



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 196/18

Verkündet am:
11. März 2021
Zimmermann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB §§ 317, 319; ZPO §§ 356, 431

- a) Haben die Parteien hinsichtlich eines Anspruchs oder einzelner Anspruchsvoraussetzungen eine Schiedsgutachtenvereinbarung getroffen, ist regelmäßig anzunehmen, dass die Einholung des Schiedsgutachtens in den im Vertrag bestimmten Fällen Anspruchsvoraussetzung ist. Eine vor Einholung des Schiedsgutachtens erhobene Klage, die auf den Anspruch gestützt wird, dessen Inhalt oder dessen Voraussetzungen durch ein Schiedsgutachten festgestellt werden sollen, ist daher nicht als endgültig, sondern allenfalls als verfrüht, also "als zur Zeit unbegründet" abzuweisen (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 24. November 2005 - VII ZB 76/05, BauR 2006, 555 = NZBau 2006, 173).
- b) In einem solchen Fall liegt es im Ermessen des Tatrichters, von einer sofortigen Klageabweisung "als zur Zeit unbegründet" abzusehen und zunächst entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405).

BGH, Urteil vom 11. März 2021 - VII ZR 196/18 - OLG München
LG München II

ECLI:DE:BGH:2021:110321UVIIZR196.18.0

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gemäß § 128 Abs. 2 ZPO im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 5. Februar 2021 eingereicht werden konnten, am 11. März 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Sacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 28. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 28. August 2018 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 225.652,40 €

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, macht gegen die Beklagte aus einem Prozessvergleich Zahlungsansprüche zwecks Abgeltung von Mängeln in Höhe von 212.221,52 € sowie Erstattung von Sachverständigenkosten in Höhe von 10.574,88 € geltend. Ferner begehrt sie Ersatz eines im Zuge von Mängelbeseitigungsmaßnahmen verursachten Schadens an den Grünflächen der Wohnungseigentumsanlage in Höhe von 2.856 €.

2 In einem vor dem Landgericht M. geführten Rechtsstreit
(5) schlossen die Parteien am 15. Februar 2012 folgenden, nicht
widerrufenen

"widerruflichen Vergleich:

I. Die Beklagte verpflichtet sich am streitgegenständlichen Anwesen sämtliche Mängel, die der Sachverständige B. im selbstständigen Beweisverfahren 10 bzw. 4 in seinem Gutachten vom 30.03.2009 und 30.03.2010 festgestellt hat - mit Ausnahme ... - gemäß dem Gutachten bis zum 31.10.2012 zu beseitigen.

II. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Mangelbeseitigung baubegleitend und überwachend durch den Sachverständigen W. auf Kosten des Beklagten erfolgt.

III. Die Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten hat durch den Sachverständigen B. zu erfolgen.

Die Kosten (Bruttobetrag) für die Abnahme durch den Sachverständigen werden von der Beklagten getragen.

IV. Die Parteien sind sich darüber einig, dass etwaige Mängel an den Nachbesserungsarbeiten bzw. nicht nachgebesserte Mängel, die vom Sachverständigen B. bei der Abnahme festgestellt werden von diesem bewertet werden und der Betrag den der Sachverständige feststellt von der Beklagten an die Klägerin als Abgeltung bezahlt wird. Beide Parteien unterwerfen sich den Feststellungen des Sachverständigen B. .

...

VII. Mit diesem Vergleich sind sämtliche streitgegenständliche wechselseitige Ansprüche der Parteien untereinander abgegolten und erledigt. ...

..."

3 Der gemäß Ziffer II des Prozessvergleichs vorgesehene Sachverständige W. wurde in der Folge einvernehmlich durch den Sachverständigen B. , den Streithelfer der Klägerin, ersetzt.

4 Die Mängelbeseitigungsmaßnahmen der Beklagten wurden sachverständigenseits begleitet und einer Abnahmebegehung unterzogen. Mit Gutachten vom 16. Mai 2013, unterzeichnet von dem Streithelfer und dessen Mitarbeiter S. , wurde unter anderem Folgendes festgestellt:

"Zusammenfassend ist festzuhalten, dass noch eine erhebliche Anzahl von Mängeln aus meinen Gutachten ... vorhanden ist und dass die Mängelbeseitigungsarbeiten z.T. nicht fachgerecht ausgeführt wurden. ... Aus technischer Sicht kann einer Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten insgesamt nicht zugestimmt werden.

