
Datum: 20.03.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 76/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0320.21U76.02.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 129/99

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 20. März 2002 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 105.527,19 € (206.393,36 DM) nebst 9,5 % Zinsen aus 72.245,54 € seit dem 02.05.1996 und 9,5 % Zinsen aus weiteren 33.281,65 € seit dem 06.07.1997 zu zahlen.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der gerichtlichen Auslagen, die für die in zweiter Instanz geladenen Zeugen N, L und T entstanden sind. Diese Auslagen haben beide Parteien je zur Hälfte zu tragen.

Die außergerichtlichen Auslagen der Streithelferin der Beklagten werden nicht erstattet.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages

abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:	1
A. Sachverhaltsdarstellung	2
Der Senat nimmt Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Der Sachverhalt stellt sich nunmehr wie folgt dar:	3
Der Kläger begehrt Restwerklohn für Heizungs- und Sanitärarbeiten, die er bei dem in den Jahren 1995 bis 1997 vom der Beklagten erstellten Bauvorhaben F-Straße in F, einem Mehrfamilienhaus mit 14 Wohnungen, ausführte.	4
Seine Angebote für die Sanitärarbeiten (Bl. 192-208 d.A.) und für Heizungsinstallationsarbeiten (Bl. 209-220 d.A.) gab der Kläger am 31.01.1995 ab. Über die Vergabe verhandelten die Parteien am 21.08.1995 (Protokolle Bl. 17-21 d.A. und Bl. 221-225 d.A.). Mit Schreiben vom 23.08.1995 (Bl. 15/16 d.A.) erteilte die Beklagte dem Kläger den Auftrag für die angebotenen Arbeiten.	5
Im Zuge des Baufortschritts verlangte die Beklagte vom Kläger die Ausführung verschiedener Arbeiten, die der Kläger mit seinen Rechnungen Nrn. #####1, #####2, #####3, #####4, #####5, #####6, #####7, #####8 und #####9 (Bl. 168-179, 226 d.A.) abrechnete. Zu einem Teil der Rechnungen ist streitig, ob sie die Durchführung von Nachbesserungsarbeiten betreffen. Die Rechnung des Klägers Nr. #####2 (Bl. 177 d.A.) verhält sich über Arbeiten an einem anderen Bauvorhaben.	6
Am 06.03.1996 stellte der Kläger seine erste Schlussrechnung über 600.924,56 DM, der er eine Massenberechnung beifügte (Bl. 231-281 d.A.). Gleichzeitig beehrte er zu den von der Beklagten bereits gezahlten Abschlägen in Höhe von 443.900,00 DM eine weitere Akontozahlung in Höhe von 157.000,00 DM. Diese mahnte er mit Schreiben vom 24.04.1996 (Bl. 181 d.A.) an. Die Beklagte, die die Berechtigung der abgerechneten Forderung bestritt, leistete keine weiteren Zahlungen.	7
Für die Heizungsarbeiten erstellte der Kläger sodann am 12.02.1997 eine neue Schlussrechnung (Bl. 30 d.A.) mit einem pauschalen Werklohn von 248.636,45 DM. Für die Sanitärarbeiten stellte er am 18.02.1997 eine neue Schlussrechnung über 417.982,34 DM (Bl. 31-58 d.A.) aus.	8
Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.06.1997 (Bl. 59-69 d.A.) forderte der Kläger die Beklagte zur Zahlung restlichen Werklohns auf.	9
Die Parteien stritten in der Folgezeit über die Berechtigung der in den Schlussrechnungen vom 12.02.1997 und 18.02.1997 bezeichneten Beträge.	10

Zur Beilegung des Streites schlossen sie am 23.12.1997/31.12.1997 eine Schiedsgutachtervereinbarung (Bl. 89-95 d.A.). In dieser vereinbarten sie die Ermittlung streitiger Massen und Stundenlohnarbeiten für die Sanitär- und die Heizungsarbeiten sowie die Beurteilung der von der Beklagten erhobenen Mängelrügen. In Bezug auf den von dem Kläger für die Heizungsarbeiten in Ansatz gebrachten Pauschalpreis legten sie eine Neuabrechnung auf Einheitspreisbasis bei einer insgesamt 20%igen Massenabweichung fest.

Der als Schiedsgutachter bestellte sachverständige Zeuge Dipl.-Ing. Q legte am 09.02.1999 sein Schiedsgutachten vor (Bl. 106-162 d.A.). 12

Gegen das Schiedsgutachten erhob die Beklagte Einwände. Sie hielt das Gutachten für offenbar unrichtig und damit unverbindlich. Die von ihr verweigerte Vergütung klagte der Schiedsgutachter im Verfahren 1 O 198/00 Landgericht Essen ein und erstritt ein erstinstanzlich obsiegendes Urteil. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung verhandelte der Senat am 26.06.2001 (21 U 12/00), wobei der Sachverständige Dipl.-Ing. S ein mündliches Gutachten erstattete. Nach der Gutachtenerstattung nahm die Beklagte ihre Berufung noch im Senatstermin zurück. 13

Mit seiner im September 1999 erhobenen Klage hat der Kläger die Zahlung von 208.172,28 DM (= 106.436,80 €) Restwerklohn begehrt und hierzu ausgeführt: 14

