
Datum: 06.09.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 261/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0906.11U261.99.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 10 O 333/98

Tenor:

Auf die Berufung Beklagten wird das am 26.10.1999 verkündete Teilurteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 10 O 333/98 - aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens, an das Landgericht zurückverwiesen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

##blob##nbsp;

2

Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Zahlung ausstehenden Architektenhonorars. Der Beklagte hat im Verlaufe des Rechtsstreits Hilfswiderklage erhoben, mit der er Schadensersatzansprüche aus mangelhaft erbrachter Planung und Objektüberwachung gegen den Kläger geltend macht.

3

Der Beklagte beabsichtigte den Umbau und die Sanierung des in seinem Eigentum stehenden Wohnhauses L.str. in B.. Er beauftragte mit den dazu erforderlichen Planungsleistungen zunächst die Architektin C.-H. , die ihre Arbeiten bis zur Genehmigungsplanung vorantrieb. Zwischen dieser Architektin und dem Beklagten ist ein Rechtsstreit anhängig gewesen, in dem sich der Beklagte u.a. darauf berief, ihre Planung sei völlig unbrauchbar gewesen; insoweit wird auf die vorliegende Beilage (LG Bonn 10 O 327/96 = OLG Köln 11 U 139/98), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, Bezug genommen.

4

Mit Vorprüfbescheid vom 17.04.1996 gab die Stadt B. dem Beklagten die Gelegenheit zur Nachbesserung, insbesondere durch Einholung nachbarrechtlicher Zustimmungen. Alsdann beauftragte der Beklagte im August 1996 den Kläger mit Architektenleistungen. Der Kläger hatte ein schriftliches Angebot vom 09.02.1996 vorgelegt, nach dem ein Honorar für die Leistungsphasen 2 - 4 des § 15 HOAI nicht anfallen sollte und mit dem er auf der Grundlage von anzusetzenden Baukosten in Höhe von 850.000,00 DM ein Pauschalhonorar in Höhe von 90.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer anbot. Der Kläger plante sodann das Bauvorhaben um und legte die Pläne der Stadt B. vor. Hinsichtlich der Einzelheiten der vom Kläger entfalteten Tätigkeit wird auf die Sachdarstellung in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Nach Erteilung der Baugenehmigung begann der Kläger mit der Ausführung der Leistungsphasen 5 - 8 des § 15 HOAI. Der Beklagte erbrachte Abschlagszahlungen in Höhe von 83.835,00 DM. Vor Beendigung der Leistungsphase 8 kündigte der Beklagte den Architektenvertrag mit Schreiben vom 26.03.1998. Unter dem 27.05.1998 übersandten die Prozessbevollmächtigten des Klägers dem Beklagten eine Honorarschlussrechnung über den nach Verrechnung der Abschlagszahlungen verbleibenden Betrag in Höhe von 88.796,90 DM und forderten zur Zahlung bis zum 12.06.1998 vergeblich auf. Hinsichtlich des Inhalts der Schlussrechnung, der im Verlauf des Rechtsstreits vorgelegten Kostenberechnung auf der Grundlage der DIN 276 in der Fassung von April 1981 und der daraus resultierenden Berechnung der Klageforderung wird auf die Darstellung in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Die Parteien haben darüber gestritten, ob die Schlussrechnung des Klägers prüffähig ist und ob der Kläger auch die Vergütung der Leistungsphasen 1 - 4 gemäß § 15 HOAI verlangen kann, ferner darüber, inwieweit seine Leistungen nach den Leistungsphasen 1 - 7 des § 15 HOAI zu vergüten sind. Hinsichtlich der Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien wird auf die Darstellung in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 6

Der Kläger hat zuletzt - nach Teilklagerücknahme mit Schriftsatz vom 05.05.1999, Bl. 167 d.A. und Klageerweiterung mit Schriftsatz vom 22.06.1999, Bl. 258 d.A., beantragt, 7

##blob##nbsp; 8

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 78.350,26 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 15.06.1998 zu zahlen; 9

##blob##nbsp; 10

2. den Beklagten zu verurteilen; die Eintragung einer Sicherungshypothek für die Honorarforderung des Klägers gemäß Honorarschlussrechnung vom 20.05.1998 in Höhe von 78.350,26 DM für den Kläger auf dem im Grundbuch von K. , Blatt ..., laufende Nr. ..., Flur ..., Flurstück ... eingetragenen Grundstück zu bewilligen, unter Ausnutzung der durch die aufgrund der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Bonn vom 01.07.1998 (AZ.: 10 O 275/98) eingetragenen Vormerkung gesicherten Rangstelle. 11