Die Kosten für die durchzuführenden Mängelbeseitigungsarbeiten einschl. der erforderlichen Rückbauarbeiten der mangelhaft ausgeführten Leistungen werden durch mich ... grob überschlägig auf ca. 88.000 € zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer geschätzt. In der geschätzten Summe nicht enthalten sind Kosten für die Beseitigung von Mängeln, welche erst im Zuge von weiteren Bauteilöffnungen oder nach Zugänglichkeit von bisher nicht zugänglichen Bereichen erkannt werden, wie z.B. bei den Balkonen. ..."

5 Nach der am 27. September 2013 durchgeführten Bauteilöffnung wurde unter dem 24. Oktober 2013 ein weiteres - wiederum von dem Streithelfer und dessen Mitarbeiter S. unterzeichnetes - Gutachten erstellt. Darin werden die Feststellungen zu den Mängeln und der nicht fachgerechten Ausführung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen sowie zur fehlenden Abnahmefähigkeit der Mängelbeseitigungsmaßnahmen aus technischer Sicht wiederholt. Ferner werden die Kosten für die durchzuführenden Mängelbeseitigungsarbeiten einschließlich Rückbauarbeiten nunmehr "grob überschlägig auf ca. 170.000 € bis 200.000 € zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer" geschätzt. Schließlich wurde

unter dem 11. Juli 2014 eine neuerliche Sachverständigenbewertung der festgestellten Mängel mit Kostenschätzung der Mängelbeseitigung in Höhe von 212.221,52 € brutto vorgenommen.

6 Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte nicht.

7 Mit der Klage hat die Klägerin den vom Streithelfer angegebenen Betrag zur Abgeltung der Mängel, die Sachverständigenkosten und Schadensersatz wegen eines im Zuge der Mängelbeseitigungsmaßnahmen verursachten Schadens an den Grünanlagen verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Zahlungsansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision führt zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe gegen die Beklagte kein Zahlungsanspruch zur Abgeltung der Mängel in Höhe von 212.221,52 € aus dem Prozessvergleich zu.

10 a) Ein Zahlungsanspruch ergebe sich nicht aus Ziffer IV des Prozessvergleichs, da keine tauglichen schiedsgutachterlichen Feststellungen des Streithelfers vorlägen.

- 11 Ziffer IV des Prozessvergleichs sei als Schiedsgutachtenvereinbarung im Sinne des § 317 BGB einzuordnen. Die Parteien seien sich einig gewesen, dass der Streithelfer die nach Ziffer I des Prozessvergleichs geschuldete Mängelbeseitigung habe überprüfen und bei fehlerhafter Durchführung die Beseitigungskosten ermitteln sollen. Mit den Formulierungen in Ziffer IV des Prozessvergleichs sei zum Ausdruck gebracht worden, dass die Feststellungen des Streithelfers endgültig sein und in eine Zahlungspflicht der Beklagten münden sollten. Hieraus sowie aus dem Umstand, dass der in Ziffer II des Prozessvergleichs für die Begleitung und Überwachung der Mängelbeseitigung zunächst vorgesehene Sachverständige W. später einvernehmlich durch den Streithelfer ersetzt worden sei, ergebe sich das besondere Vertrauen, das die Parteien in die Person des Streithelfers gesetzt hätten. Der in Ziffer IV des Prozessvergleichs vereinbarte Zahlungsautomatismus unterstreiche dies. Denn letztlich könnten die Parteien nach der Konzeption der vergleichsweise getroffenen Regelungen nur noch offenbare Unrichtigkeiten gegen das Gutachten des Streithelfers einwenden, während andere Einwände abgeschnitten seien.
- 12 Danach seien an das Vorliegen von Feststellungen durch den Streithelfer hohe Anforderungen zu stellen. Das bedeute zwar nicht, dass der Streithelfer sämtliche mit dem Gutachten zusammenhängenden Arbeiten selbst durchführen müsse und ihm jegliche Einschaltung von Hilfspersonen verboten sei. Die wesentlichen, tragenden Gesichtspunkte müssten aber auf persönlichen Feststellungen des Streithelfers beruhen. Hierzu reiche es nicht, dass dieser die schriftlichen Darlegungen lediglich mit seiner Unterschrift versehe und die rechtliche Verantwortung übernehme, vielmehr müssten die tragenden Gesichtspunkte auf seiner persönlichen Bewertung beruhen. Jegliche Lockerungen in diesem Kernbereich würden auf eine Auswechslung der Person des Schiedsgutachters hinauslaufen, die weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck des Vergleichs gedeckt sei.