Auf der Grundlage des erstellten Schiedsgutachtens bestehe für die Sanitärarbeiten ein Werklohnanspruch in Höhe von 382.732,95 DM (390.543,83 DM ./. 2% vereinbarter Nachlass). Für die Heizungsarbeiten stehe ihm der pauschale Werklohn von 248.636,45 DM zu. Von dem Gesamtwerklohn (631.369,40 DM) seien 0,5 % als Umlage und gezahlte 443.900,00 DM in Abzug zu bringen, so dass ein Forderungsbetrag von 184.312,55 DM verbleibe. Für Zusatzarbeiten stünden ihm weitere 23.859,73 DM zu. 15

Der Kläger hat beantragt, 16

die Beklagte zu verurteilen, an ihm 106.436,80 € nebst 9,5 Zinsen ab dem 02.05.1996 und von 26.163,97 € seit dem 06.07.1997 zu zahlen. 17

Die Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie hat gemeint, dass die Werklohnforderung des Klägers nicht fällig sei, weil er keine prüfbaren Schlussrechnungen vorgelegt habe. Die Schlussrechnungen seien auch inhaltlich unzutreffend. Das vom Dipl.-Ing. Q erstellte Schiedsgutachten sei offenkundig unrichtig und könne daher der Berechnung des Werklohns nicht zugrunde gelegt werden. 20

Das Landgericht hat am 24.11.1999 ein Teilurteil (Bd. II, Bl. 388-397 d.A.) erlassen, das der Senat mit Urteil vom 01.02.2001 (21 U 34/00, Bd. III, Bl. 511-514 d.A.) als unzulässiges Teilurteil aufgehoben hat. 21

Das Landgericht hat sodann durch Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. M Beweis erhoben. Mit seinem Urteil vom 20.03.2002 (Bl. 651-689 d.A.) hat es der Klage in Höhe von 64.369,76 € nebst 9,5% Zinsen ab dem 07.07.1997 stattgegeben und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: 22

Die Parteien seien an ihre Schiedsgutachtervereinbarung gebunden, mit der sie im Wege des Vergleiches Art und Umfang der wechselseitigen Ansprüche neu bestimmt und - teilweise abweichend von der damaligen Vertragslage und vom Gewährleistungsrecht der VOB/B - neu geregelt hätten.

Der Kläger könne allerdings nicht auf der Grundlage des vom Dipl.-Ing. Q erstellten Schiedsgutachtens vom 09.02.1999 abrechnen, da das Gutachten entsprechend § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB offenbar unrichtig und damit unverbindlich sei. Das folge insbesondere aus den Feststellungen des Sachverständigen M zur Bewertung der Heizungsinstallationsarbeiten, die zeigten, dass der Schiedsgutachter offensichtliche Fehler bei der Leistungsbestimmung gemacht habe, die das Gesamtergebnis verfälschten. Er habe auf unrichtiger Tatsachengrundlage bewertet. So habe er eine von den Parteien unstreitig gestellte Doppelberechnung der Pumpe Wilo 23 nicht berücksichtigt, bei den Wassermengenzählern habe er den Einbau einer kostenaufwendigen elektronischen Version angenommen, obwohl nur mechanische Zähler vorhanden gewesen seien. Den Minderwert für den kleineren Heizkessel habe er deutlich zu gering bewertet. Bei den Massenberechnungen des Schiedsgutachters zu den Heizungsinstallationen habe der SV M erhebliche Abweichungen zu den tatsächlich ausgeführten Massen festgestellt.

24

Der Werklohnanspruch sei daher auf der Grundlage der schiedsgutachterlichen Vereinbarung nach den Feststellungen des Sachverständigen M zu berechnen. Hierbei ergebe sich bei den Massen der Heizungsarbeiten eine Abweichung von mehr als 20% von den Massen des Pauschalpreises, so dass die Heizungsarbeiten auf der Basis der vertraglich festgelegten Einheitspreise zu vergüten seien. Für zusätzliche Arbeiten könne der Kläger gem. § 2 Nr. 6 VOB/B 11.673,57 DM verlangen. Weitere Zusatzleistungen habe die Beklagte nicht zu vergüten.

25

Bei dieser Abrechnung ergebe sich eine Werklohnforderung des Klägers von brutto 373.295,30 DM für Sanitärarbeiten , von brutto 179.022,40 DM für Heizungsarbeiten und von brutto 11.673,57 DM für Zusatzaufträge, zusammen 563.991,27 DM, aus der sich abzüglich der 0,5%igen Umlage und der geleisteten Zahlungen eine Restwerklohnforderung in Höhe von 117.271,32 DM errechne, zu der noch 8.625,00 DM aus der unstreitigen Rechnung Nr. #####2 zu addieren seien. Das ergebe die Urteilssumme von 125.896,32 DM = 64.369,76 €.

26

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung. Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag und trägt zur Begründung insbesondere vor:

27

Das Landgericht habe das Schiedsgutachten Q zu Unrecht als nicht verbindlich angesehen. Es habe die von der Rechtsprechung zur offenbaren Unrichtigkeit eines Schiedsgutachtens entwickelten Grundsätze nicht richtig angewandt. Der Sachverständige S habe vielmehr in dem Verfahren 21 U 12/00 OLG Hamm zutreffend aufgezeigt, dass das Schiedsgutachten nicht offenbar unrichtig sei. Die vom Landgericht aufgezählten Fehler im Schiedsgutachten seien nicht schwerwiegend. Soweit die Nachberechnungen des Sachverständigen M zu Differenzen bei den Massen der Heizungsinstallationen geführt hätten, seien diese Nachberechnungen zum Nachteil des Klägers fehlerhaft erfolgt. Bei den Heizungsarbeiten habe der sachverständige Zeuge Q keine mehr als 20 %ige Abweichung festgestellt, so dass insoweit nach dem vereinbarten Pauschalpreis abzurechnen sei. Wenn der Senat dem nicht folge, greife er hilfsweise die Abzüge des Landgerichts bei den Positionen Sanitär: 2.038, 2.039 und Heizung: 1.001, 1.004, 1.010, 1.011 und 1.012, 2.002, 3.003, 3.001 und 7.001f an. Das Landgericht habe auch die sich aus seinen Zusatzrechnungen ergebenden Werklohnansprüche zu Unrecht gekürzt.