Der Beklagte hat beantragt, 12

##blob##nbsp; 13

die Klage abzuweisen. 14

Mit Schriftsatz vom 25.05.1999 (Bl. 190 ff. d.A.) hat er Hilfswiderklage erhoben mit dem Antrag, 15

##blob##nbsp;	16
1 . den Kläger zu verurteilen, an ihn 145.488, 21 DM , nebst 4 % Zinsen seit dem 25.05:1999 zu zahlen;	17
##blob##nbsp;	18
2. festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, ihm jeglichen Schaden daraus zu ersetzen, dass der Kläger durch Fehler bei der Rechnungsprüfung bzgl. der P. GbR, B. Straße ..., B. , eine Überzahlung verursacht hat, sofern er, der Beklagte, mit Rückforderungsansprüchen ausfällt, weil diese durch das eingeleitete Insolvenzverfahren nicht realisiert werden können.	19
Der Kläger hat beantragt,	20
##blob##nbsp;	21
die Widerklage abzuweisen.	22
Mit der Hilfswiderklage hat der Beklagte 23 Baumängel in den Prozess eingeführt. Er hat geltend gemacht, die Mängel seien auf Fehler des Klägers bei der Planung und der Bauaufsicht zurückzuführen. Außerdem habe er durch Fehler bei der Rechnungsprüfung eine Überzahlung der Fa. P. in Höhe von ca. 50.000,00 DM verursacht. Da sich diese Firma derzeit im Insolvenzverfahren befinde, habe der Kläger den Schaden zu ersetzen, sofern er, der Beklagte, mit seinen Rückforderungen ausfalle.	23
Der Kläger hat das Vorliegen der Mängel bestritten und geltend gemacht, sie seien jedenfalls nicht von ihm zu vertreten.	24
Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird auf die angefochtene Entscheidung und die Schriftsätze nebst überreichten Unterlagen Bezug genommen.	25
Das Landgericht hat auf Grund des Beweisbeschlusses vom 15.01.1999 (Bl. 118 ff. d.A.) Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Dr.-Ing. S. vom 14.04.1999 (Anlagenheft) Bezug genommen.	26
Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht der Klage weitgehend stattgegeben und den Beklagten verurteilt, an den Kläger 76.952,10 DM nebst 4% Zinsen seit dem 20.11.1998 zu zahlen. Es hat u.a. ausgeführt: Während die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche derzeit noch nicht entscheidungsreif seien, könne über die mit der Klage verfolgten Anträge bis auf den auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek gerichteten Antrag bereits entschieden werden. Die Klage sei überwiegend begründet. Dem Kläger stehe noch ein Resthonorar in Höhe von 76.952,10 DM zu. Dies ergebe sich aus den Ausführungen des Sachverständigen. Der Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek sowie die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche des Beklagten seien dem gegenüber noch nicht entscheidungsreif. Der Entscheidung über die Eintragung der Bauhandwerkersicherungshypothek stehe entgegen, dass der Beklagte mit seiner Widerklage Mängel der Architektenleistung behaupte. Da über das Ausmaß dieser Mängel noch Feststellungen zu treffen seien, könne derzeit noch nicht beurteilt werden, in welcher Höhe ein sicherungsgerechter Wertzuwachs an dem Grundstück des Beklagten bereits	27

