
Datum: 21.07.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 20/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0721.21U20.03.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 42 O 107/01

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Beklagten das am 4. Dezember 2002 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen abgeändert wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass Herr Dipl.-Ing. u der Beklagten unter dem 11.01./17.01.2000 nicht als Schiedsgutachter im Sinne der zwischen den Parteien abgeschlossenen Schiedsgutachtenvereinbarung vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000, sondern als Privatgutachter beauftragt wurde.

Es wird festgestellt, dass die von Herrn Dipl.-Ing. F vorgelegten Gutachten

vom 25.10.2000 S-000324-118 T-Straße 24 – K

vom 25.10.#####/#####.06.2001 S-000324-118-K T-Straße 24 – K

vom 19.03.#####/#####.05.2001 S-000324-120-K T-Straße 28 – W

vom 02.05.2001 S-000324-121 T-Straße 30 – S

vom 28.05.2001 S-000324-124 T-Straße20 – W

vom 07.06.2001 S-000324-127 T-Straße 8 – Z

vom 26.09.2001 S-000324-122 T-Straße 32 – S

vom 26.09.2001 S-000324-76 W-Straße 18 – W

vom 02.10.2001 S-000324-81 W-Straße 8 – M

vom 02.10.2001 S-000324-120/121/122-E T-Straße
28/30/32(Ergänzungsgutachten)

keine Schiedsgutachten, sondern Privatgutachten und damit für
die Klägerin nicht bindend im Sinne der
Schiedsgutachtenvereinbarung vom
26.11./27.12.#####/#####.01.2000 sind.

Es wird festgestellt, dass die Klägerin nicht gem. Teil B Ziff. 1 der
zwischen den Parteien abgeschlossenen
Schiedsgutachtenvereinbarung vom 26.11./
27.12.#####/#####.01.2000 verpflichtet ist, die in den von Herrn
Dipl.-Ing. u vorgelegten Privatgutachten

vom 25.10.2000 S-000324-118 T-Straße 24 – K

vom 25.10.#####/#####.06.2001 S-000324-118-K T-Straße 24 – K

vom 19.03.#####/#####.05.2001 S-000324-120-K T-Straße 28 – W

vom 02.05.2001 S-000324-121 T-Straße 30 – S

vom 28.05.2001 S-000324-124 T-Straße 20 – W

vom 07.06.2001 S-000324-127 T-Straße 8 – Z

vom 26.09.2001 S-000324-122 T-Straße 32 – S

vom 26.09.2001 S-000324-76 W-Straße 18 – W

vom 02.10.2001 S-000324-81 W-Straße 8 – M

vom 02.10.2001 S-000324-120/121/122-E T-Straße
28/30/32(Ergänzungsgutachten)

bezeichneten Mängel zu beseitigen.

Die Widerklage und die Hilfswiderklage werden abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits. Die
außergerichtlichen Auslagen ihrer Streithelferin werden nicht

erstattet.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizulegenden 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
Mit Generalunternehmerauftrag vom 27.03.1995 (Anl. K1, Bl. 30-54 d.A.) beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Errichtung von 133 Einfamilienhäusern auf dem sanierten Gelände der Schachtanlage P III in C2, dem Bauvorhaben "Gartenstadt B". Aufgrund einer einvernehmlichen Abänderung kam es nur zur Errichtung von 111 Einfamilienhäusern.	4
Für die Planung und eine Teilbauleitung war die Streithelferin der Beklagten zuständig, die Gestaltung der Außenanlagen einschließlich der Terrassen übernahm die Fa. W2 GmbH.	5
An den Häusern traten eine Reihe von Mängeln auf, die die Erwerber gegenüber der Beklagten als Bauträgerin rügten und über deren Umfang und Ursachen die Beteiligten stritten.	6
Aus diesem Grunde schlossen die Parteien, die Fa. W2 GmbH und die Streithelferin der Beklagten am 26.11./27.12.#####/#####.01.2000 (Anl. K2, Bl. 55-61 d.A.) eine Vereinbarung, in der es u.a. heißt:	7
"...	8
<i>Zwischen den Beteiligten besteht Einvernehmen, daß an den errichteten Objekten Mängel, insbesondere an den Fensterwandelementen im Sonnenhaus bestehen.</i>	9
<i>Zur Vermeidung eines gerichtlichen Beweisverfahrens bzw. eines langfristigen Zivilprozesses vereinbaren die Parteien nachfolgende verbindliche Vorgehensweise:</i>	10
A. Gewerke Brockmann	11
(Fensterwandelemente, Hauseingangstüren)	12
...	13
	14

B. Sonstige Mängel

Zwischen den Parteien besteht für Mängel, die nicht in Teil A erfasst sind, Einvernehmen, dass im Hinblick auf vorgetragene Beanstandungen für jedes Objekt eine Dokumentation durch geeignete Sachverständige, die von den Vertragspartnern einvernehmlich festgelegt werden, erstellt werden.... 15

Gegenstand der Gutachten soll sein, die jeweilige Mängelerfassung und die verantwortliche Zuordnung des jeweils festgestellten Mangels (Ausführungsfehler, Planungsfehler bzw. M als Bauherr). Für jeden einzelnen Mangel sind die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen und die hierfür erforderlichen Kosten festzustellen. Zwischen den Parteien besteht Einvernehmen, dass die Gutachten für alle Beteiligten verbindlich und endgültig ist. Soweit T im Rahmen der stattfindenden Ortstermine Mängel anerkennen sollte, sind diese nicht Gegenstand einer weiteren Begutachtung. 16