28

Der Kläger beantragt,	29
abändernd die Beklagte zu verurteilen, an ihn insgesamt 106.436,80 € nebst 9,5 % Zinsen von 80.272,83 € ab dem 02.05.1996 und von 26.163,97 € ab dem 06.07.1997 zu zahlen.	30
Die Beklagte beantragt,	31
die Berufung zurückzuweisen.	32
Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens trägt sie insbesondere vor:	33
Das Schiedsgutachten sei offenbar unrichtig und deswegen vom Landgericht zu Recht als unverbindlich angesehen worden. Es sei im Ergebnis unzutreffend und weise schwerwiegende Begründungsmängel auf. Der Schiedsgutachter sei in einigen Punkten von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen. Er habe die Pumpe Wilo 3 doppelt berechnet, sei von unzutreffenden elektronischen Zählern ausgegangen und habe den Minderwert für den kleineren Heizkessel zu gering bemessen. Das seien offensichtlich vermeidbare Fehler gewesen, die auf einer nachlässigen Bearbeitung beruhten. Die Massenberechnungen des Sachverständigen M seien zutreffend, der Schiedsgutachter habe vielmehr verkannt, dass die Massenberechnungen des Klägers bei den Heizungsinstallationen um mehr als 20 % von den festgestellten Massen abwichen. Im übrigen sei der Schiedsgutachter nicht in der Lage gewesen, die Massen zutreffend zu bewerten, weil ihm die Revisions- und Aufmaßunterlagen nicht vorgelegen hätten. Dass er diese Unterlagen nicht herangezogen habe, stelle ein erhebliches Versäumnis dar. Außerdem weise das Schiedsgutachten noch weitere, bereits in erster Instanz vorgetragene Mängel auf, auf die das Landgericht gar nicht mehr eingegangen sei.	34
Das Landgericht habe die Werklohnforderung des Klägers auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen M zutreffend ermittelt. Auch die Angriffe des Klägers gegen einzelne Rechnungspositionen seien unberechtigt. Für die Zusatzleitungen schulde die Beklagte keine weitere Vergütung, das habe das Landgericht ebenfalls zutreffend festgestellt.	35
Die Parteien haben sich im Senatstermin vom 27.02.2003 über die Abrechnung der Zusatzleistungen verständigt und vereinbart, dass dem Kläger - zusätzlich zu dem insoweit vom Landgericht bereits zugesprochenen Betrag - die Hälfte des jetzt noch streitigen Betrages zugesprochen wird.	36
Der Senat hat die Akten des Zivilrechtsstreits 1 O 1/98 Landgericht Essen zu Informationszwecken beigezogen und durch die Vernehmung des sachverständigen Zeugen Dipl.-Ing. Q sowie durch mündliche Gutachten der Sachverständigen Dipl.-Ing. S und Dipl.-Ing. M Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Zeugenvernehmung und der mündlichen Sachverständigengutachten wird auf den Berichterstattevermerk zu dem Senatstermin vom 27.02.2003 Bezug genommen.	37
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die bezeichneten Urkunden und den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	38
B. Begründung	39
Die Berufung des Klägers ist überwiegend begründet.	40
	41

Dem Kläger steht gem. § 631 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B eine Restwerklohnforderung in Höhe von 105.527,19 € (206.393,26 DM) zu.

I.

Die Beklagte hat die Sanitär- und die Heizungsarbeiten nach Maßgabe des Schiedsgutachtens zu vergüten, da dieses für die Parteien verbindlich ist (vgl. II.). Hiernach schuldet sie für die Sanitärarbeiten 382.732,95 DM Werklohn und für die Heizungsarbeiten den Pauschalpreis von 248.636,48 DM. Für die Zusatzarbeiten (ohne die Rechnung Nr. 60.849) kann der Kläger nach der von den Parteien im Senatstermin getroffenen Vereinbarung weitere 13.455,65 DM verlangen, die vom Landgericht zugesprochenen 11.763,57 DM zuzüglich 1.782,08 DM (der Hälfte des noch streitigen Betrages von 3.564,16 DM). Hieraus ergibt sich folgende Gesamtabrechnung:

Position:	Betrag:
Sanitärarbeiten	382.732,95 DM
Heizungsarbeiten	<u>248.636,48 DM</u>
zus.	631.369,43 DM
./ 0,5 % Umlage	3.156,82 DM
./ Zahlungen	<u>443.900,00 DM</u>
zus.	184.312.61 DM
zzgl. Rechnung Nr. 60.849	8.625,00 DM
zzgl. Zusatzleistungen	<u>13.455,65 DM</u>
Restwerklohn	206.393,26 DM
Betrag in Euro	105.527,19 €

II.