vorhanden sei, so dass die Entscheidung über die Höhe der gegebenenfalls einzutragenden Hypothek nicht getroffen werden könne. Die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche bedürften ebenfalls noch weiterer Feststellungen. Insoweit bestehe die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen allerdings nicht, weil der Beklagte die Aufrechnung mit den von ihm behaupteten Schadensersatzansprüchen nicht erklärt habe. Die weiteren Ausführungen des Landgerichts sind zum Teil in den nachfolgenden Entscheidungsgründen wiedergegeben; im Übrigen wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.	
Gegen das seinen erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 02.11.1999 zugestellte Urteil hat der Beklagte mit einem am 02.12.1999 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 03.02.2000 eingegangenen Schriftsatz begründet. Dieser Schriftsatz war von der Prozessbevollmächtigten des Beklagten nicht unterzeichnet. Insoweit hat der Senat dem Beklagten durch Beschluss vom 07.04.2000 (Bl. 500 d.A.) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt.	28
Der Beklagte wiederholt und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen. Er macht unter anderem geltend: Das Landgericht habe über die Klage nicht durch Teilurteil entscheiden dürfen. Die Gesamterledigung des Rechtsstreits sei nicht verzögert worden. Es liege auch keine grobe Nachlässigkeit vor. Zudem habe das Landgericht das Gutachten wegen der darin enthaltenen Unklarheiten und Unvollständigkeiten von Amts wegen überprüfen müssen. Die Ansprüche, die er aus der Schlechterfüllung des Architektenvertrages herleite, berührten im Übrigen auch den geltend gemachten Honoraranspruch. Ferner trägt der Beklagte zur Vergütungspflicht der Leistungsphasen 1 - 4 und zu Mängeln der Leistung des Klägers vor.	29
Der Beklagte beantragt,	30
##blob##nbsp;	31
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.	32
Der Kläger beantragt,	33
##blob##nbsp;	34
die Berufung zurückzuweisen.	35
Der Kläger wiederholt ebenfalls seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er meint, die Entscheidung durch Teilurteil sei nicht zu beanstanden. Auch im Übrigen verteidigt er das angefochtene Urteil und tritt dem Vortrag des Beklagten entgegen.	36
Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in zweiter Instanz wird auf die Schriftsätze und die überreichten Unterlagen Bezug genommen.	37
Die Akten 10 O 327/96 LG Bonn = 11 U 139/98 OLG Köln und 10 O 275/98 LG Bonn lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	38
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	39
Die zulässige Berufung führt zu einem vorläufigen Erfolg des Beklagten.	40
Das Landgericht hat über die Klage zu Unrecht durch Teilurteil entschieden.	41
	42

1. Bedenken begegnet bereits die Ansicht des Landgerichts, der Rechtsstreit sei hinsichtlich der Klage entscheidungsreif gewesen, weil der Antrag auf Anhörung des Sachverständigen - ungeachtet der Frage, ob dies in einem Teilurteil geschehen kann - als verspätet nicht zuzulassen gewesen sei. Die Wertung des Landgerichts, die Prozessführung des Beklagten sei ausgerichtet darauf, die Zahlung der dem Kläger zustehenden Honorarforderung zu verzögern, erschließt sich nach Ansicht des Senats aus dem Prozessverlauf nicht.

a) Das Landgericht hat Folgendes ausgeführt:

43

Es habe keine Veranlassung bestanden, wegen der Einwendungen des Beklagten den Sachverständigen - wie von dem Beklagten mit Schriftsatz vom 27.09.1999 hilfsweise beantragt - zur Erläuterung seines Gutachtens zu laden. Zwar sei einem solchen Antrag einer Partei grundsätzlich stattzugeben, es sei denn, der Antrag sei rechtsmissbräuchlich oder verspätet. So verhalte es sich aber hier, denn der Antrag auf Ladung des Sachverständigen sei jedenfalls nicht-rechtzeitig gestellt worden. Die Kammer verkenne dabei nicht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zurückweisung von Verteidigungsmitteln als verspätet im Rahmen eines Teilurteils. Gleichwohl sei hier der Antrag auf Ladung des Sachverständigen zurückzuweisen. Das eingeholte Sachverständigengutachten vom 14.04.1999 sei den Parteien mit gerichtlicher Verfügung vom 16.04.1999, mit der sie zugleich zur abschließenden Stellungnahme binnen einer Frist von drei Wochen aufgefordert wurden (Bl. 163 d.A.), übersandt worden. Mit der Stellungnahme des Beklagten vom 12.05.1999 habe er einige Punkte des Gutachtens, insbesondere die durch den Sachverständigen vorgenommene Einordnung in die Honorarzone IV, pauschal angegriffen. Die Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens habe er jedoch ausdrücklich nicht beantragt. Mit gleichem Schriftsatz habe er um Akteneinsicht in die dem Sachverständigen von dem Kläger zur Verfügung gestellten Unterlagen gebeten; dieser Antrag sei auf Grund des Wechsels des Berichterstatters innerhalb der Kammer zunächst nicht beschieden worden. Mit Schriftsatz vom 25.05.1999, den er im Termin zur mündlichen Verhandlung am gleichen Tag überreichte, habe der Beklagte dann die Widerklage erhoben. Erst in dem Schriftsatz vom 03.08.1999 sei der Beklagte dann auf seinen Antrag auf Akteneinsicht zurückgekommen, dem mit den gerichtlichen Verfügungen vom 10.08.1999 und vom 23.08.1999 (Bl. 325 R, 329 d.A.) stattgegeben worden sei. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten habe die Unterlagen am 24.08.1999 auf der Geschäftsstelle abgeholt, sie jedoch nicht innerhalb der gewährten Frist von zwei Wochen, sondern erst später zurück gegeben. Die Stellungnahme auf das Gutachten nach Einsicht der Unterlagen und darin enthalten der Antrag auf Ladung des Sachverständigen seien mit Schriftsatz vom 27.09.1999 und damit 5 Wochen nach Erlangung der Akteneinsicht und nur einen Tag vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung bei Gericht eingegangen. Gründe dafür, dass der Schriftsatz erst so spät bei Gericht eingegangen sei, habe der Beklagte nicht vorgetragen, sie seien auch unter Berücksichtigung des nicht unwesentlichen Umfangs der Unterlagen nicht ersichtlich, wie sich im übrigen aus dem Umstand ergebe, dass die Unterlagen auch den Prozessbevollmächtigten des Klägers überlassen worden seien, die vom der Überlassung der Unterlagen am 07.06.1999 bis zum Einreichen eines darauf beruhenden Schriftsatzes am 22.06.1999 lediglich 2 Wochen benötigt hätten.