T ist verpflichtet, die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen, soweit es sich um deren Gewerke handelt, unverzüglich durchzuführen...." 17

Um diese Vereinbarung umzusetzen einigten sich die Beteiligten auf Gutachter für die verschiedenen Gewerke, u.a. auf den Zeugen Dipl.-Ing. u als Gutachter für allgemeine Mängel. 18

In einer Besprechung vom 17.12.1999, an der neben den Vertretern der Parteien die Gutachter, so auch der Zeuge u, teilnahmen, erörterten die Parteien das weitere Vorgehen. Zu der Besprechung hatte der Zeuge y2, den die Beklagte für die anstehenden Sanierungsarbeiten zuvor als Projektsteuerer beauftragt hatte, ein Konzeptpapier erstellt (Anl. B 4, Bl. 382-384 d.A.). Was die Gesprächsteilnehmer in dem Termin im Einzelnen besprachen, ist streitig. 19

Jedenfalls vereinbarten die Beteiligten, dass die Beklagte die Gutachter allein beauftragen und allein vorfinanzieren sollte. Insoweit ist streitig, ob auch vereinbart wurde, dass die Beauftragung zugleich im Namen aller Beteiligten erfolgen sollte, wie die Klägerin behauptet. 20

Am 11.01./17.01.2000 schloss die Beklagte mit dem Zeugen u einen von diesem entworfenen Gutachtervertrag (Anl. K3, Bl. 62-68 d.A.), der die Vereinbarung vom 26.11./27.12.#####.01.2000 nicht erwähnt und keinen Hinweis darauf enthält, dass der Zeuge u als Schiedsgutachter tätig werden bzw. Schiedsgutachten erstatten sollte. Eine Kopie der Vereinbarung vom 26.11./17.12.#####.01.2000 erhielt der Zeuge u erstmals im Januar 2001. 21

Nach Abschluss des Gutachtervertrages führte der Zeuge u ab Februar 2000 Ortstermine durch, die er allein mit dem Zeugen y2 abstimmt. Er erstellte auf der Grundlage ihm von der Beklagten überlassener Mängellisten von Oktober 2000 bis Oktober 2001 die im Tenor näher bezeichneten 10 Gutachten, die er wiederum allein der Beklagten übersandte. Diese leitete die Gutachten an die Klägerin - teilweise verbunden mit der Aufforderung zur Mängelbeseitigung - weiter. 22

Ab Mai 2001 kam es zwischen den Parteien zu Differenzen über die Tätigkeit des Zeugen u, die Gegenstand mehrerer Besprechungen und eines Schriftwechsels wurden. 23

In einer Besprechung vom 21.05.2001 (Protokolle, Anl. K 7, Bl. 287-289 d.A. und Anl. K 25, Bl. 592/3 d.A.) vereinbarten die Parteien, dass der Gutachter sie von zukünftigen 24

Ortsterminen rechtzeitig in Kenntnis setzen solle. Nach der Vorlage der ersten Gutachten des Zeugen u beanstandete die Klägerin gegenüber dem Zeugen u (Schreiben vom 10.07.2001, Anl. K 9, Bl. 294/5 d.A.) und gegenüber der Beklagten (Schreiben vom 12.07.2001, Anl. K 10, Bl. 296-298 d.A.) die Verfahrensweise des Gutachters und das Zustandekommen der Gutachten.	
Die erhobenen Vorwürfe wies der Zeuge u mit Schreiben vom 17.08.2001 (Anl. K 11, Bl. 299-304 d.A.) zurück. Die Klägerin hielt mit Schreiben vom 27.08.2001 (Anl. K 12, Bl. 305-312 d.A.) an ihrer Kritik fest. Daraufhin teilte ihr der Zeuge u mit Schreiben vom 06.09.2001 (Anl. K 13, Bl. 313-315 d.A.) u.a. mit, dass "ein Schiedsgutachten ... nicht beauftragt" sei.	25
Mit Schreiben vom 14.09.2001 (gegenüber dem Zeugen u, Anl. K 14, Bl. 316/7 d.A., und gegenüber der Beklagten, Anl. K 15, Bl. 318/9 d.A.) lehnte die Klägerin eine weitere Begutachtung durch den Zeugen u ab. Hierzu nahm der Zeuge u mit Schreiben vom 18.09.2001 (Anl. K 16, Bl. 320-323 d.A.) Stellung, in dem er u.a. ausführte, dass "kein Schiedsgutachten durchgeführt werde".	26
In der Folgezeit vertrat die Klägerin die Auffassung, dass der Zeuge u von der Beklagten als Privatgutachter beauftragt worden sei und lehnte den Zeugen als Schiedsgutachter ab (Schreiben vom 21.09.2001, Anl. K 18, Bl. 326/7 d.A. und Schreiben vom 17.10.2001, Anl. K 20, Bl. 332-336 d.A.). Dies wies die Beklagte zurück (u.a. mit Schreiben vom 26.09.2001, Anl. K 19, Bl. 328-331 d.A.). Sie hielt daran fest, dass der Zeuge u als Schiedsgutachter beauftragt worden sei und für die Parteien verbindliche Gutachten erstattet habe.	27
Mit ihrer <i>Klage</i> begeht die Klägerin die Feststellung, dass die Beklagte mit der Beauftragung des Zeugen u keinen Schiedsgutachter, sondern einen Privatgutachter bestellt habe.	28
Hierzu hat sie vorgetragen:	29
Nach dem Gutachtervertrag vom 11./17.01.2000 habe die Beklagte den Zeugen u nicht als Schiedsgutachter beauftragt. Aus dem Vertrag gehe nicht hervor, dass der Zeuge Schiedsgutachter sein solle, gegenüber allen Parteien der Schiedsgutachtenvereinbarung gleichermaßen verantwortlich sei und ihnen gegenüber mit bindender Wirkung entscheiden solle. Der Zeuge habe die Schiedsgutachtenvereinbarung nicht gekannt, ihr Text sei ihm erst am 12.01.2001 überlassen worden (unstreitig), er habe auch nicht gewußt, wem die Beklagte seine Gutachten übermittele. Bei seiner Beauftragung sei er sich nicht darüber im Klaren gewesen, dass er verbindliche Schiedsgutachten zu erstatten habe.	30
Dass der Zeuge u von einem ihm als Privatgutachter erteilten Auftrag ausgegangen sei, ergebe sich auch aus der Abwicklung des Auftrages. Der Zeuge u habe den Umfang seiner Untersuchungen allein mit der Beklagten abgestimmt, nur von der Beklagten Unterlagen eingefordert und nur sie von seinen Ortsterminen unterrichtet. Er habe sich immer nur mit dem allein von der Beklagten beauftragten Projektsteuerer, dem Zeugen y2, in Verbindung gesetzt. Sein erstes "Mastergutachten K" habe er mehrfach inhaltlich mit der Beklagten abgestimmt. Seine Gutachten habe er allein der Beklagten zur Verfügung gestellt (unstreitig).	31
Die Klägerin hat beantragt, festzustellen,	32
1.	33
dass Herr Dipl.-Ing. u der Beklagten unter dem 11.01./17.01.2000 als Parteigutachter und nicht als Schiedsgutachter im Sinne der zwischen den Parteien abgeschlossenen	34