Das von dem sachverständigen Zeugen Q am 09.02.1999 erstattete Schiedsgutachten ist verbindlich und nicht offenbar unrichtig. Es weist lediglich kleinere Fehler auf, die das Gesamtergebnis nicht verfälschen. Die Parteien sind daher an die Berechnung des Werklohns gebunden, die der Schiedsgutachter vorgenommen hat. Hiernach hat die Beklagte für die Sanitärarbeiten 382.732,95 DM Werklohn und für die Heizungsarbeiten den Pauschalpreis von 248.636,48 DM zu zahlen. Bei diesem Pauschalpreis hat es nach der Schiedsgerichtsvereinbarung der Parteien zu verbleiben. Nach den Feststellungen des Schiedsgutachters weicht der für die Heizungsarbeiten auf Einheitspreisbasis abzurechnende Werklohn um weniger als 20 % von dem Pauschalpreis ab.

Zur Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens im Einzelnen:

1.

Auf den Schiedsgutachtervertrag der Parteien sind - mangels anderer Vereinbarung - die §§ 317 bis 319 BGB anzuwenden. Das Schiedsgutachten ist für die Parteien nur dann unverbindlich, wenn es offenbar unrichtig ist. Eine derartige Unrichtigkeit liegt vor, wenn sich einem sachkundigen und unbefangenen Beobachter - sei es auch erst nach eingehender

Prüfung - offensichtliche Fehler aufdrängen, die das Gesamtergebnis verfälschen. Sie ist darüber hinaus auch dann gegeben, wenn die Ausführungen des Sachverständigen so lückenhaft sind, dass selbst der Fachmann das Ergebnis aus dem Zusammenhang des Gutachtens nicht überprüfen kann, BGH NJW 2001, 3775 (3776f).

Allerdings führt nicht jeder Fehler zur offenbaren Unrichtigkeit. Bloße Zweifel oder kleinere Fehler der Leistungsbestimmung haben die Parteien hinzunehmen. Andernfalls würde der mit der Bestellung eines Schiedsgutachters verfolgte Zweck, ein möglicherweise langwieriges und kostspieliges Gerichtsverfahren zu vermeiden, in Frage gestellt, BGH NJW 1996, 452 (454). 50

Ob ein Gutachten offenbar unrichtig ist, ist nach dem Sachverhalt zu beurteilen, der für den Gutachter bei der Erstellung des Gutachtens erkennbar war, BGH NJW 1983, 2244 (2245). Die Tatsachen, aus denen sich die offenbare Unrichtigkeit des Gutachtens ergeben sollen, hat die Partei, die sich auf die Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens beruft, darzulegen und nachzuweisen. 51

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist das Schiedsgutachten des sachverständigen Zeugen Q nicht offenbar unrichtig. Der Schiedsgutachter hat weder den zu beurteilenden Sachverhalt lückenhaft ermittelt noch ein lückenhaftes Gutachten erstellt (2.). Die Fehler des Schiedsgutachtens sind eher unbedeutend und stellen keine Verfälschung des Gesamtergebnisses dar (3.). Die weitergehenden Abgriffe der Beklagten gegen die Richtigkeit des Schiedsgutachtens und die Unparteilichkeit des Schiedsgutachters gehen fehl (4.) 52

2. 53

Der Schiedsgutachter hat den zu beurteilenden Sachverhalt nicht lückenhaft ermittelt und auch kein lückenhaftes Gutachten erstellt. 54

Nach der Schiedsgerichtsvereinbarung hatte der Schiedsgutachter die tatsächlich ausgeführten Massen ermitteln, wobei die Parteien das vom Schiedsgutachter zu beachtende Verfahren nicht näher festgelegt hatten. Aufgrund dieser Vereinbarung durfte der Schiedsgutachter ein für die fachgerechte Ermittlung der ausgeführten Massen übliches und sachgerechtes Verfahren wählen. 55

Diesen Anforderungen ist der sachverständige Zeuge Q bei der Erstellung des Schiedsgutachtens gerecht geworden. Er hat den Umfang der vom Kläger erbrachten Leistungen in mehreren Ortsterminen und unter Zuhilfenahme der ihm von den Parteien überlassenen Montage- bzw. Revisionspläne beurteilt. Das war sach- und fachgerecht, wie auch die Sachverständigen M und S dem Senat bestätigt haben. 56

Dass der Schiedsgutachter weitergehende Aufmaße und Revisionspläne, die nach dem Vortrag der Beklagten zur Verfügung gestanden haben sollen, nicht berücksichtigt hat, ist ihm nicht vorzuwerfen. Er hat die Parteien um die Vorlage vorhandener Pläne gebeten und darauf hin nur die von ihm auch berücksichtigten Pläne erhalten. Dies haben der Schiedsgutachter und die Parteivertreter im Senatstermin übereinstimmend bekundet. 57

Der Schiedsgutachter konnte die Massen unter Zuhilfenahme der ihm überlassenen Pläne beurteilen, auch wenn die Pläne mit der Bauausführung zum Teil nicht übereinstimmten. Trotz der Abweichungen konnten die vom Baufortschritt verdeckten Massen mit Hilfe zur Verfügung gestellten Pläne zuverlässig beurteilt werden, wie der Schiedsgutachter und die 58

Sachverständigen M und S glaubhaft bekundet haben.