44

Nach der Überzeugung der Kammer werde dadurch die Erledigung der entscheidungsreifen Klage verzögert; die Verzögerung beruhe auch auf grober Nachlässigkeit des Beklagten (§§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 1 ZPO). Es habe dem Beklagten nach dem Stand des Verfahrens, insbesondere nachdem die Möglichkeit eines Teilurteils bereits im Termin am 13.07.1999 erörtert worden sei, einleuchten müssen, dass die Entscheidung über die Klage im Wege des Teilurteils auf den Termin vom 28.09.1999 habe ergehen sollen.

45

Angesichts dessen sei es aber ebenso einleuchtend gewesen, dass der Antrag auf Ladung des Sachverständigen einen Tag vor diesem Termin - würde ihm entsprochen werden - zu einer Verzögerung dieser Entscheidung führen würde. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die eine solche Anwendung der Verspätungsvorschriften bei nicht insgesamt entscheidungsreifem Rechtsstreit für unzulässig halte, könne die Kammer im vorliegenden Fall nicht folgen. Hier diene der von der Zurückweisung betroffene Sachvortrag nicht zugleich zur Begründung sowohl gegen die Klage als auch für die Widerklage. Der mit der Klage verfolgte Honoraranspruch und der mit der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzanspruch seien rechtlich - da auch nicht durch eine erklärte Aufrechnung miteinander verknüpft - völlig selbständig und der dazugehörige Sachvortrag sei jeweils ein anderer. An einer weiter gehenden Folge aus der Auffassung des Bundesgerichtshofs sei zu Recht Kritik geübt worden, die die Kammer für berechtigt halte. Jedenfalls sei der Auffassung des Bundesgerichtshofs im vorliegenden Fall nicht zu folgen. Es sei dem Kläger nicht zuzumuten, dass auf Grund des verspätet gestellten Antrags auf Anhörung des Sachverständigen die Entscheidung über das ihm zustehende Honorar erneut verzögert werde. In diesem Zusammenhang habe die Kammer das gesamte prozessuale Verhalten des Beklagten gewürdigt, das die Vermutung nahe lege, dass er seine Verurteilung zur Zahlung des geschuldeten Honorars um jeden Preis hinauszögern wolle und allein dies zum Leitmotiv seiner Prozessführung mache. Dies lasse sich insbesondere an der Erhebung der Widerklage erkennen, die im Termin zur mündlichen Verhandlung am 25.05.1999 eingereicht worden sei, auf den bereits die Entscheidung über die Klage hätte ergehen können. Auf die Erwiderung des Klägers zur Widerklage, die dem Beklagten am 28.06.1999 zugestellt wurde, habe er in den mehr als zwei Wochen bis zum Termin am 13.07.1999 nicht repliziert, sondern einen Schriftsatznachlass beantragt, der auch gewährt worden sei. Mit dem Schriftsatz vom 03.08.1999 habe er dann zum Beleg seiner die Widerklage stützenden Behauptungen erstmalig Privatgutachten in den Prozess eingeführt, die ihm seit Mai bzw. seit Dezember 1998 vorgelegen hätten. Es liege auf der Hand, dass ein solches Verhalten mit einer auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung nicht in Einklang zu bringen sei.