Schiedsgutachtervereinbarung vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000 beauftragt wurde,

2.

35

dass die von Herrn Dipl.-Ing. u vorgelegten Gutachten

36

vom 25.10.2000	S-000324-118	T-Straße 24 – K
vom 25.10.#####/#####.06.2001	S-000324-118-K	T-Straße 24 – K
vom 19.03.#####/#####.05.2001	S-000324-120-K	T-Straße 28 – W
vom 02.05.2001	S-000324-121	T-Straße 30 – S
vom 28.05.2001	S-000324-124	T-Straße20 – W
vom 07.06.2001	S-000324-127	T-Straße 8 – Z
vom 26.09.2001	S-000324-122	T-Straße 32 – S
vom 26.09.2001	S-000324-76	W-Straße 18 – W
vom 02.10.2001	S-000324-81	W-Straße 8 – M
vom 02.10.2001	S-000324- 120/121/122-E	T-Straße 28/30/32 (Ergänzungsgutachten)

37

für sie - die Klägerin - nicht bindend im Sinne der Schiedsgutachtenvereinbarung vom 26.11.27.12.#####/#####.01.2000 sind,

38

3.

39

dass sie - die Klägerin - nicht gemäß Teil B Ziff. 1 der zwischen den Parteien abgeschlossenen Schiedsgutachtenvereinbarung vom 26.11.27.12.#####/#####.01.2000 verpflichtet ist, die in den von Herrn Dipl.-Ing. u vorgelegten Gutachten

40

vom 25.10.2000	S-000324-118	T-Straße 24 – K
vom 25.10.#####/#####.06.2001	S-000324-118-K	T-Straße 24 – K
vom 19.03.#####/#####.05.2001	S-000324-120-K	T-Straße 28 – W
vom 02.05.2001	S-000324-121	T-Straße 30 – S
vom 28.05.2001	S-000324-124	T-Straße20 – W
vom 07.06.2001	S-000324-127	T-Straße 8 – Z
vom 26.09.2001	S-000324-122	T-Straße 32 – S
vom 26.09.2001	S-000324-76	W-Straße 18 – W
vom 02.10.2001	S-000324-81	W-Straße 8 – M

41

vom 02.10.2001	S-000324- 120/121/122-E	T-Straße 28/30/32 (Ergänzungsgutachten)
----------------	----------------------------	--

