht im Sinne des § 779 Abs. 1 BGB "als feststehend zugrunde gelegt" worden, sie sollte vielmehr durch das in dem Vergleich vereinbarte Schiedsgutachten erst ermittelt werden. Die Parteien hatten mithin übereinstimmend lediglich eine falsche Vorstellung davon, welches Ergebnis dieses Schiedsgutachten vermutlich haben würde. Auf einen Irrtum der Vertragsschließenden über ungewisse Umstände, die der Vergleich beheben soll, findet die Unwirksamkeitsregel des § 779 Abs. 1 BGB jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Anwendung (vgl. Senatsurteil vom 18. Juni 1986 - IVb ZR 47/85 - NJW-RR 1986, 1258 m.w.N. aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Die Vertragsparteien tragen das Risiko, daß streitige oder ungewisse Umstände, deren Bedeutung und Folgen sie in dem Vergleich zur Streitbeilegung geregelt haben, in Wahrheit für sie

günstiger oder ungünstiger sind als angenommen (MünchKomm-BGB/Pecher, 3. Aufl. § 779 Rdn. 62 m.N.).

Nach dem Vergleich sollte das Gericht entscheiden, wer die Sanierungskosten zu tragen hat, und zu seinen Lasten sollten die von dem Sachverständigen ermittelten Kosten in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Klägers eingehen. Diese Regelung wird nicht in Frage gestellt, wenn die tatsächlich anfallenden Sanierungskosten wesentlich geringer sind als ursprünglich befürchtet.

3. Daß das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen hat, der Vergleich sei unwirksam, würde sich allerdings im Ergebnis nicht auswirken, wenn dem Beweisergebnis des Berufungsgerichts zu folgen wäre. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB zu entnehmen, daß die Parteien ein Schiedsgutachten - hier das Gutachten des Sachverständigen B. - nur bis zur Grenze der offenbaren Unrichtigkeit hinnehmen müssen. Offenbar unrichtig ist es dann, wenn sich die Unrichtigkeit einem sachkundigen Betrachter sofort aufdrängt (BGHZ 81, 229, 237 m.N.; BGH, Urteil vom 17. Mai 1991 - V ZR 104/90 - NJW 1991, 2698). Das Berufungsgericht folgt den beiden Sachverständigengutachten Sp. und Sc. und geht dementsprechend von einem reinen Gebäudewert von 178.700 DM aus. Wäre das richtig, so wäre das Schiedsgutachten B., nach dem der Gebäudewert ohne Berücksichtigung der Grubenschäden lediglich 78.600 DM beträgt, im Sinne des § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB "offenbar unbillig" und das Gericht müßte die Leistung anstelle des Schiedsgutachters im Urteil bestimmen (§ 319 Abs. 1 Satz 2

BGB). Diese Bestimmung hätte sich konsequenterweise an der Schätzung des Sachverständigen Sp. zu orientieren.

4. Das Beweisergebnis des Berufungsgerichts kann jedoch der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden, weil es, wie die Revision zu Recht rügt, von Verfahrensfehlern beeinflußt ist.

a) Das Berufungsgericht ist in seinem ersten Berufungsurteil vom 24. April 1991 uneingeschränkt dem in erster Instanz eingeholten Gutachten des Sachverständigen B. gefolgt. In dem angefochtenen Urteil folgt es ebenso uneingeschränkt den Gutachten der Sachverständigen Sp. und Sc.. Der von dem Sachverständigen Sp. ohne Berücksichtigung der Sanierungskosten ermittelte reine Gebäudewert ist um mehr als das Doppelte höher als der von dem Sachverständigen B. geschätzte entsprechende Wert. Eine solche Diskrepanz ist durch die normalen Schätzungsschwankungen auch nicht annähernd zu erklären. Ergeben sich "erkennbare Diskrepanzen" zwischen einem in erster Instanz und einem in zweiter Instanz eingeholten Sachverständigengutachten, so muß das Berufungsgericht dem von Amts wegen nachgehen. Es muß nachvollziehbar begründen, weshalb es einem der beiden Gutachten folgt. Tut es dies nicht, weist das Berufungsurteil einen revisionsrechtlich relevanten Begründungsmangel auf (BGH, Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 222/91 - NJW 1992, 2291, 2292 = BGHR ZPO § 412 Gutachten, widersprechende 2 m.N.). Das Berufungsgericht schreibt lediglich, es halte die Schätzung des Sachverständigen Sp. für zutreffend, geht aber auf die davon abweichende Schätzung des Sachverständigen B. mit keinem Wort ein.