Dem Schiedsgutachter ist nicht vorzuwerfen, dass er sich zur Beurteilung der nicht mehr sichtbaren Bauteile auch auf Angaben der bei den Ortsterminen anwesenden Parteivertreter gestützt hat, um das mit erheblichen Kosten verbundene Öffnen von Bauteilen zu vermeiden. Der sachverständige Zeuge Q hat hierzu ausgeführt, dass er seinem Gutachten die übereinstimmenden Angaben beider Parteien oder die Angaben einer Partei, die von Seiten der anderen Partei nicht bestritten worden seien, zugrunde gelegt habe. Auch das ist nicht zu beanstanden. Beide Parteien sind fachkundig. Von ihnen konnte der Schiedsgutachter daher fachlich zutreffende Angaben und den Widerspruch gegen die aus ihrer jeweiligen Sicht fachlich unzutreffenden Angaben erwarten. Ihren übereinstimmenden Angaben bzw. den von einer Partei unbestrittenen vorgetragenen Angaben durfte der Schiedsgutachter folgen, sofern ihm seine Feststellungen vor Ort keine Veranlassung gaben, an der Richtigkeit der Angaben zu zweifeln. Auch diese Verfahrensweise des Schiedsgutachters ist von den Sachverständigen S und M gebilligt worden.

Abgesehen von der Sachverhaltsermittlung ist auch die Darstellung des Schiedsgutachtens fachgerecht und für einen Sachkundigen hinreichend nachvollziehbar. Das Schiedsgutachten nennt die Grundlagen für die Beurteilung des Sachverhaltes und geht mit einer detaillierten und nachvollziehbaren Aufstellung auf die einzelnen Rechnungspositionen ein, zu denen es die vom Schiedsgutachter gewonnenen Ergebnisse mitteilt.

3.

Dem Schiedsgutachter sind bei der Beurteilung einige sachliche Fehler unterlaufen, die aber insgesamt unbedeutend sind und das Gesamtergebnis nicht verfälschen. Sie betreffen einen Anteil von ca. 3.400,00 DM netto, das sind weniger als 1% des gesamten Werklohns.

So hat der Schiedsgutachter übersehen, dass der Kläger eine Wilo-Pumpe und eine 80 l Druckbehälter doppelt in Rechnung gestellt hatte. Der Schiedsgutachter hat die Pumpe und den Druckbehälter bei den Sanitärarbeiten unter den Pos. 2.030 und 2.031 (netto 694,13 DM und 1.737,12 DM) berücksichtigt und dann noch einmal bei den Heizungsarbeiten unter den Pos. 3.013b und 3.001a (für netto 775,00 DM und 1.730,00 DM).

Hinzukommt, dass der Schiedsgutachter vom Einbau elektronischer Wassermengenzähler ausgegangen ist, obwohl der Kläger nur mechanische Zähler eingebaut hatte. Das betrifft die Pos. 2.038, 2.039 der Sanitärarbeiten, bei denen der Schiedsgutachter für insgesamt 28 Zähler netto 6.567,40 DM angesetzt hat, während der Sachverständige M zu Abzügen von 32,00 DM netto pro Zähler, insgesamt 896,00 DM netto, kommt (Gutachten vom 26.11.2001, S.11).

4.

Die von der Beklagten vorgetragenen weiteren Einwände gegen das Schiedsgutachten und gegen die Unparteilichkeit des Schiedsgutachters greifen nicht durch.

a)

Dass der Schiedsgutachter den Minderwert für den kleineren Heizkessel (Pos. 1.001 der Heizungsarbeiten) mit lediglich netto 568,30 DM bemessen hat, ist ihm nicht vorzuwerfen. Er hat dies damit begründet, dass er bei dieser Position den Minderwert berücksichtigt habe, den er der ihm vorgelegten, im Auftrag der Beklagten von ihrer Streithelferin geprüften

Rechnung entnommen habe. Diese Einschätzung des Schiedsgutachters war vertretbar, da ihm die Beklagte die Rechnungsprüfung zur Begründung ihrer Rechnungskürzungen zugänglich gemacht hatte, ohne darauf hinzuweisen, dass sie sich an den Ergebnissen der Rechnungsprüfung nicht festhalten lassen wolle.

b) 69

Dem Schiedsgutachter kann auch keine fehlerhafte Ermittlung der Massen bei den Heizungsarbeiten vorgehalten werden. 70

Der Senat hat die in der Aufstellung des Sachverständigen M vom 15.03.2002 (Bl. 693 d.A.) dargestellten Unterschiede bei der Bewertung der Massen der Heizungsinstallation mit den Sachverständigen M und S sowie mit dem sachverständigen Zeugen Q im Einzelnen erörtert und hierbei keine fehlerhafte Massenermittlung des Schiedsgutachters feststellen können: 71

Dass der Schiedsgutachter bei der Pos. 2.002 den Einbau von 16 Heizkörpern angenommen hat, ist nicht zu beanstanden. Die 16 Stück Heizkörper sind tatsächlich eingebaut worden, wie auch der Sachverständige M bestätigt hat. Der Sachverständige M hat 7 der eingebauten Heizkörper nicht zum Gewerk des Klägers gerechnet, nachdem ihm die jeweiligen Wohnungseigentümer bei seinem Ortstermin erklärt hatten, die Heizkörper selbst bezahlt zu haben. Eine derartige Angabe hat der sachverständige Zeuge Q bei den von ihm durchgeführten Ortsterminen nicht, insbesondere auch nicht von den anwesenden Parteivertretern erhalten. Bei dieser Sachlage durfte der Schiedsgutachter davon ausgehen, dass die von ihm gezählten Heizkörper zum Gewerk des Klägers gehörten, zumal die Heizkörper auch ihrer Art nach so, wie von ihm vorgefunden, ausgeschrieben waren. Außerdem ergab ich aus der im Auftrag der Beklagten geprüften Schlussrechnung lediglich eine (nicht auf andere Weise erläuterte) Massenkürzung, die der Schiedsgutachter so verstehen durfte, dass die Beklagte nur die Anzahl der eingebauten Heizkörper in Frage stellen wollte. Auch insoweit haben die Sachverständigen M und S die Darstellung des Schiedsgutachters als fachlich zutreffend bestätigt. 72