bezeichneten Mängel zu beseitigen.	42
Die Beklagte hat beantragt,	43
die Klage abzuweisen.	44
Sie hat vorgetragen:	45
Der Zeuge u sei als Schiedsgutachter beauftragt worden. Bei der Vorbesprechung am 17.12.1999 sei mit allen Beteiligten und mit den Gutachtern besprochen worden, dass die Gutachter aufgrund einer Schiedsgutachtenabrede der Parteien beauftragt werden würden. Sie hätten objektiv und unparteiisch vorzugehen und die streitigen Mängel außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens bindend festzustellen. Bei der Besprechung sei auch das weitere Vorgehen einvernehmlich festgelegt worden. Ausgangspunkt der Gutachten hätten nach Vorgaben der Beklagten erstellte Mängellisten der Erwerber sein sollen. Der Zeuge y2 habe im Interesse aller Parteien der Schiedsgutachtenabrede die Koordinierungsaufgaben übernehmen sollen. Weiterhin sei vereinbart worden, dass die Beklagte dem Zeugen u Pläne und Abnahmeprotokolle zur Verfügung stelle. Auch die "Untersuchungstiefe" sei bei einvernehmlich so, wie später mit dem Zeugen u vereinbart, festgelegt worden.	46
Im übrigen sei bereits bei Schiedsgutachtenabrede und auch noch am 17.12.1999 abgesprochen worden, dass allein die Beklagte die Gutachter beauftrage. Dies deswegen, weil die Klägerin zur Vorfinanzierung der hierbei anfallenden Kosten nicht bereit gewesen sei (unstreitig). Dass die Beauftragung der Sachverständigen auch im Namen der übrigen Parteien der Schiedsgutachtenvereinbarung erfolgen solle, sei nicht abgesprochen worden.	47
Entsprechend dieser Absprachen sei auch verfahren worden. Der Zeuge y2 habe die gutachterlichen Ortstermine mit den Erwerbern und Sachverständigen abstimmen sollen, wobei die Beteiligten aufgrund der Vielzahl der anstehenden Termine auf eine Einladung zu jedem Ortstermin und eine Teilnahme mit eigenen Vertretern verzichtet hätten. Es habe wöchentliche Baubesprechungen unter Leitung des Zeugen y2 gegeben, bei der die Beteiligten über den Sachstand unterrichtet worden seien und auch wichtige Ortstermine der Sachverständigen bekannt gegeben worden seien. Alle Ortstermine seien bei dem Zeugen y2 erfragt gewesen. Bei den Besprechungen sei die Klägerin auch über die Gutachterangebote unterrichtet worden, gegen die sie bis zum Mai 2001 keine Einwände erhoben habe. Es habe keine Abstimmung über den Inhalt eines Gutachtens zwischen den Zeugen u und y2 gegeben, zwischen diesen sei nur das Vorgehen zur rationellen Erfassung von Mängeln besprochen worden. Deswegen und wegen nachträglich gewonnener neuer Erkenntnisse habe es mehrere Fassungen des sog. Mastergutachtens "K" gegeben.	48
Im Wege der <i>Widerklage</i> hat die Beklagte von der Klägerin die Gestellung einer Bankbürgschaft auf erstes Anfordern über 649.938,64 € begehrt, Zug um Zug gegen die Rückgabe von 15 nicht auf erstes Anfordern zahlbaren Bankbürgschaften.	49
Gem. § 8.3.1 des Generalunternehmervertrages war die Beklagte berechtigt für die Dauer der Gewährleistungszeit 5 % der Bruttoschlussrechnungssumme, das sind 649.938,64 €, als Sicherheitseinbehalt zurückzuhalten.	50

In dem Generalunternehmervertrag heißt es dann weiter:

8.3.2	<i>Der Sicherheitseinbehalt gem. 8.3.1 kann frühestens mit der Fälligkeit der Schlußzahlung gem. Ziffer 8.2 Zug um Zug gegen Stellung einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder eines deutschen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitutes oder gleichwertiger Wertpapierverpfändungen ausgezahlt werden.</i>	52
8.3.3	<i>Die Bürgschaft muß den Verzicht auf die Einreden aus den §§ 770-772 BGB und die Verpflichtung der Bürgen enthalten, auf erste Anforderung zu zahlen und darf keine Hinterlegungsklausel enthalten. Die Bürgschaft ist zurückzugeben 4 Wochen nach Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist, sofern sie bis dahin nicht in Anspruch genommen worden ist."</i>	

Die in der Folgezeit (am 18.03., 03.06., 18.06., 19.06., 10.12. und 30.12.1996) von der Klägerin gestellten und von der Beklagten entgegengenommenen 15 Gewährleistungsbürgschaften enthielten keine Verpflichtung der Bürgen, der W AG und der D Versicherungs-AG, auf erstes Anfordern zu zahlen. 53

Im August 1999 und im Januar 2001 nahm die Beklagte die Bürgen vergeblich aus drei Bürgschaften auf Zahlung in Anspruch. Ihre spätere Aufforderung (Schreiben vom 20.02.2002, Anl. WK 18, Bl. 498-502 d.A.), ihr gegen Rückgabe der erteilten Bürgschaften eine neue, auf erste Anforderung zahlbare Bürgschaft zu stellen, lehnte die Klägerin ab. 54

Die Beklagte hat gemeint, dass die Klägerin auch jetzt noch verpflichtet sei, ihr auf erstes Anforderungen zahlbare Bürgschaften zu übergeben. Dass sie (die Beklagte) die ihr zuvor überlassenen Bürgschaften nicht zurückgewiesen habe, beruhe darauf, dass diese von untergeordneten Angestellten entgegengenommen worden seien, denen nicht aufgefallen sei, dass diese nicht vertragsgemäß gewesen sein, was im Geschäftsbetrieb der Beklagten auch nicht weiter geprüft worden sei. Sie hat bestritten, dass die o.g. Klauseln ihres Generalunternehmervertrages allgemeine Geschäftsbedingungen seien. Auch eine nachträgliche Abänderung der Bürgschaftsklausel habe es nicht gegeben. 55

Die Beklagte hat widerklagend beantragt, 56

die Klägerin zu verurteilen, ihr eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder eines deutschen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitutes über 649.938,64 € zu stellen, die den Verzicht auf die Einreden aus den §§ 770-772 BGB enthält, die keine Hinterlegungsklausel enthält und die darüber hinaus die Verpflichtung des Bürgen enthält, auf erste Anforderung zu zahlen, 57

und zwar Zug um Zug gegen die Rückgabe der nachfolgend bezeichneten Bankbürgschaften 58