b) Das Landgericht gelangt zu seiner dem Beklagten nachteiligen Wertung, weil es den Verlauf des Rechtsstreits nicht in allen Einzelheiten in seine Betrachtung einbezieht. Zu berücksichtigen ist nämlich Folgendes: 46

Bereits in der Klageerwiderung vom 16.10.1998 (Bl. 50, 60 d.A.) hatte der Beklagte geltend gemacht, die vom Kläger erbrachten Leistungen der Objektüberwachung seien nur unvollständig und äußerst mangelhaft erbracht, wodurch sich zahlreiche Mängel am Bauwerk manifestierten, die er derzeit begutachten lasse; die sich daraus ergebenden Ansprüche blieben vorbehalten, die Erhebung einer Widerklage werde angekündigt; diese Ankündigung ist in dem Schriftsatz vom 08.01.1999 (Bl. 92, 111 d.A.) wiederholt worden. Nachdem dem Landgericht das unter dem 14.04.1999 erstattete Gutachten des Sachverständigen Dr. S. vorlag, hat der Kammervorsitzende durch Verfügung vom 16.04.1999 (Bl. 163 d.A.) dessen Übersendung an die Parteien angeordnet und ihnen Gelegenheit gegeben, zu dem Gutachten binnen einer Frist von 3 Wochen Stellung zu nehmen; zugleich hat er Termin auf den 18.05.1999 bestimmt. Mit Schriftsatz vom 12.05.1999 (Bl. 171 ff. d.A.) hat der Beklagte zu dem Gutachten vorläufig Stellung genommen unter Hinweis darauf, dass ihm die vom Sachverständigen verwendeten Unterlagen zum Teil nicht vorlägen; mit Schriftsatz vom 25.05.1999 (Bl. 190 ff. d.A.) hat er die Hilfswiderklage erhoben. Dazu hat der Kläger mit Schriftsatz vom 22.06.1999 Stellung genommen (Bl. 258 ff. d.A.). In der sodann auf den 13.07.1999 verschobenen mündlichen Verhandlung ist dem Beklagten zur Erwiderung auf diesen Schriftsatz ein Schriftsatznachlass eingeräumt worden (Bl. 299 d.A.). In dem fristgerecht nachgereichten Schriftsatz vom 03.08.1999 (Bl. 302 ff. d.A.) 47

hat der Beklagte darauf hingewiesen, dass er die dem Sachverständigen vom Kläger überlassene Fotodokumentation immer noch nicht zur Verfügung gestellt erhalten habe und sich deshalb weiteren Sachvortrag vorbehalte; aus diesem Grund verbiete sich auch der Erlass eines Teilurteils (Bl. 304 d.A.). Mit Verfügung vom 23.08.1999 (Bl. 329 d.A.) hat der Vorsitzende der Kammer die mündliche Verhandlung wieder eröffnet und dem Beklagten Gelegenheit gegeben, die dem Sachverständigen durch den Kläger zur Verfügung gestellten Unterlagen (vier Aktenordner und eine Rolle mit Plänen) einzusehen oder für die Dauer von zwei Wochen abzuholen; zugleich hat er Termin auf den 28.09.1999 bestimmt. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten holte die Unterlagen am 24.08.1999 zur Einsichtnahme ab und gab sie offenbar am 17.09.1999 zurück. Mit Schriftsatz vom 27.09.1999, eingegangen bei Gericht am selben Tag, (Bl. 347 ff. d.A.) hat er ergänzend zu dem Gutachten des Sachverständigen kritisch Stellung genommen und hilfsweise beantragt, den Sachverständigen zu den Einwendungen des Beklagten anzuhören und ihn zur Erläuterung seines Gutachtens zu laden. Auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28.09.1999 hat das Landgericht das angefochtene Urteil erlassen und zugleich einen Beweisbeschluss (Bl. 442 ff. d.A.) verkündet, der 10 Beweisfragen betreffend die Schlechtleistung des Klägers enthält, zu denen 7 Zeugen gehört und das schriftliche Gutachten eines (anderen) Sachverständigen eingeholt werden sollen.