Nach der Pos. 4.006 hat der Schiedsgutachter o.P. (ohne Position) den Einbau von Kupferrohrleitungen angenommen. Dass dies unzutreffend war, kann der Senat nicht feststellen. 73

Der sachverständige Zeuge Q hat hierzu glaubhaft erklärt, dass ihm der Kläger vor Ort erklärt habe, dass Kupferrohre eingebaut worden seien, dass der anwesende Vertreter der Beklagten dem nicht widersprochen habe und dass er die Massen mit Hilfe der ihm überlassenen Pläne ermittelt habe. 74

Dass sich der Schiedsgutachter bei der Beurteilung des verbauten und nicht mehr sichtbaren Materials auf die Angaben der Parteien verlassen hat, ist - wie bereits dargestellt - nicht zu beanstanden. Er durfte der insoweit unbestritten gebliebenen Angabe des Klägers folgen. Nach den vorgelegten Plänen durfte er auch vom Einbau von Kupferrohren in dem von ihm angenommenem Umfang ausgehen. Die Sachverständigen M und S haben die Beurteilung des Schiedsgutachters bestätigt, wobei der Sachverständige M bekundet hat, dass er die Positionen in seinem Gutachten weitgehend gestrichen habe, weil er den Einbau von Kupferrohren nicht mehr sehen können und sich in seinem Gutachten nicht dazu geäußert habe, ob anstelle der Kupferrohre Stahlrohre eingebaut worden seien. 75

Dass der Schiedsgutachter bei der Pos. 4.011 zu Unrecht 50 kg Profilstahl in Ansatz gebracht, ist ebenfalls nicht festzustellen. Der Ansatz beruht auf einer Schätzung des 76

Schiedsgutachters, die der Sachverständige S für plausibel gehalten hat, wobei er zudem mit dem Schiedsgutachter die Auffassung vertreten hat, dass der zum Befestigen der Steigleitungen benötigte Profilstahl gesondert abgerechnet werden könne. Dem hat der Sachverständige M zwar widersprochen, weil er den verbauten Profilstahl nicht habe sehen können und das Befestigungsmaterial seiner Auffassung nach auch nicht gesondert abzurechnen sei. Hierbei hat der Sachverständige M aber zugleich darauf hingewiesen, dass er die Auffassung des Schiedsgutachters auch für vertretbar halte, so dass der Senat insoweit jedenfalls keinen Fehler des Schiedsgutachters feststellen kann.

Die Anzahl der eingebauten Heizkreisverteiler (Pos. 5.006 bis 5.012) hat der Schiedsgutachter zutreffend ermittelt, wie nunmehr auch der Sachverständige M im Senatstermin am 27.02.2003 eingeräumt hat. 77

Dem Schiedsgutachter kann auch nicht vorgehalten werden, dass er bei der Pos. 5.017 94 eingebaute Thermostate berücksichtigt hat. Der sachverständige M hat eingeräumt, dass eine derartige Anzahl von Thermostaten verbaut worden sein könne, wobei er - ebenso wie bei den Heizkörpern - nur 35 Thermostate berücksichtigt habe, weil ihm von Seiten der Wohnungseigentümer erklärt worden sei, dass diese die übrigen Thermostate selbst bezahlt hätten. Demgegenüber hat der Schiedsgutachter glaubhaft vorgetragen, dass er keinen Hinweis darauf erhalten habe, dass die von ihm insgesamt gezählten 94 Thermostate nicht oder teilweise nicht zum Gewerk des Klägers gehören sollten. 78

Die im Schiedsgutachten berücksichtigte Anzahl von 131 Stellantrieben (Pos. 5.019) hat der Sachverständige Zeuge Q anhand der ihm vorgelegten Pläne mit stichprobenartigen Kontrollen ermittelt, bei denen ihm nicht aufgefallen sei, so seine glaubhafte Aussage im Senatstermin, dass zum Teil lediglich Handräder und keine Stellantriebe verbaut worden seien. Auch insoweit kann der Senat keine fehlerhafte Massenermittlung feststellen. Dass sich Schiedsgutachter bei der Anzahl der festzustellenden Stellantriebe auf die ihm vorgelegten Pläne und ihre stichprobenartige Überprüfung vor Ort verließ, ist nicht zu beanstanden. Es steht auch nicht fest, dass ihm bei ordnungsgemäß durchgeführten Stichproben der Einbau von Handrädern hätte auffallen müssen. Der Sachverständige M hat bei seinen stichprobenartigen Kontrollen zwar einige Handräder ermittelt. Er konnte aber nicht bekunden, dass diese in einer Größenordnung vorhanden waren, dass sie auch dem Schiedsgutachter hätten auffallen müssen. Die von ihm geschätzten 25 Stellantriebe beruhen nach seinen Angaben ebenfalls auf einer Schätzung, die den Einbau einer größeren Anzahl von Stellantrieben nicht ausschließt. 79