Bürgschaften der W AG: 59

- Nr. 96.4.####1 vom 18. März 1996 über DM 104.500,00 60

- Nr. 96.4.####2 vom 18. März 1996 über DM 92.900,00 61

- Nr. 96.4.####3 vom 18. März 1996 über DM 104.000,00 62

63

- Nr. 96.4.####4 vom 03. Juni 1996 über DM 115.900,00	
- Nr. 96.4.####5 vom 18. Juni 1996 über DM 78.100,00	64
- Nr. 96.4.####6 vom 19. Juni 1996 über DM 94.400,00	65
in der Form des Nachtrages vom 21. Juni 1996	66
Bürgschaften der D Versicherungs-AG:	67
- 413.807 vom 10. Dezember 1996 über DM 74.700,00	68
- 413.808 vom 10. Dezember 1996 über DM 101.500,00	69
- 413.809 vom 10. Dezember 1996 über DM 73.100,00	70
- 413.810 vom 10. Dezember 1996 über DM 53.000,00	71
- 413.811 vom 10. Dezember 1996 über DM 63.300,00	72
- 413.812 vom 10. Dezember 1996 über DM 74.600,00	73
- 416.165 vom 30. Dezember 1996 über DM 91.200,00	74
- 416.166 vom 30. Dezember 1996 über DM 96.200,00	75
- 416.167 vom 30. Dezember 1996 über DM 43.300,00.	76
Die Klägerin hat beantragt,	77
die Widerklage abzuweisen.	78
Sie hat gemeint, dass die Widerklage bereits unzulässig sei, weil sie in keinem Zusammenhang zur Klage stehe. Sie sei zudem unbegründet, weil sie, die Klägerin, zum Beibringen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht verpflichtet sei. Die diese Verpflichtung regelnde Vertragsklausel sei eine unwirksame allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten. Außerdem sei von den Parteien nachträglich vereinbart worden, dass anstelle der Gewährleistungsbürgschaften auf erstes Anfordern einfache Bürgschaften gestellt werden sollten. Diese habe die Beklagte jedenfalls an Erfüllungs Statt angenommen. Der ursprüngliche Anspruch der Beklagten auf Gestellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern sei zudem verwirkt, nachdem die Beklagte zuvor mehrfach und über mehrere Jahre hin vergeblich versucht habe, aus den ihr überlassenen Bürgschaften vorzugehen.	79
Das <i>Landgericht</i> hat den Zeugen u vernommen. Mit seinem <i>Urteil vom 04.12.2002 (Bl. 738-752 d.A.)</i> , auf dessen Inhalt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, hat es die Klage und die Widerklage abgewiesen.	80
Die Feststellungsklage sei zulässig, aber unbegründet, weil die Beklagte den Zeugen u als Schiedsgutachter und nicht als Privatgutachter beauftragt habe. Das ergebe eine Bewertung des beiderseitigen Parteivortrages und das Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme. Die Widerklage sei zulässig, aber unbegründet, weil die Beklagte die ihr erteilten Bürgschaften an Erfüllungs Statt angenommen habe.	81

Gegen das ihre Klage abweisende Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten *Berufung*. Die Beklagte hat sich mit ihrer ebenfalls form- und fristgerecht eingelegten *Anschlussberufung* angeschlossen, mit der sie ihren Widerklageantrag weiterverfolgt. Mit Schriftsatz vom 13.07.2004 (Bl. 1396ff d.A.) hat die Beklagte zudem eine *Hilfswiderklage* für den Fall der erfolgreichen klägerischen Berufung erhoben.

Beide Parteien nehmen auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug, das sie im Hinblick auf ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge ergänzen und vertiefen. 83

Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Berufung vor: 84

Das Landgericht habe die Rechtslage fehlerhaft beurteilt. Die Beklagte habe den Zeugen u beauftragt, ohne in irgend einer Form zum Ausdruck zu bringen, dass er als Schiedsgutachter auch für die übrigen Parteien der Schiedsgutachterabrede tätig sein solle. Er sei von der Beklagten nicht als Schiedsgutachter beauftragt worden, ihm sei bei der Auftragserteilung die Schiedsgutachtenabrede nicht überlassen worden, auch habe ihm die Beklagte nicht erläutert, dass er nicht nur für sie, sondern für alle Parteien dieser Vereinbarung tätig sein solle. Das ergebe sich auch nicht aus dem Inhalt des Gutachtervertrages, den die Beklagte mit dem Zeugen u im Januar 2000 abgeschlossen habe. Bereits deswegen könne der Zeuge u nur als Privatgutachter tätig geworden sein. Im übrigen zeige die weitere Tätigkeit des Zeugen u, dass er sich als Privatgutachter der Beklagten verstanden und nur sie als ihren Auftraggeber angesehen habe. 85

Außerdem habe der Zeuge u habe angenommen, dass seine Gutachten nur empfehlenden Charakter hätten. Das lasse auch der mit dem Zeugen u abgeschlossene Gutachtervertrag erkennen. Ein Gutachten mit nur empfehlenden Charakter stelle kein Schiedsgutachten dar. Es habe lediglich die Wirkungen eines Parteigutachtens. Auch diese Rechtslage habe das Landgericht verkannt. 86