c) Bei diesem Verfahrensablauf ist der Vorwurf, den das Landgericht dem Beklagten macht, nicht begründet. Die Erhebung der Widerklage war von Anfang an angekündigt. Die Stellungnahme zu dem Sachverständigengutachten erfolgte zwar nicht in der gesetzten Dreiwochenfrist. Bereits mit Schriftsatz vom 12.05.1999 hat der Beklagte indes darauf hingewiesen, dass ihm die dem Sachverständigen vom Kläger übergebenen bei der Begutachtung berücksichtigten Unterlagen bisher nicht zur Verfügung gestanden hätten. Auf die Einsicht in diese Unterlagen hatte der Beklagte Anspruch; ohne die Gewährung der Einsicht und die Gewährung einer angemessenen Frist zur Auswertung und Stellungnahme konnte nur unter Verletzung des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) entschieden werden. Wenn das Gericht daraufhin mehr als drei Monate benötigte, um dem Beklagten diese Unterlagen von nicht unerheblichem Umfang auch nur zur Verfügung zu stellen, kann dem Beklagten schlechterdings nicht der Vorwurf grob nachlässiger oder gar verschleppender Prozessführung gemacht werden, weil er für die Anfertigung der Stellungnahme etwa einen Monat benötigte. Daran ändert nichts, dass das Landgericht in der Sitzung vom 13.07.1999 den Erlass eines Teilurteils in Aussicht gestellt hatte. Der Beklagte hat schriftsätzlich darauf hingewiesen, dass der Erlass eines Teilurteils nach der Prozesslage nicht in Betracht komme, und durfte erwarten, dass das Landgericht dem Rechnung trug. 48

2. Auch wenn man davon ausgeht, dass abweichend von den vorstehenden Erwägungen die Voraussetzungen für die Anwendung der Präklusionsvorschriften gegeben waren, durfte das Landgericht über die Klage nicht durch Teilurteil entscheiden. 49

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf Vorbringen nicht in einem Teilurteil als präkludiert zurückgewiesen bzw. nicht zugelassen werden, weil es bei einer Entscheidung durch Teilurteil wegen des anhängig bleibenden Teils des Rechtsstreits nicht zu dessen Verzögerung insgesamt kommt (vgl. BGHZ 77, 306, 307 ff.; BGH NJW 1981, 1217; 1985, 3079, 3080; 1986, 2257, 2258; 1995, 1223, 1224; DtZ 1993, 211; ebenso OLG Düsseldorf NJW 1993, 2543). Der in der Literatur vertretenen Ansicht, dies gelte nicht, wenn der von den Verspätungsfolgen betroffene Vortrag, etwa im Fall der Widerklage, unabhängig sei von dem Vortrag, der den anhängig bleibenden Teil des Rechtsstreits betrifft (vgl. etwa ZPO-MK-Prütting, § 296 Rn. 107; Zöller/Greger, 21. Aufl., § 296 Rn.12, 43; Stein/ Jonas/ Leipold, 21.Aufl., § 296 Rn. 60; Gounalakis MDR 1997, 216 ff., 220; Prütting/Weth ZZP Bd. 50

98 (1985), S. 131 ff., 158 f.), folgt der Senat jedenfalls für Fallgestaltungen wie der im Streitfall nicht. Klagt der Kläger eine Honorarforderung ein und erhebt der Beklagte Widerklage mit der Behauptung, die zu honorierende Leistung sei fehlerhaft, deshalb müsse der Kläger Schadensersatz leisten, so erstrebt der Beklagte und Widerkläger - unabhängig von den nachfolgenden Erwägungen zu c) - im wirtschaftlichen Ergebnis eine Reduzierung der Honorarforderung. Muss der Rechtsstreit wegen der behaupteten Mangelhaftigkeit der zu honorierenden Leistung ohnehin fortgeführt werden, so besteht in der Regel kein Anlass, die Anwendung der Verspätungsvorschriften bereits in einem nur das Honorar betreffenden Teilurteil zuzulassen und damit das Gebot materieller Gerechtigkeit hinter das Bedürfnis nach zügiger Prozessführung zurücktreten zu lassen.

51
Etwas Anderes mag gelten, wenn die Erhebung der Widerklage ersichtlich rechtsmissbräuchlich ist (vgl. BGH NJW 1986, 2257, 2258 a.E.), etwa erfundene Mängel nur vorgeschoben werden, um der Verurteilung auf die Klage hin zu entgehen. Davon kann im Streitfall keine Rede sein. Der Beklagte stützt die von Anfang an angekündigte Widerklage auf detailliert beschriebene, teilweise gutachtlich belegte Mängel, zu denen das Landgericht umfangreich Beweis erheben will. Von einer allgemein auf totale Zahlungsverweigerung angelegten Taktik des Beklagten kann schon deshalb keine Rede sein, weil er bereits Abschlagszahlungen in Höhe von 83.835,00 DM an den Kläger geleistet hat.