- 13 Nach dem Ergebnis der erstinstanzlich erfolgten Beweisaufnahme seien die Voraussetzungen des Zahlungsanspruchs gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs mangels tauglicher Feststellungen des Streithelfers nicht erfüllt. Die Vernehmung des Streithelfers habe ergeben, dass er bestimmte - auch wesentliche - Tatsachen nicht persönlich festgestellt und einige Streitpunkte nicht gekannt habe. Der Streithelfer habe eingeräumt, nicht alle Mängel selbst gesehen zu haben. Mit der Feststellung der Mangelhaftigkeit sei aber ein zentraler Bereich des Schiedsgutachtens betroffen. Ein Abstellen auf die Feststellungen des Mitarbeiters S. in zentralen Bereichen bewege sich nicht mehr im Rahmen von Ziffer IV des Prozessvergleichs. Mangels tauglicher schiedsgutachterlicher Feststellungen müsse über die inhaltliche Richtigkeit dieser Feststellungen - soweit im Rahmen von § 319 BGB überprüfbar - kein Beweis erhoben werden.
- 14 Entgegen der Auffassung der Klägerin könne dahinstehen, welche Vereinbarungen im Anschluss an den Prozessvergleich mit dem Streithelfer getroffen worden seien und ob dieser sich insoweit vertragsgemäß verhalten habe. Denn im Verhältnis zwischen den Parteien sei der Inhalt der bilateralen Vereinbarung im Prozessvergleich maßgeblich. Auch der Einwand der Klägerin, die Parteien seien im Laufe der Begutachtung mit der Einschaltung des Mitarbeiters S. einverstanden gewesen, führe zu keinem anderen Ergebnis. Denn es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien damit zum Ausdruck gebracht hätten, es dürften - abweichend von der Regelung im Prozessvergleich - auch wesentliche Feststellungen durch einen anderen Sachverständigen getroffen werden.
- 15 Es sei entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht ersichtlich, auf welcher zivilprozessrechtlichen Basis dem Streithelfer Gelegenheit zur Ergänzung seiner gutachterlichen Feststellungen habe gegeben werden müssen. Es sei allein Aufgabe der Parteien, den entscheidungsrelevanten Prozessstoff beizubringen. Hierzu habe die Klägerin hinreichend Gelegenheit gehabt.

16 b) Ein Zahlungsanspruch der Klägerin ergebe sich ferner nicht aus § 280 Abs. 1 BGB aufgrund einer schuldhaften Verletzung der Verpflichtungen der Beklagten zur Mängelbeseitigung aus Ziffer I des Prozessvergleichs. Damit mache die Klägerin einen Anspruch geltend, der Gegenstand des ursprünglichen Rechtsstreits gewesen sei. Mit der Beendigung dieses Rechtsstreits durch den Prozessvergleich vom 15. Februar 2012 sei rechtstechnisch eine Novation eingetreten. Danach regele Ziffer IV des Prozessvergleichs nunmehr abschließend den Fall, dass die in Ziffer I des Prozessvergleichs vereinbarte Mängelbeseitigung scheitere.

17 2. Da die Klägerin keinen Anspruch gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs gegen die Beklagte habe, stehe ihr auch kein Anspruch auf Ersatz der Sachverständigenkosten zu.

18 3. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der behaupteten Schäden an den Grünanlagen in Höhe von 2.856 € bestehe ebenfalls nicht. Dem Beweisantritt der Klägerin auf Vernehmung der Zeugen Sch. , La. und Le. sei nicht nachzugehen, da es sich insoweit um einen Ausforschungsbeweis handele. Nach der zutreffenden Auffassung des Landgerichts, mit der sich die Berufung nicht im Einzelnen auseinandergesetzt habe, habe die Klägerin weder eine taugliche örtliche Darstellung und Einordnung der Schäden noch eine Darstellung des ursprünglichen Zustands der Grünanlagen vorgenommen. Ohne eine solche Darstellung würde erst durch die Beweisaufnahme ausgeforscht, welche Schäden wo eingetreten seien, was unzulässig sei.

II.