Letztendlich durfte der Schiedsgutachter seinem Gutachten auch den Einbau von insgesamt 241 Kompaktdämmhülsen (Pos. 6.001) zugrunde legen. Auch diese Masse hat er anhand der ihm vorgelegten Pläne ermittelt, zu denen ihm die Parteien mitgeteilt hatten, dass die verzeichneten Kompaktdämmhülsen auch verbaut worden seien. Das hat der sachverständige Zeuge Q ebenfalls glaubhaft bekundet. Dass der Sachverständige M nur den Einbau von 48 Kompaktdämmhülsen feststellen konnte, steht dem nicht entgegen. Der Sachverständige hat bekundet, nur die von ihm festgestellten Kompaktdämmhülsen berechnet zu haben und im übrigen gemeint, dass auch die vom Schiedsgutachter ermittelte Anzahl zutreffen könne. 80

c) 81

Dem Schiedsgutachter kann darüber hinaus nicht vorgehalten werden, dass er den von den Parteien bei den Pos. 5.001 bis 5.006 der Heizungsarbeiten mit ihren Schreiben vom 24.09.1998 (Bl. 321f d.A.) und vom 30.09.1998 (Bl. 323 d.A.) vereinbarten Abschlag als 82

Ausgleich für den Verzicht auf eine weitere Überprüfung der Massen der Fußbodenheizung in nicht zutreffender Weise berücksichtigt hat.

Der Schiedsgutachter hat in seinem Gutachten einen 10%igen Nachlass auf die Heizungsrohre in Ansatz gebracht und dies dem Senat glaubhaft dahingehend erläutert, dass er diesen Nachlass dem ihm übersandten Schreiben der Klägervertreter vom 24.09.1998 entnommen habe, zu dem ihm von Seiten der Beklagten keine abweichende Darstellung übersandt worden sei. Aufgrund des fehlenden Widerspruchs der Beklagten durfte der Schiedsgutachter den Inhalt des ihm übersandten Schreibens vom 24.09.1998 als gemeinsame Vereinbarung der Parteien auffassen. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass sich der Nachlass - so wie vom Schiedsgutachter berechnet - allein auf die Rohre der Fußbodenheizung beziehen sollte. 83

d) 84

Die Beklagte hält dem Schiedsgutachter zu Unrecht vor, dass er die Verpflichtung des Klägers, mit der Schlussrechnung Revisionszeichnungen und Aufmaßblätter vorzulegen, nicht berücksichtigt habe. Eine derartige Verpflichtung des Klägers sah der von den Parteien abgeschlossene Schiedsgutachtervertrag nicht mehr vor, der die Grundlage für die Tätigkeit des Schiedsgutachters war. 85

e) 86

Auch der Vorwurf der Beklagten, der Schiedsgutachter habe, z.B. bei den Pos. Sanitär 2.028ff und Heizung 4.006ff, höhere Massen angenommen habe, als der Kläger selbst abgerechnet habe, was auch Zweifel an seiner Unparteilichkeit begründe, ist unberechtigt. Das gleiche gilt für den Vorwurf, der Schiedsgutachter habe bei einigen Positionen zusätzliche Positionen mit a), b) oder c) beigefügt, die der Kläger selbst nicht abgerechnet habe, es sei aber nicht seine Aufgabe gewesen, die Rechnung des Klägers schlüssig zu machen. 87

Nach der Schiedsgerichtsvereinbarung der Parteien hatte der Schiedsgutachter die tatsächlich ausgeführten Massen zu ermitteln und mithin auch Mehr- und Minderleistungen aufzuzeigen. So sollte er bei den Sanitärarbeiten feststellen, ob "die berechneten Massen den eingebauten entsprechen". Das verbietet es nicht, Mehrmassen aufzuzeigen. Bei der Vereinbarung über die Heizungsarbeiten ist zudem ausdrücklich erwähnt, dass der Schiedsgutachter Mehr- und Minderleistungen ermitteln sollte. Mit dieser der Schiedsgerichtsvereinbarung entsprechenden Vorgehensweise hat sich der Schiedsgutachter auch nicht befangen gemacht. 88

f) 89

Die Beklagte beanstandet weiter, dass der Schiedsgutachter den Einbau anderer Verbinder nicht als Mangel beurteilt habe. Sie habe mit dem Kläger den Einbau von AKO-Verbindern vereinbart, während der Kläger tatsächlich Hilti-Verbinder eingebaut habe, was bereits aufgrund der unterschiedlichen Bauteile einen Mangel darstelle, den der Schiedsgutachter nicht als solchen gewertet habe, weil er die eingebauten Verbinder als gleichwertig angesehen habe. 90

Auch dieser Vorwurf ist nicht gerechtfertigt. Dass technisch gleichwertige Verbinder eingebaut wurden, bestreitet die Beklagte nicht. Hiervon geht im Übrigen auch der Sachverständige M aus. Damit wäre eine Minderung, die die Parteien für festgestellte Mängel 91

vereinbart haben (vgl. Nr. 8 der Schiedsgerichtsvereinbarung) nicht gerechtfertigt gewesen, auch wenn der Schiedsgutachter die Frage des Mangels nicht nur technisch sondern auch "juristisch" beantwortet hätte.

g) 92

Ebenfalls unberechtigt ist der Vorwurf der Beklagten, der Schiedsgutachter habe die vom Kläger abgerechneten Stundenlohnarbeiten zu Unrecht in voller Höhe anerkannt. Das müsse unzutreffend sein, so die Beklagte, weil der Kläger zu den Arbeiten keine Nachweise vorgelegt habe, es gebe keine bestätigten und abgezeichneten Stundenlohnzettel. 93

Der Schiedsgutachter hat bei den Sanitärarbeiten 7.428,49 DM netto und bei den Heizungsarbeiten 5.402,00 DM netto für Stundenlohnarbeiten anerkannt und dem Senat hierzu erläutert, dass ihm - so wie in seinem Gutachten vermerkt - Berichte über Stundenlohnarbeiten vorgelegt worden seien und ihm der Umfang der abgerechneten Stunden aufgrund der ausgeführten Leistungen als plausibel erschienen sei. 94