52
b) Darüber hinaus kann das Teilurteil keinen Bestand haben, weil das Landgericht einen Antrag des Beklagten auf Erläuterung des vom Gericht eingeholten schriftlichen Gutachtens als verspätet nicht zugelassen hat.

53
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; NJW 1996, 788; 1997, 802; NJW-RR 1987, 339, 340; 1997, 1487, 1488). Der Antrag auf Anhörung des Sachverständigen darf auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, er sei verspätet oder rechtsmissbräuchlich gestellt worden (BGHZ 24, 9, 14; BGH NJW-RR 1997, 1487, 1488). Die Zurückweisung eines solchen Antrags wegen Verspätung kommt - auch wenn er erst nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme zu dem Gutachten und kurz vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung eingegangen ist - nicht in Betracht, wenn seine Zulassung im Hinblick auf das in Aussicht genommene Teilurteil nicht zu einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits insgesamt führen würde (BGH NJW-RR 1997, 1487, 1488).

54
c) Die Entscheidung durch Teilurteil war noch aus einem dritten Grund unzulässig. Die Zahlungsklage war im Hinblick auf die vom Beklagten erhobenen Mängelrügen und den darauf gestützten Schadensersatzanspruch nicht entscheidungsreif.

55
aa) Das Landgericht meint, auf die Mängelrügen komme es deshalb nicht an, weil der Beklagte den geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Klageforderung nicht im Wege der Aufrechnung entgegen gestellt habe. Das ist nach Ansicht des Senats nicht richtig. Das Landgericht lässt außer Acht, dass der Beklagte lediglich eine Hilfswiderklage erhoben und zudem vorgetragen hat, ihm gehe es allein darum, die Schadensersatzforderung, die ihm auf Grund der gravierenden Schlechtleistung des Klägers zustehe, vom Honorar in Abzug zu bringen (Schriftsatz vom 03.08.1999, S. 4 f. = Bl. 305 f. d.A.).

bb) Aus dieser erklärten Absicht hat der Beklagte möglicherweise nicht ausdrücklich die notwendigen klaren Konsequenzen gezogen, indem er lediglich die Hilfswiderklage erhoben hat. Wie die Entscheidung des Landgerichts zeigt, kann sich das Gericht durch die Hilfswiderklage möglicherweise nicht gehindert sehen, der Klage stattzugeben, so dass es - jedenfalls vorläufig - zu dem von dem Beklagten erstrebten Abzug der Schadensersatzforderung von der Honorarforderung nicht kommt. Es ist deshalb zu erwägen, ob das von dem Beklagten verfolgte Prozessziel bei sachgerechter Auslegung nicht dafür spricht, dass eine Aufrechnung tatsächlich erklärt ist. Die Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) muss nicht ausdrücklich abgegeben werden; es reicht aus, wenn der Aufrechnungswille ausreichend klar erkennbar wird (vgl. BGHZ 26, 241; BVerfG, NJW-RR 1993, 764, 765; Palandt/Heinrichs, 59. Auflage, § 388 Rn. 1); bei Unklarheiten darf das Gericht jedenfalls das Vorliegen einer Aufrechnung nicht ohne Hinweis auf deren Notwendigkeit zum Erreichen des erkennbar erstrebten Prozesszieles verneinen (vgl. BVerfG a.a.O.).

cc) Nach Auffassung des Senats war indes eine Aufrechnungserklärung nicht einmal erforderlich, um den aus der behaupteten Mangelhaftigkeit der Architektenleistung folgenden Schadensersatzanspruch dem Honoraranspruch mit der Folge einer Anspruchskürzung entgegenzuhalten (wenn sich auch wegen der nachfolgend beschriebenen Unsicherheit der Rechtslage aus Sicht der Partei die vorsorgliche Abgabe einer Aufrechnungserklärung empfehlen dürfte).