Das Landgericht habe zudem verkannt, dass die Neutralität kein entscheidendes Kriterium für einen Schiedsgutachter sei. Auch Gutachter, die keine Schiedsgutachter seien, müssten neutral sein. Die Neutralität kennzeichne einen öffentlich bestellten Sachverständigen, im übrigen werde auch von einem Privatgutachter eine unparteiische Gutachtenerstattung erwartet. 87

Die Klägerin beantragt, 88

abändernd die Beklagte nach ihren in erster Instanz gestellten Klageanträgen zu verurteilen. 89

Die Beklagte beantragt, 90

die Berufung zurückzuweisen. 91

Im Wege der Hilfswiderklage beantragt die Beklagte für den Fall einer erfolgreichen klägerischen Berufung, 92

1. 93

die Klägerin zu verurteilen, den Sachverständigen u gemeinsam mit der Beklagten und den übrigen Beteiligten an der Mängelbeseitigungsvereinbarung vom 26.11./27.12.#####.01.2000 mit folgenden weiteren Begutachtungen in der Gartenstadt B als Schiedsgutachter zu beauftragen: 94

- Serienmängelkatalog zum Gebäudetyp H	95
- 66 Einzelgutachten zu den Häusern des Gebäudetyps H (alle Häuser des Gebäudetyps H außer T-Straße 8/Z, T-Straße 20/W, T-Straße 24/K, T-Straße 28/W, T-Straße 30/S, T-Straße 32/S, W-Straße 8/M, W-Straße 18/W)	96
- Serienmängelkatalog zum Gebäudetyp RA	97
- 15 Einzelgutachten zu den Häusern des Gebäudetyps RA	98
- 22 Einzelgutachten zu den Häusern des Gebäudetyps RB.	99
Bei der Begutachtung ist klarzustellen, dass dem Sachverständigen u ein Vergütungsanspruch allein gegen die Beklagte zusteht.	100
2.	101
die von der Klägerin zu erbringende Leistung an den Objekten T-Straße 8/Z, T-Straße 20/W, T-Straße 24/K, T-Straße 28/W, W-Straße 8/M, W-Straße 18/W durch Urteil zu bestimmen.	102
Die Klägerin hat der Zulässigkeit der Hilfswiderklage widersprochen und beantragt,	103
die Hilfswiderklage zurückzuweisen.	104
Die Beklagte erwidert auf die Berufung:	105
Die Feststellungsklage sei bereits unzulässig. Das ergebe sich aus § 319 Abs. 1 S. 2 BGB. Wenn keine Schiedsgutachten, sondern Parteigutachten erstellt worden seien, würde eine dies aussprechende Feststellung die streitgegenständliche Mängelbeseitigungsvereinbarung faktisch außer Kraft setzen, ohne dass an ihre Stelle die vom Gesetz vorgeschriebene "Bestimmung durch Urteil" träte. Der Klägerin gehe es auch nicht darum, die inhaltliche Richtigkeit der Gutachten des Zeugen u in Frage zu stellen. Sie berufe sich in Verfahren, die sie gegen ihre Subunternehmer führe, auf zwei der Gutachten.	106
Jedenfalls sei die Feststellungsklage unbegründet. Dem Zeugen u sei bei der Besprechung vom 17.12.1999 deutlich gemacht worden, dass er für die Parteien verbindliche Gutachten zu fertigen habe. Das habe er bei seiner erstinstanzlichen Zeugenvernehmung auch bestätigt.	107
Zur Begründung der Hilfswiderklage trägt die Beklagte vor:	108
Diese sei sachdienlich und gemäß § 533 ZPO zulässig.	109
Mit einer erfolgreichen Berufung stelle der Senat fest, dass die bisherigen Gutachten des Zeugen u unverbindlich seien. Wenn u dann nicht - ihrem ersten Hilfswiderklageantrag entsprechend - erneut als Schiedsgutachter durch die Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede beauftragt werde, sei offen, wie die Abrede in Zukunft weiter durchzuführen sei. Die Schiedsgutachtenabrede sehe keinen Ersatzgutachter vor und auch kein Verfahren, nach dem beim Ausfalls eines Schiedsgutachters vorzugehen sei. Die Regelungslücke verpflichte die Klägerin, an der erneuten Beauftragung des Zeugen u als Schiedsgutachter mitzuwirken. Dies auch deswegen, weil es auch der Klägerin oblegen habe, für eine ordnungsgemäße, der Schiedsgutachtenabrede entsprechende Beauftragung des Zeugen y sorgen. Auch sie habe dies bei dem Gespräch vom 17.12.1999 versäumt. Es sei daher treuwidrig, wenn sie ihre Mitwirkung an einer künftigen ordnungsgemäßen	110

Beauftragung des Zeugen u verweigere.

