

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 96/95

Verkündet am:
18. Juni 1997
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

D. [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer
Jochen K. [REDACTED], T. [REDACTED]straße [REDACTED], K. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

gegen

Erich B. [REDACTED], S. [REDACTED], B. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. März 1995 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Rechtsvorgänger des Klägers hatten an die Rechtsvorgängerin der Beklagten gewerbliche Räume zum Betrieb einer Gaststätte verpachtet. Der Kläger macht Pachtzinsansprüche sowie rückständige Nebenkostenvorauszahlungen geltend. Die Beklagte beruft sich darauf, wegen erheblicher Mängel der Kegelbahnen und der Heizungsanlage sowie eines Feuchtigkeitsschadens im sogenannten Gesellschaftszimmer zur Minderung des Pachtzinses berechtigt zu sein.

- 3 -

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung von zwei schriftlichen Sachverständigengutachten über die behauptete Mangelhaftigkeit der Kegelbahnen und der Heizungsanlage bis auf einen Teil der Nebenkostenvorauszahlungen und die auf diese geforderte Mehrwertsteuer sowie einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten nach Einholung eines weiteren schriftlichen Sachverständigengutachtens über die Heizungsanlage durch Teilurteil insoweit zurückgewiesen, als die Beklagte zur Zahlung von 160.802,50 DM zuzüglich Zinsen (Pachtzinsen ohne Abzug der wegen Mängeln der Kegelbahnen und der Heizungsanlage geltend gemachten Minderung sowie Nebenkostenvorauszahlungen) verurteilt worden ist, und die Beklagte auf die Anschlußberufung des Klägers zur Zahlung weiterer Zinsen verurteilt. Mit der hiergegen eingelegten Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht verneint in Übereinstimmung mit dem Landgericht einen gemäß §§ 581 Abs. 2, 537 BGB zur Minderung des Pachtzinses berechtigenden Mangel der in dem Pachtobjekt befindlichen Kegelbahnen. Der vom Landgericht hinzugezogene Sachverständige B. habe aufgrund detaillierter Untersuchungen nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, daß sich die damals 23 Jahre alte Anlage in einem befriedigenden Zustand befunden habe und insgesamt funktionsfähig gewesen sei. Die im Berufungsverfahren aufgestellte



Behauptung der Beklagten, die Kegelanlage sei altersbedingt so anfällig, daß ihre Funktionsfähigkeit allenfalls für ein paar Tage, nicht aber auf Dauer hergestellt werden könne, weil ständig verschleißbedingte Störungen einträten, werde durch das Sachverständigengutachten ebenfalls widerlegt.

2. Das hält den Angriffen der Revision nicht stand. Das Berufungsurteil beruht insoweit auf unzureichender Sachaufklärung und damit auf einem Verstoß gegen zwingende Verfahrensgrundsätze (§§ 286 Abs. 1, 411 Abs. 3 ZPO).

a) Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung, es sei widerlegt, daß bei der Kegelanlage ständig verschleißbedingte Betriebsstörungen aufgetreten seien, auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen B.. Dieses bietet aber, wie die Revision zu Recht rügt, für eine solche Beurteilung keine ausreichende Grundlage. Das Berufungsgericht hätte deshalb, wenn es dem Antrag des Beklagten auf Einholung eines ergänzenden Gutachtens nicht nachkommen wollte, gemäß § 411 Abs. 3 ZPO den Sachverständigen B. zur mündlichen Verhandlung laden müssen, damit er sein Gutachten erläuterte und ergänzte, bevor es die behauptete Störanfälligkeit der Anlage als nicht bewiesen ansehen konnte.

b) Der Beklagte hatte allerdings im ersten Rechtszug weder innerhalb der ihm vom Landgericht mit der Übersendung des Gutachtens gesetzten Frist noch im anschließenden Termin, in dem über das Gutachten mündlich verhandelt wurde, eine Anhörung des Sachverständigen beantragt (§§ 397, 402 ZPO). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hatte er damit seinen Anspruch darauf, daß das Erscheinen des Sachverständigen angeordnet wurde, verloren (BGHZ 35, 370,

372 ff.). Die Entscheidung, dem erstmals im Berufungsrechtszug gestellten Antrag des Beklagten nicht zu entsprechen, unterliegt jedoch der revisionsrechtlichen Überprüfung dahin, ob das Berufungsgericht sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Ladung des Sachverständigen gemäß § 411 Abs. 3 ZPO schon von Amts wegen geboten war, weil sein Gutachten zur Behebung von Zweifeln oder zur Beseitigung von Unklarheiten und Widersprüchen der mündlichen Erläuterung bedurfte (BGH, Urteile vom 27. Mai 1982 - III ZR 201/80 - NJW 1982, 2874, 2875 und vom 10. Januar 1989 - VI ZR 25/88 - BGHR ZPO § 411 Abs. 3 Ermessen 1).