19 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

- 20 1. Ausgehend von seinen Feststellungen hätte das Berufungsgericht die auf Ziffer IV des Prozessvergleichs gestützte Klage auf Zahlung von 212.221,52 € nicht endgültig abweisen dürfen.
- 21 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass Ziffer IV des Prozessvergleichs als Schiedsgutachtenvereinbarung auszulegen sei und der Streithelfer nach dieser Regelung als Schiedsgutachter die für den dort geregelten Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte erforderlichen wesentlichen Feststellungen selbst habe treffen müssen. Die hiergegen gerichteten Einwände der Revision greifen nicht durch.
- 22 Ob die tatrichterliche Auslegung eines Prozessvergleichs im Revisionsverfahren nur darauf überprüft werden kann, ob anerkannte Auslegungsgrundsätze, gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind oder ob, weil es sich (auch) um eine Prozesshandlung handelt, die Auslegung eines Prozessvergleichs auch hinsichtlich seines materiell-rechtlichen Teils unbeschränkt überprüft und damit selbständig vorgenommen werden kann, wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet (vgl. für eine uneingeschränkte Überprüfbarkeit: BAG, Urteil vom 20. April 1983 - 4 AZR 497/80, MDR 1983, 1053, juris Rn. 30 m.w.N.; dagegen: BGH, Urteil vom 4. April 1968 - VII ZR 152/65, MDR 1968, 576 m.w.N.; offenlassend z.B.: BGH, Beschluss vom 14. Februar 2017 - VI ZB 24/16 Rn. 8, NJW 2017, 1887 (für das Rechtsbeschwerdeverfahren); BGH, Urteil vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 214/04, NJW-RR 2005, 1323, juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 11. Mai 1995 - VII ZR 116/94, BauR 1995, 697, juris Rn. 12 jeweils m.w.N.). Die Frage bedarf hier keiner Entscheidung, weil die tatrichterliche Auslegung auch bei deren voller Überprüfbarkeit nicht zu beanstanden wäre.

- 23 Schiedsgutachten im engeren Sinne, auf die §§ 317 ff. BGB entsprechend anwendbar sind, dienen vor allem dazu, den von den Parteien zwar objektiv bestimmten, aber nur mit einer gewissen Sachkunde feststellbaren Vertragsinhalt zu ermitteln. Es handelt sich um privatrechtlich vereinbarte Sachverständigen-gutachten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens, die der Klärung oder Fest-stellung von Tatsachen dienen, so beispielsweise auch der Feststellung von Mängeln und der Kosten für ihre Beseitigung. Dabei erkennen die Parteien die durch das Schiedsgutachten zu treffende Bestimmung bis an die Grenze der offenbaren Unrichtigkeit als verbindlich an (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2013 - III ZR 10/12 Rn. 13, NJW 2013, 1296 m.w.N.; BGH, Urteil vom 22. April 1965 - VII ZR 15/65, BGHZ 43, 374, juris Rn. 33; Grüneberg in: Palandt, BGB, 80. Aufl., § 317 Rn. 6).
- 24 Hiervon ausgehend ist die Auslegung des Berufungsgerichts, dass der Streithelfer gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs als Schiedsgutachter im engeren Sinne die nach den Mängelbeseitigungsarbeiten gemäß Ziffer I des Prozessvergleichs etwaig verbleibenden Mängel für die Parteien verbindlich feststellen und betragsmäßig bewerten sollte, zutreffend. Diese Auslegung ist vom Wortlaut der Regelung gedeckt, da sich die Parteien danach ausdrücklich den Feststellungen des Streithelfers unterwerfen und einen Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte in Höhe des von dem Streithelfer festgestellten Betrags vereinbart haben. Auch die im Einzelnen begründete Würdigung des Beru-fungsgerichts, dass der Streithelfer nach Ziffer IV des Prozessvergleichs zumin-dest die wesentlichen, die Zahlungspflicht der Beklagten begründenden Feststel-lungen selbst zu treffen habe, steht mit dem Wortlaut der maßgeblichen Rege-lung in Einklang und ist nicht zu beanstanden.
- 25 Entgegen der Auffassung der Revision widerspricht diese Auslegung des Prozessvergleichs nicht der Interessenlage der Parteien. Angesichts der weit reichenden Folgen einer Schiedsgutachtenvereinbarung für die Parteien trägt die

Auffassung, der Streithelfer habe gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs als Schiedsgutachter die wesentlichen Feststellungen selbst treffen müssen, vielmehr den Interessen beider Parteien Rechnung. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens dessen nur eingeschränkte Überprüfbarkeit auf offenbare Unrichtigkeiten entsprechend § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Folge hat.