57

Der Senat ist der Ansicht, dass sich der Honoraranspruch des Architekten und ein aus der Mangelhaftigkeit der Architektenleistung hergeleiteter Schadensersatzanspruch nach Kündigung des Architektenvertrages als Posten der zwischen den Vertragsparteien vorzunehmenden Abrechnung gegenüberstehen, so dass sich der Honoraranspruch um den begründeten Schadensersatzanspruch vermindert, ohne dass es einer Aufrechnung bedarf (vgl. OLG Düsseldorf - 5. Zivilsenat -, BauR 1984, 308 f.; OLGR 1992, 94; 1993, 3, 4; OLG Hamm - 17. Zivilsenat -, NJW-RR 1992, 448; BauR 1996, 141, 143; OLG Karlsruhe, OLGR 1998, 17, 19; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Auflage, Rdn. 2577 mit weiteren Nachweisen). Die Gegenansicht, wonach diese Betrachtungsweise nur zutreffen soll, wenn der Besteller die mangelhafte Werkleistung zurückweist und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt (vgl. etwa OLG Düsseldorf - 21. Zivilsenat -, BauR 1974, 203 ff.; - 22. Zivilsenat - NJW-RR 1999, 244; Ingenstau/Korbion, 13. Auflage, VOB/B § 13 Rn. 800), überzeugt nicht. Auch wenn der Besteller das mangelhafte Werk hinnimmt und nur wegen einzelner Mängel Schadensersatzansprüche geltend macht, konzentriert sich das Schuldverhältnis hinsichtlich der nach der teilweisen Erfüllung verbleibenden gegenseitigen Zahlungsforderungen auf einen Anspruch desjenigen, der nach Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche noch etwas zu fordern hat; der Unterschied zwischen voller und teilweiser Nichterfüllung berührt nur das Ausmaß, nicht aber das Prinzip der inhaltlichen Umgestaltung des Schuldverhältnisses (OLG Düsseldorf, OLGR a.a.O.). Die Differenzmethode ist in beiden Fällen gleichermaßen sachgemäß; sie vereinfacht die Abwicklung und führt zu angemessenen Ergebnissen. Da das Abrechnungsverhältnis alleine durch die Geltendmachung der von beiden Vertragsparteien aus dem Werkvertrag hergeleiteten gegenseitigen Ansprüche nach materiellem Recht entsteht, ist es auch dann zu berücksichtigen, wenn der Besteller seinen Schadensersatzanspruch der Klage nicht ausdrücklich entgegen hält, sondern ihn im Wege der Widerklage geltend macht (ebenso OLG Düsseldorf a.a.O.).

58

Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vermag der Senat nichts zu entnehmen, was seine Rechtsauffassung grundlegend in Frage stellen könnte. Der Bundesgerichtshof hat sich zu den maßgeblichen Gesichtspunkten bisher nicht klar und

59

widerspruchsfrei geäußert (vgl. BGH BauR 1972, 185, 187 f.; 1976, 285, 286; 1978, 224, 226; 1982, 290, 291 f.; 1994, 403 f.; NJW 1987, 645, 647; 1992, 317, 318).

Nach Meinung des Senats durfte mithin ein Teilurteil (auch) deshalb nicht ergehen, weil auf Grund der der Kündigung folgenden Geltendmachung von Mängeln an dem Architektenwerk das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis zu einem Abrechnungsverhältnis umgestaltet worden ist und deshalb bereits im Klageverfahren zu prüfen ist, inwieweit der Mangel einwand begründet ist und zu einer Reduzierung der Honorarforderung führt. 60

3. Da der Erlass eines unzulässigen Teilurteils einen wesentlichen Verfahrensmangel darstellt, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landgericht zurück zu verweisen (§ 539 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung des Senats (§ 540 ZPO) könnte nur erfolgen, wenn er den in erster Instanz anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits an sich ziehen würde; dazu besteht kein Anlass. 61

Das Landgericht wird nunmehr dem Antrag des Beklagten auf Anhörung des Sachverständigen stattzugeben und die Einwendungen des Beklagten gegen das geltend gemachte Honorar alsdann auch unter Berücksichtigung des Ergebnisses dieser Anhörung erneut zu würdigen haben. Die Prüfung der Mängelrügen des Klägers ist durch den vom Landgericht verkündeten Beweisbeschluss bereits vorbereitet (zur Beweislast vgl. BGH BauR 1999, 1319, 1323). 62

Die Entscheidung über die Kosten der Berufung ist dem Landgericht zu übertragen, weil noch nicht fest steht, welche Partei endgültig obsiegt. 63

Die Beschwer beider Parteien übersteigt 60.000,00 DM. 64

Berufungsstreitwert: 76.952,10 DM 65