Wenn die bisherigen Gutachten des Zeugen u unverbindlich seien, habe die Beklagte analog § 319 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB einen Anspruch auf Feststellung der Leistung durch Urteil. Das rechtfertige ihren zweiten Hilfswiderklageantrag. Die Schiedsgutachtenabrede sehe keinen Ersatzgutachter vor, die Bestellung eines Ersatzgutachters sei der Beklagten auch nicht zuzumuten. Die bislang erstatteten Gutachten des Zeugen u lege sie vor (Anl. B 23, im Ordner). Das Gericht habe eine Leistungsbestimmung hinsichtlich aller der in dem Gutachten beschriebenen Mängel vorzunehmen. 111

Zur Begründung ihrer Anschlussberufung hat die Beklagte vorgetragen: 112

Das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass sie die von der Klägerin gestellten Bürgschaften an Erfüllungs Statt angenommen habe. Von der Beklagten sei nicht erklärt worden, dass sie die Bürgschaften als gehörige Erfüllung ansehe. Die übergebenen Bürgschaften stellten auch eine weitaus geringere Sicherheit dar als eine Bürgschaft auf erstes Anfordern. Die übergebenen Bürgschaften habe die Beklagte allenfalls erfüllungshalber angenommen. Mit Rücksicht hierauf sei sie sogar verpflichtet gewesen, ihre Ansprüche zunächst durch die Vorlage dieser Bürgschaften geltend zu machen. Da dies mehrfach gescheitert sei, könne sie nunmehr wieder die ursprünglich geschuldete Leistung verlangen. 113

Die Beklagte beantragt daher im Wege der Anschlussberufung, 114

abändernd die Klägerin nach ihren in erster Instanz gestellten Widerklageantrag zu verurteilen. 115

Die Klägerin beantragt, 116

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 117

In diesem Punkt verteidigt die Klägerin das landgerichtliche Urteil: 118

Sie habe der Beklagten bereits mit ihren jeweiligen Schlussrechnungen die Gewährleistungsbürgschaften übersandt. Darauf hin habe die Beklagten die Rechnungssumme bezahlt. Damit habe sie die "einfachen" Bürgschaften an Erfüllungs Statt akzeptiert. 119

Beide Parteien haben für den Fall ihres Unterliegens beantragt, die Revision zuzulassen. 120

Der Senat hat die durch die Vernehmung der Zeugen B, Prof. Dr. J, Dipl.-Ing. u, H3, O, M, I, Dipl.-Ing. y2 und X Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Berichterstattevermerke zu den Senatsterminen vom 09.06.2004 und vom 21.07.2004 Bezug genommen. 121

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die bezeichneten Urkunden und den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 122

B. Begründung 123

Die Berufung der Klägerin ist begründet. Die Anschlussberufung der Beklagten ist unbegründet. Die Hilfswiderklage der Beklagten ist mit ihrem ersten Antrag unbegründet und mit ihrem zweiten Antrag unzulässig. 124

I. Klage	125
1.	126
Die Klage ist zulässig.	127
a)	128
Der Senat legt die Klageanträge dahingehend aus, dass es der Klägerin (nur) um die Feststellung geht, der Zeuge u sei nicht als Schiedsgutachter im Sinne der Vereinbarung der Beteiligten vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000 beauftragt und dementsprechend in der Folgezeit nicht als Schiedsgutachter, sondern als Privatgutachter tätig geworden.	129
Es geht der Klägerin nicht um die Klärung der Frage, ob die Gutachten des Zeugen u, wenn sie als Schiedsgutachten zu qualifizieren sind, verbindlich oder wegen einer offenbaren Unrichtigkeit unverbindlich sind. Das hat die Klägerin schriftsätzlich ausdrücklich klargestellt (vgl. z.B. S. 23 ihrer Klageschrift vom 21.12.2001, Bl. 23 d.A. und S. 18 ihres Schriftsatzes vom 15.05.2002, Bl. 573 d.A.).	130
Dem Klagebegehren trägt bereits der erste Klageantrag Rechnung. Die Klageanträge zu Nr. 2 und zu Nr. 3 drücken die rechtlichen Folgen eines erfolgreichen ersten Klageantrages aus.	131
b)	132
Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO).	133
Sie begehrt die Feststellung des Nichtbestehens einer "schiedsgutachterlichen" Rechtsbeziehung zwischen - einerseits - ihr, der Beklagten und den übrigen Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000 und - andererseits - dem Zeugen u.	134
Hieran hat sie ein berechtigtes Interesse, wie bereits das Landgericht zutreffend festgestellt hat.	135
Wie bereits ausgeführt, hat der Senat nicht zu klären, ob die Gutachten des Zeugen u deswegen unverbindlich sind, weil sie als Schiedsgutachten offenbar unrichtig sind. Streitpunkt ist vielmehr die "Vorfrage", ob der Zeuge u überhaupt Schiedsgutachten im Sinne der Schiedsgutachtenabrede erstattet hat. Das ist zu verneinen, wenn er nicht als Schiedsgutachter im Sinne dieser Abrede beauftragt wurde.	136
An der Klärung dieser Frage hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse. Aufgrund der abgeschlossenen Schiedsgutachtenabrede ist sie nur dann zur Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn ihre Mängelbeseitigungspflicht in einem der Abrede entsprechenden Schiedsgutachten festgestellt wurde. Ist der Zeuge u aber nicht als Schiedsgutachter beauftragt worden, sind seine Gutachten - unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit - bereits deswegen keine verbindlichen Schiedsgutachten im Sinne der getroffenen Schiedsgutachtenabrede, sondern "nur" Privatgutachten.	137
Dem steht die Regelung des § 319 BGB nicht entgegen. In analoger Anwendung des § 319 BGB ist zu beurteilen, wann ein Schiedsgutachten verbindlich bzw. unverbindlich ist und wann eine gerichtliche Ersetzung schiedsgutachterlichen Feststellungen erfolgt. Die Vorschrift regelt nicht die Frage, wie ein Sachverständiger auf der Grundlage einer Schiedsgutachtenabrede zu beauftragen ist, damit er (überhaupt) als Schiedsgutachter tätig	138

wird. Um die Klärung dieser Frage geht es der Klägerin.