26 Die vom Berufungsgericht erwogenen Begleitumstände stützen dieses Auslegungsergebnis. Entgegen der Auffassung der Revision führt das Verhalten der Parteien im Anschluss an den Abschluss des Prozessvergleichs zu keiner anderen Beurteilung. Die Revision macht in diesem Zusammenhang erfolglos geltend, die Beauftragung des Streithelfers mit der Begleitung und Überwachung der Mängelbeseitigung gemäß Ziffer II des Prozessvergleichs habe im Einvernehmen beider Parteien die Einschaltung eines Mitarbeiters vorgesehen, woraus zu folgern sei, dass die Tätigkeit eines Mitarbeiters auch im Rahmen der schiedsgutachterlichen Feststellungen gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs habe zulässig sein sollen. Abgesehen davon, dass eine Differenzierung zwischen den Ziffern II und IV in dem Prozessvergleich angelegt ist, wird hierdurch die Würdigung des Berufungsgerichts, der Streithelfer müsse nach den vergleichsweise getroffenen Regelungen jedenfalls die wesentlichen schiedsgutachterlichen Feststellungen gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs selbst treffen, nicht in Frage gestellt.

27 b) Der weitere Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, dass die Parteien - zumindest nachträglich - eine Änderung der Ziffer IV des Prozessvergleichs (konkludent) insoweit vereinbart hätten, als auch der Mitarbeiter S. des Streithelfers wesentliche schiedsgutachterliche Feststellungen habe treffen dürfen, greift ebenfalls nicht durch.

- 28 Nach den Feststellungen des Landgerichts hat es eine dahingehende spätere Abänderung der Ziffer IV des Prozessvergleichs nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat keine hiervon abweichenden Feststellungen getroffen. Dagegen wendet sich die Revision vergeblich.
- 29 So ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht letztlich offen gelassen hat, welche Vereinbarungen zwischen den Parteien und dem Streithelfer bestehen. Denn es hat weder dem Umstand, dass im Verhältnis zum Streithelfer möglicherweise keine den Anforderungen der Ziffer IV des Prozessvergleichs entsprechende Schiedsgutachterabsprache getroffen worden ist, noch dem Umstand, dass die Einschaltung des Mitarbeiters S. im Laufe der Begutachtung gegebenenfalls im Einvernehmen mit den Parteien erfolgt ist, eine den Prozessvergleich ändernde Bedeutung zugemessen. Die Würdigung des Berufungsgerichts, hierdurch sei nicht zum Ausdruck gekommen, dass - entgegen Ziffer IV des Prozessvergleichs - wesentliche schiedsgutachterliche Feststellungen zu den die Zahlungspflicht der Beklagten begründenden Voraussetzungen von einer anderen Person als dem Streithelfer getroffen werden dürften, ist möglich und enthält keine revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler.
- 30 Die Revision zeigt darüber hinaus keinen vom Berufungsgericht übergebenen Vortrag auf, der den Schluss auf eine nachträgliche Änderung der Ziffer IV des Prozessvergleichs rechtfertigen würde. Die insoweit von ihr erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).
- 31 c) Auf dieser Grundlage ist es ferner nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den von dem Streithelfer und seinem Mitarbeiter angefertigten Gutachten die Eigenschaft eines Schiedsgutachtens im Sinne der Ziffer IV des Prozessvergleichs nicht zuerkannt hat. Denn nach den - insoweit nicht ange-

griffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Streithelfer wesentliche Feststellungen zu den Voraussetzungen des Zahlungsanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte nicht selbst getroffen.

32 d) Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich jedoch insoweit als rechtsfehlerhaft, als die Klage auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen als endgültig unbegründet abgewiesen worden ist. Sie kann daher keinen Bestand haben.