b) Die Revision rügt auch zu Recht, daß das Berufungsgericht entscheidungserheblichen Vortrag der Beklagten übergangen hat. So hat die Beklagte insbesondere vorgetragen, der Sachverständige Sc. berücksichtige lediglich die Kohlenflöze aus dem "groben Bild der Zeche Jupiter", gehe aber nicht auf den Vortrag der Beklagten ein, auch eine andere Grube habe in diesem Bereich in den Jahren 1922/1923 Kohleabbau betrieben und die Gefährdung des Hauses gehe gerade auf diesen von der anderen Grube betriebenen Abbau zurück. Weder das Protokoll über die Anhörung des Sachverständigen Sc. noch das Urteil enthalten hierzu eine Stellungnahme.

c) Ebenso zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Sachverständigen B. nicht (erneut) mündlich angehört hat. Nachdem die Gutachten der Sachverständigen Sc. und Sp. vorlagen, hat die Beklagte darum gebeten, den Sachverständigen B. zu den von seinem Gutachten abweichenden Feststellungen der beiden anderen Sachverständigen zu hören. Diesem Antrag hätte das Berufungsgericht stattgeben müssen (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. BGH, Urteil vom 21. September 1982 - VI ZR 130/81 - NJW 1983, 340, 341; Zöllner/Greger, ZPO 20. Aufl. § 411 Rdn. 5 a m.w.N.).

Dem steht nicht entgegen, daß der Sachverständige B. bereits mündlich angehört worden war. Die mündliche Anhörung eines Sachverständigen soll u.a. den Parteien Gelegenheit geben, dem Sachverständigen Fragen zu stellen, um Unklarheiten auszuräumen. Fragen zu der Diskrepanz zwischen seinem und den beiden anderen Gutachten konnte die Beklagte

dem Sachverständigen B. bei seiner ersten Anhörung noch nicht stellen, weil die beiden anderen Gutachten noch nicht vorlagen. Insbesondere konnte das Berufungsgericht die Beklagte aber schon deshalb nicht auf die erfolgte Anhörung des Sachverständigen B. verweisen, weil diese Anhörung nicht ordnungsgemäß protokolliert worden und deshalb nicht verwertbar ist.

d) Hierin liegt ein weiterer Verfahrensfehler. Das Berufungsgericht mußte bei der Beweiswürdigung zur Höhe des Gebäudewertes und der Sanierungskosten alle erhobenen Beweismittel berücksichtigen. Das gilt unabhängig davon, ob das Berufungsgericht einem bestimmten Beweismittel folgen wollte oder nicht. Zu den erhobenen Beweisen gehören auch die Ausführungen, die der Sachverständige B. bei seiner Anhörung gemacht hat und auf die das Berufungsgericht sein erstes Berufungsurteil gestützt hat. Dieses erste Berufungsurteil ist vom Senat aufgehoben worden, weil die Anhörung des Sachverständigen nicht ordnungsgemäß protokolliert worden ist. Dieser Verfahrensmangel ist bis heute nicht behoben und wirkt fort. Dem angefochtenen Urteil und den Akten ist nicht zu entnehmen, mit welchen Ausführungen der Sachverständige B. bei seiner mündlichen Anhörung das Berufungsgericht damals davon überzeugt hat, daß sein schriftliches Gutachten richtig ist.

5. Soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten entschieden hat, muß das Berufungsurteil wegen der dargelegten Verfahrensfehler aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der Senat macht von der in § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgesehenen Mög-

lichkeit Gebrauch, die Sache nunmehr an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

II.

Zur Anschlußrevision des Klägers:

Die Annahme der unselbständigen Anschlußrevision des Klägers war abzulehnen, da die Anschlußrevision weder Aussicht auf Erfolg (vgl. MünchKomm-BGB/Thode, 3. Aufl. § 291 Rdn. 7 und MünchKomm/Gottwald, aaO § 319 Rdn. 6 und § 315 Rdn. 31, jeweils m.N.; Palandt/Heinrichs, BGB 57. Aufl. § 291 Rdn. 5 und § 315 Rdn. 17; vgl. auch BGHZ 122, 32, 46) noch grundsätzliche Bedeutung hat (§ 554 b ZPO). Die Entscheidung über die Nichtannahme muß nicht in einem vorge-schalteten Beschlußverfahren getroffen werden, sie kann auch nach mündlicher Verhandlung durch Urteil ausgesprochen werden (Senatsurteil vom 30. November 1994 - XII ZR 59/93 -

NJW 1995, 652, 654 = BGHR ZPO § 556 Nichtannahme 1; BGH,
Urteil vom 29. September 1992 - XI ZR 265/91 - ZIP 1992,
1534, 1536 m.w.N.).

Blumenröhr

Krohn

Bundesrichter Dr. Zysk ist
krankheitsbedingt an der
Unterschrift gehindert.
Blumenröhr

Hahne

Gerber