c) Hier lagen Umstände vor, die eine mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens durch den Sachverständigen B. erforderlich machten.

aa) Ausgangspunkt des Beklagtenvortrags, die Anzeiganlage der Kegelbahnen sei technisch veraltet und verschlissen, von einem bestimmten Verschleißgrad an komme es ständig zu Betriebsstörungen, war u.a. die von der Beklagten aufgegriffene Behauptung des Klägers, die - seit Beendigung des letzten Unterpachtverhältnisses im Jahre 1987 nicht mehr benutzte - Kegelanlage sei im März 1991 durch einen Monteur der Herstellerfirma überprüft worden. Dabei sei festgestellt worden, daß sie grundsätzlich voll funktionsfähig sei. Es hätten lediglich zwei Relais, zehn Glühlampen und ein Drucktaster ausgewechselt werden müssen. Am 18. November 1991 untersuchte der Sachverständige B. die Kegelbahnen. Er kam zu dem Ergebnis, daß elf von dreizehn Prüfkriterien mit "befriedigend/gut/einwandfrei" zu bewerten seien, während sich in zwei Punkten, u.a. hinsichtlich

der Punktezahlwerke von drei Kegelbahnen, Beanstandungen ergeben hätten. Die aufgetretenen Funktionsfehler seien auf fehlerhafte Motorzahlwerke zurückzuführen. Bei diesen sei jeweils ein Relais betroffen, das den Löschimpuls, die Addition bzw. die Punktespeicherung gesteuert habe. Durch eine Reparatur könnten diese Mängel behoben werden. Im Berufungsrechtszug hat die Beklagte darüber hinaus vorgetragen, nach erneuter Verpachtung der Gaststätte durch den Kläger zum 15. Dezember 1993 seien sofort Probleme mit der Kegelbahn aufgetreten. Nach provisorischer Behebung der Mängel sei festgestellt worden, daß die Anlage nicht mehr zu reparieren sei. Der Pächter habe deshalb gekündigt. Auch der nächste Pächter habe Schwierigkeiten mit der Kegelbahn.

bb) Zu der von der Beklagten bestrittenen Möglichkeit eines längerfristigen störungsfreien Betriebs der Anlage hat der Sachverständige B. in seinem schriftlichen Gutachten keine Ausführungen gemacht. Mangels entsprechender Fragestellung hat er sich insbesondere nicht dazu geäußert, ob die von ihm getroffenen Feststellungen damit zu vereinbaren sind, daß trotz fehlender Beanspruchung ca. acht Monate nach einer vollständigen Überprüfung der Anlage erneut Defekte an drei Kegelbahnen aufgetreten sind, die wiederum den Austausch von Relais erforderlich machten. Im Hinblick auf diese Umstände, die das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, nicht berücksichtigt hat (§ 286 ZPO), war eine Erläuterung des schriftlichen Gutachtens geboten. Hierzu hätte jedenfalls in Verbindung mit der angeführten Überprüfung der Anlage im März 1991 auch das Vorbringen über die nach der Wiederverpachtung aufgetretenen erneuten Schwierigkeiten Anlaß gegeben. Das Ergebnis des schriftli-

chen Sachverständigengutachtens, die Reparatur der aufgetretenen Defekte sei möglich, rechtfertigt nicht bereits die Annahme, ein Mangel der Pachtsache liege nicht vor. Ohne die erforderliche Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens durfte das Berufungsgericht nicht zu dem Ergebnis gelangen, auch ein in der Störanfälligkeit der Kegelbahnen liegender Mangel sei nicht bewiesen worden.

II.

1. Das Berufungsgericht hat es ebenfalls als nicht bewiesen angesehen, daß die Gebrauchstauglichkeit des Pachtobjekts infolge unzureichender Beheizbarkeit beeinträchtigt gewesen sei. Der Sachverständige Z. sei in seinem Gutachten vom 20. August 1994 zu dem Ergebnis gelangt, daß die Heizungsanlage funktionsfähig und ausreichend dimensioniert sei und die erforderliche Heizleistung erbringe. Der von der Beklagten beantragten Anhörung des Sachverständigen dazu, daß die Leistung der Heizkörper bei Einschaltung der von denselben Gasthermen gespeisten Lüftungsanlage zu gering werden und zu einem starken Absinken der Temperatur im Gastraum führen könne, habe es aus tatsächlichen Gründen nicht bedurft. Der Sachverständige habe bei den von ihm getroffenen Feststellungen das Vorhandensein und die Wirkungsweise der Warmwasser- und Warmluftheizung berücksichtigt.