33 aa) Haben die Parteien hinsichtlich eines Anspruchs oder einzelner Anspruchsvoraussetzungen eine Schiedsgutachtenvereinbarung getroffen, ist regelmäßig anzunehmen, dass die Einholung des Schiedsgutachtens in den im Vertrag bestimmten Fällen Anspruchsvoraussetzung ist. Eine vor Einholung des Schiedsgutachtens erhobene Klage, die auf den Anspruch gestützt wird, dessen Inhalt oder dessen Voraussetzungen durch ein Schiedsgutachten festgestellt werden sollen, ist daher nicht als endgültig, sondern allenfalls als verfrüht, also "als zur Zeit unbegründet" abzuweisen (allg. Meinung; vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 24. November 2005 - VII ZB 76/05, BauR 2006, 555 = NZBau 2006, 173, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405, juris Rn. 32 m.w.N.; Grüneberg in Palandt, BGB, 80. Aufl., § 317 Rn. 3). In einem solchen Fall liegt es darüber hinaus im Ermessen des Tatrichters, von einer sofortigen Klageabweisung "als zur Zeit unbegründet" abzusehen und zunächst entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405, juris Rn. 33).

34 bb) Nach diesen Maßstäben ist die Entscheidung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft.

35 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts, mit dem die Klage abgewiesen worden ist, zurückgewiesen. Die

Entscheidung des Berufungsgerichts ist dahin auszulegen, dass es die Abweisung der Klage als endgültig unbegründet bestätigt hat. Das Landgericht hat in den Urteilsgründen ausdrücklich ausgeführt, die Klage sei unbegründet. Anhaltspunkte dafür, dass es die Klage nur als derzeit unbegründet angesehen hat, lassen sich dem Urteil nicht entnehmen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen, ohne dass Tenor oder Gründe dieser Entscheidung einen Hinweis darauf enthalten, es habe - abweichend von dem Urteil des Landgerichts - eine Klageabweisung "als zur Zeit unbegründet" aussprechen wollen.

36 Da auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen das von den Parteien als Anspruchsvoraussetzung vereinbarte Schiedsgutachten bislang nicht vorgelegt wurde, ist die Klage zu Unrecht als endgültig unbegründet abgewiesen worden. Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei nicht ersichtlich, auf welcher zivilprozessrechtlichen Grundlage der Klägerin Gelegenheit hätte gegeben werden sollen, ein ergänztes und damit den Anforderungen der Ziffer IV des Prozessvergleichs genügendes Schiedsgutachten vorzulegen, erweist sich danach als unzutreffend.

37 e) Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Eine Klageabweisung als endgültig unbegründet wäre insbesondere auch dann nicht gerechtfertigt, wenn die Einholung eines den Anforderungen der Ziffer IV des Prozessvergleichs genügenden Schiedsgutachtens des Streithelfers - was indes bislang nicht festgestellt ist - unmöglich geworden wäre.

38 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheidet eine Klageabweisung (sowohl als endgültig unbegründet als auch "als zur Zeit unbegründet") wegen Nichtvorlage eines vereinbarten Schiedsgutachtens aus, wenn im

Laufe des Prozesses festgestellt wird, dass die Einholung des Schiedsgutachtens durch den von den Parteien vorgesehenen Schiedsgutachter unmöglich geworden ist. Vielmehr ist in einem solchen Fall § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB entsprechend anzuwenden. Nach dieser Vorschrift ist die einem Dritten übertragene Bestimmung der geschuldeten Leistung durch gerichtliches Urteil vorzunehmen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will, oder wenn er sie verzögert. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die Leistung immer dann durch das Gericht bestimmt werden soll, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 1994 - II ZR 100/92, NJW-RR 1994, 1314, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 14. Juli 1971 - V ZR 54/70, BGHZ 57, 47, juris Rn. 21 ff.).

39 Sofern das Berufungsgericht im weiteren Verfahren zu der Feststellung gelangt, dass die Erstellung eines Schiedsgutachtens gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs durch den Streithelfer unmöglich geworden ist, weil dieser das Schiedsgutachten nicht erstellen kann oder will, und ein Ersatzgutachter nach den Vereinbarungen der Parteien nicht bestimmt werden kann, wird es die Leistungsbestimmung - voraussichtlich mit Hilfe eines Sachverständigen - daher selbst zu treffen haben.

40 2. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Sachverständigenkosten in Höhe von 10.574,88 € ausschließlich mit der Begründung verneint, dass der von ihr geltend gemachte Zahlungsanspruch gemäß Ziffer IV des Prozessvergleichs nicht bestehe. Dies führt dazu, dass wegen der Aufhebung der Entscheidung über diesen Zahlungsanspruch (dazu unter II. 1.) auch die Entscheidung über den Anspruch auf Ersatz der Sachverständigenkosten keinen Bestand haben kann.