Auch das ist nicht zu beanstanden. In der Schiedsgerichtsvereinbarung haben die Parteien vereinbart, dass der Schiedsgutachter die vom Kläger aufgelisteten Stundenlohnarbeiten "auf der Basis des geleisteten Gewerks, d.h. des eingebauten Materials", und damit auch ohne Stundenlohnzettel i.e.S. beurteilen sollte. Diesen Anforderungen hat der Schiedsgutachter mit seiner Prüfung genügt, wobei auch der Sachverständige M bei seiner Vernehmung erklärt hat, dass er die vom Kläger vorgetragenen Stundenlohnarbeiten für plausibel erachte. 95

h) 96

Entgegen der Darstellung der Beklagten hat es der Schiedsgutachter auch nicht versäumt, eine nicht funktionierende Lüftung im Badezimmer und eine falsch eingestellte Heizung in der Wohnung Vollmer zu überprüfen. 97

Gemäß Nr. 8 ihrer Schiedsgerichtsvereinbarung haben die Parteien abgesprochen, dass der Schiedsgutachter die Mängel überprüft, die die Beklagte auf einer von ihr zu erstellenden Mängelliste aufführt. Die Beklagte hat darauf hin die Mängelliste vom 06.02.1998 (Bl. 386/7 d.A.) angefertigt, die die o.g. Mängel der Wohnung Vollmer - wie mit den Parteien im Senatstermin erörtert - nicht erwähnt. 98

i) 99

Mit dem Einwand, dass der Schiedsgutachter bei den Pos. 4.001, 003, 004, 005 und 007 der Sanitärarbeiten die Massen der jeweils eingebauten Raumentlüfter mit 25 Stück zu hoch angesetzt habe, weil nur 17 Stück ausgeführt worden seien, kann die Beklagte ebenfalls nicht gehört werden. Der Schiedsgutachter hat diese Massen anhand der ihm von der Beklagten mitgeteilten Zahlen beurteilt, weil ihm nicht alle Wohnungen zugänglich gewesen seien, wie er dem Senat glaubhaft bekundet hat. Das ist durch den im Senatstermin anwesenden Prokuristen der Beklagten bestätigt worden. 100

j) 101

Letztendlich geht auch der Einwand der Beklagten fehl, dass der Schiedsgutachter befangen gewesen sei, da er am 10.12.1998 einen Ortstermin durchgeführt habe, obwohl dieser von der an diesem Termin verhinderten Beklagten abgelehnt worden sei. 102

103

Der am 10.12.1998 durchgeführte Ortstermin begründet keine Befangenheit des Schiedsgutachters. Er hat zu diesem Ortstermin keine der Parteien hinzugezogen, also keine von ihnen bevorzugt. Ob er das hierdurch das rechtliche Gehör beider Parteien verletzt hat, kann dahin stehen. Die Schiedsgerichtsvereinbarung schrieb dem Schiedsgutachter keine andere Verfahrensweise vor. In einem derartigen Fall ist allein die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Schiedsgutachter kein Grund, das Schiedsgutachten als unverbindlich anzusehen, vgl. BGH NJW 1955, 665; DB 1968, 751.

III.	104
Rechtsgrundlage der Zinsforderung sind die §§ 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B, 284 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB.	105
Aus der mit der ersten Schlussrechnung vom 06.03.1996 verbundenen Abschlagsrechnung des Klägers über 157.000,00 DM schuldete die Beklagte lediglich 141.300,00 DM (72.245,54 €), das sind 90 % der in Rechnung gestellten Abschlagssumme. Die Parteien haben gemäß Nr. 14.2 des Vergabeprotokolls vom 21.08.1995 (Bl. 21 d.A.) Abschläge in Höhe von 90 % der nachgewiesenen Leistungen vereinbart. Mit der Zahlung dieses Betrages befand sich die Beklagte nach der mit einer Fristsetzung verbundenen Mahnung des Klägers vom 26.04.1996 ab dem 02.05.1996 im Verzug.	106
Die gesamte Restwerklohnforderung hat die Beklagte ab dem 06.07.1997 zu verzinsen, da der Kläger die Bezahlung seiner Schlussrechnungen vom 18.12.1996 und vom 12.02.1997 Kläger zu diesem Zeitpunkt unter Fristsetzung angemahnt hat.	107
Die Abschlagsrechnung und die Schlussrechnungen waren jeweils fällig, als der Kläger ihre Bezahlung anmahnte. Die von den Parteien unter Nr. 14.2 - 4 des o.g. Vergabeprotokolls vereinbarten Zahlungsfristen waren verstrichen. Die Rechnungen waren für die Beklagte aufgrund der beigefügten Massenberechnungen auch prüfbar, wie bereits das Landgericht zutreffend festgestellt hat.	108
Dem Kläger ist ein Verzugszinsschaden in der geltend gemachten Höhe entstanden. Er nimmt Bankkredit in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe in Anspruch, den er mit 9,5 % zu verzinsen hat.	109
C.	110
Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	111
D.	112
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 96, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat den Parteien in entsprechender Anwendung des § 96 ZPO jeweils die Hälfte der Auslagen der zum Senatstermin geladenen Zeugen N, L und T auferlegt, weil deren Ladung nur zur Aufklärung der streitigen Zusatzleistungen, über die sich die Parteien erst im Senatstermin verständigen konnten, erforderlich war.	113
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO n.F. nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Bundesgerichtshofes.	114