2. Auch diese Ausführungen halten einer Überprüfung nicht stand. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft von einer mündlichen Befragung des Sachverständigen Z. abgesehen hat.

a) Der Sachverständige war in seinem vom Landgericht eingeholten ersten Gutachten zu dem Ergebnis gelangt, daß die mittlere Kegelbahn nicht unbeheizbar sei, Kegelbahn und Gaststätte gleichzeitig beheizbar und die Heizkörper nach überschlägigen Berechnungen nicht unterdimensioniert seien. Das Berufungsgericht hat ein weiteres Gutachten zu der Frage der ausreichenden Beheizbarkeit eingeholt und den Sachverständigen ergänzend darauf hingewiesen, daß objektivierbare Feststellungen (genaue Bestandsaufnahme, Wärmebedarfsberechnung) hierzu zu treffen seien. Der Sachverständige hat auch in dem zweiten Gutachten keine Mängel der Heizungsanlage festgestellt. Dem daraufhin von der Beklagten gestellten Antrag, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens, und zwar zu im einzelnen angegebenen Punkten, zur mündlichen Verhandlung zu laden, hätte das Landgericht stattgeben müssen.

b) Jede Partei hat nach den §§ 397, 402 ZPO zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich ein Recht auf Befragung eines Sachverständigen, der ein schriftliches Gutachten erstattet hat. Dieses Fragerecht der Partei besteht unabhängig von dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, bei einem erläuterungsbedürftigen schriftlichen Gutachten nach § 411 Abs. 3 ZPO das Erscheinen des Sachverständigen anzuordnen (BGHZ 6, 398, 400 f.; BGH, Urteile vom 17. Januar 1961 - VI ZR 86/60 - VersR 1961, 415; vom 21. Oktober 1986 - VI ZR 15/85 - NJW-RR 1987, 339, 340 und vom 24. Oktober 1995 - VI ZR 13/95 - VersR 1996, 211 f.; siehe auch Pantle MDR 1989, 312, 315). Auch wenn das Gericht ein schriftliches Gutachten zur Klärung der Beweisfrage für ausreichend erachtet, kann doch die Partei nach

§§ 397, 402 ZPO beantragen, dem Sachverständigen diejenigen Fragen zur mündlichen Beantwortung vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält (BGH, Urteil vom 17. Dezember 1996 - VI ZR 50/96 - NJW 1997, 802; Pantle aaO S. 312 f.).

Der Antrag der Beklagten auf Anhörung des Sachverständigen durfte vom Berufungsgericht auch nicht abgelehnt werden, weil er verspätet oder rechtsmißbräuchlich gestellt worden wäre (vgl. hierzu BGHZ 24, 9, 14 f.). Eine Zurückweisung wegen Verspätung kam - obwohl der Antrag erst nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme zu dem Gutachten und zwei Tage vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung einging - nicht in Betracht, weil seine Zulassung im Hinblick auf das ergangene Teilurteil nicht zu einer Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits insgesamt geführt hätte (vgl. hierzu BGHZ 77, 306). Einen Rechtsmißbrauch hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Beklagte war auch ihrer Verpflichtung nachgekommen, allgemein anzugeben, in welche Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünschte (BGHZ 24, 9, 15).

3. Die Revision rügt schließlich zu Recht, das Berufungsgericht habe es verfahrensfehlerhaft unterlassen, dem Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe vier bis fünf Wochen vor dem von dem Sachverständigen angesetzten (ersten) Ortstermin umfangreiche Reparaturarbeiten an der Heizungsanlage durchführen lassen und die Heizung über mehrere Tage hinweg voll aufgedreht, um deren Funktionsfähigkeit zu demonstrieren, nachzugehen und die hierzu benannten Zeugen zu vernehmen (§ 286 Abs. 1 ZPO). Wenn der von dem Sachverständigen Z. im Rahmen des ersten Ortstermins im April 1992 be-

urteilte Zustand erst zuvor durch eine Reparatur geschaffen worden sein sollte, wären die Gutachten für die Zeit bis zu der Reparatur von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen. Daß das Berufungsgericht in dem am 26. November 1993 verkündeten Beweisbeschluß an den Sachverständigen Z. die Frage nach Anhaltspunkten dafür gerichtet hat, daß der Zustand der Heizung durch Arbeiten, die nach dem Frühjahr 1992 erfolgt seien, verändert worden sei, machte eine weitere Sachaufklärung schon deshalb nicht entbehrlich, weil sich die Fragestellung - anders als die Behauptung der Beklagten - nicht auf die Zeit vor, sondern nach der ersten Besichtigung des Pachtobjekts durch den Sachverständigen Z. bezieht.

III.

Schon die dargelegten Verfahrensfehler nötigen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits gemäß § 565 Abs. 1 ZPO zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht.

Blumenröhr

Krohn

Gerber

Sprick

Weber-Monecke