- 41 3. Das angefochtene Urteil beruht zudem hinsichtlich der Feststellungen des Berufungsgerichts zu dem Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 2.856 € wegen der behaupteten Schäden an den Grünflächen der Wohnungseigentumsanlage auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG.
- 42 a) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben (st. Rspr.; vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZR 23/14 Rn. 8, 10, ZfBR 2017, 146, jeweils m.w.N.). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt dann vor, wenn das Gericht die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den Sachvortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben (st. Rspr.; vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593; Beschluss vom 26. Februar 2020 - VII ZR 166/19 Rn. 14, BauR 2020, 1035 = NZBau 2020, 293; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669, jeweils m.w.N.).
- 43 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Sachvortrag schlüssig, wenn der Anspruchsteller Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in seiner Person entstanden erscheinen zu lassen (st. Rspr.; vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 14, BauR 2021, 593; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZR 314/13 Rn. 22, BauR 2017, 206;

Beschluss vom 6. Februar 2014 - VII ZR 160/12 Rn. 12, NZBau 2014, 221, jeweils m.w.N.).

44 b) Nach diesen Maßstäben beanstandet die Klägerin zu Recht einen Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG, weil es die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und den geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen der behaupteten Schäden an den Grünflächen der Wohnungseigentumsanlage deshalb für nicht hinreichend dargelegt erachtet hat.

45 Die Klägerin hat bereits mit der Klageschrift ausgeführt, dass im Zuge der Mängelbeseitigungsarbeiten der Beklagten die Grünflächen der Wohnungseigentumsanlage, insbesondere die Gartenanteile der drei Erdgeschosswohnungen, derart beschädigt worden seien, dass diese vollständig aufbereitet werden müssten. So seien die Gartenflächen zertrampelt und Büsche zertreten und zerschnitten worden. Zur Bezifferung ihres Schadens hat die Klägerin ein Pauschalangebot über die Aufbereitung der Grünflächen eingereicht. In der Folge hat sie schriftsätzlich unter Beifügung von Lichtbildern näher dargelegt, dass durch die Aufstellung eines Baugerüsts und den Transport von Baumaterial durch die Gärten großflächige Trampelpfade entstanden und Rosenbüsche sowie Kräutergärten und weitere Pflanzen zerstört worden seien. Auch sei aufgrund großflächiger Erdaufschüttungen der darunter befindliche Rasen beschädigt worden. Es seien insbesondere die Gartenanteile der Erdgeschosswohnungen 1, 2 und 3, aber auch das gemeinschaftliche Rasengrundstück betroffen. Ergänzend hat die Klägerin auf die bereits vor dem Landgericht erfolgte Aussage des Zeugen P. verwiesen, der unter anderem die Beschädigung näher bezeichneter Gewächse und eines Frühbeets in dem von ihm genutzten Gartenanteil bestätigt hat. Für ihre Behauptungen hat die Klägerin weiteren Beweis durch Vernehmung der Zeugen Sch. , La. und Le. sowie durch Einholung eines

Sachverständigengutachtens zur Höhe des Schadens angeboten. Hierauf hat sie in der Berufungsbegründung erneut Bezug genommen.

46 Damit hat die Klägerin die behaupteten Schäden an den Grünflächen, die auch auf den Lichtbildern erkennbar sind, hinreichend deutlich beschrieben. Insbesondere ergibt sich aus dem Vortrag der Klägerin und den beigefügten Lichtbildern konkret, dass neben der Rasenfläche auch bestimmte Pflanzen beschädigt worden sein sollen.

47 Das Berufungsgericht durfte die schlüssige Darlegung zu den Schäden an den Grünflächen und die hierzu erfolgten Beweisantritte der Klägerin daher nicht unberücksichtigt lassen.

48 c) Diese Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei der gebotenen Berücksichtigung des Sachvortrags und der Beweisantritte der Klägerin zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre. Das Berufungsurteil kann danach auch insoweit keinen Bestand haben.

III.

49 Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

50 Das Berufungsgericht wird insbesondere zu klären haben, ob die Vorlage des vereinbarten Schiedsgutachtens noch in Betracht kommt. Hierzu ist den Parteien zunächst Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

51 Darüber hinaus wird es die erforderlichen Feststellungen zu den behaupteten Schäden an den Grünflächen der Wohnungseigentumsanlage zu treffen haben.

Pamp

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG München II, Entscheidung vom 14.03.2018 - 5 O 3577/13 -

OLG München, Entscheidung vom 28.08.2018 - 28 U 1250/18 Bau -