Der von den Parteien zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes, Urteil vom 6. Juni 1994, II ZR 100/92 (NJW-RR 1994, 1314f), ist auch nicht zu entnehmen, dass bei einer nicht vertragsgemäßen Umsetzung einer Schiedsgutachtenabrede (in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte der Sachverständige ebenfalls keinen Auftrag zur Erstattung eines Schiedsgutachtens erhalten) stets eine gerichtliche Leistungsbestimmung analog § 319 Abs. 1 S. 2 BGB erfolgen hat. Der Bundesgerichtshof ist in dem von ihm entschiedenen Fall nur deshalb zu diesem Ergebnis gekommen, weil die von ihm zu beurteilende Schiedsgutachtenabrede die Bestellung eines anderen Sachverständigen nicht zuließ. Über diese Frage ist aufgrund der gestellten Klageanträge und auch aufgrund des zulässigen ersten Antrages der Hilfswiderklage im vorliegenden Rechtsstreit nicht zu befinden.

2. 140

Die Klage ist begründet. 141

Der Zeuge u ist nicht als Schiedsgutachter im Sinne der Schiedsgutachtenabrede der Beteiligten vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000, sondern als Privatgutachter tätig geworden. 142

Das bereits deswegen, weil er beim Abschluss des Gutachtervertrages vom 11.01./17.01.2000 nicht als Schiedsgutachter im Sinne der zuvor abgeschlossenen Schiedsgutachtenabrede beauftragt wurde, so dass er lediglich als von der Beklagten beauftragter Privatgutachter anzusehen ist. 143

a) 144

Die von den Parteien, der Streithelferin der Beklagten und der Fa. W2 GmbH am 26.11./27.12./14.01.2000 abgeschlossene Vereinbarung enthält, hiervon gehen alle Beteiligten zutreffend aus, eine Schiedsgutachtenabrede. 145

Sie sieht die Beauftragung einvernehmlich bestimmter Sachverständiger vor, die - in Bezug auf die sog. sonstigen Mängel unter Teil B der Vereinbarung - die Mängel erfassen, den Beteiligten verantwortlich zuordnen sowie die Sanierungsmaßnahmen und die hierfür erforderlichen Kosten feststellen sollten. Hierbei sollten die Gutachten der Sachverständigen für die Beteiligten "verbindlich und endgültig", mithin einer gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen sein. Das folgt auch daraus, dass die Beteiligten die Abrede, wie in ihr eingangs vermerkt, zur Vermeidung eines gerichtlichen Beweisverfahrens und Zivilprozesses abgeschlossen haben. 146

Das ist eine Schiedsgutachtenabrede, die von dem Schiedsgutachter die Feststellung von Tatsachen und auch ihre rechtliche Bewertung im Sinne der Abrede verlangt und den Beteiligten grundsätzlich die Möglichkeit nimmt, nachträglich durch weitere Beweismittel andere Feststellungen zu erreichen. 147

Die Schiedsgutachtenabrede ist von dem mit dem Schiedsgutachter abzuschließenden Gutachtervertrag zu unterscheiden. Beide Verträge sind gesetzlich nicht geregelt. Nach den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGH NJWRR 1994, 1314f) aufgezeigten Grundsätzen bildet die Schiedsgutachtenabrede die Grundlage für die Vereinbarung mit dem Schiedsgutachter. Letztere ist im Regelfall von allen Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede abzuschließen. Schließt nur einer der Vertragspartner der 148

Schiedsgutachtenabrede den Schiedsgutachtervertrag mit dem Sachverständigen ab, muss er hierbei eindeutig offenlegen, dass es sich um ein für alle Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede zu erstattendes Schiedsgutachten handelt. Auch in diesem Fall ist der Schiedsgutachter dann gegenüber allen Parteien zur ordnungsgemäßen Erstellung seines Gutachtens verpflichtet. Rechtlich ist das ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB), bei dem der Schiedsgutachter und die ihn beauftragende Partei Vertragspartner des Gutachtervertrages und die übrigen Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede begünstigte Dritte sind. Es ist mithin nicht zwingend erforderlich, dass die den Schiedsgutachter beauftragende Partei den Gutachtervertrag im Namen (§ 164 BGB) aller Beteiligten (der Schiedsgutachtenabrede) abschließt.

b) 149

Die durchgeführte Beweisaufnahme hat ergeben, dass der Zeuge u lediglich als Privat- und nicht als Schiedsgutachter im Sinne der Schiedsgutachtenabrede der Beteiligten beauftragt wurde. 150

Ein Schiedsgutachterauftrag ist ihm weder von den Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede gemeinsam noch von der Beklagten unter eindeutiger Offenlegung der zugrunde liegenden Schiedsgutachtenabrede erteilt worden. Er ist vielmehr als Privatgutachter für die Beklagte tätig geworden. 151

Hierfür sprechen der schriftliche Gutachtervertrag vom 11.01./17.01.2000, den der Zeuge u allein mit der Beklagten abgeschlossen hat, und auch sein Verständnis vom dem Inhalt dieses Vertrages, das er nach den Vorgesprächen mit den Beteiligten, insbesondere aufgrund der Besprechung vom 17.12.1999 erlangt hat. 152

Das folgt aus dem schriftlichen Gutachtervertrag und vor allem aus der Aussage des Zeugen u. Die Aussagen der übrigen Zeugen lassen erkennen, dass die Parteien seinerzeit zwar bestrebt waren, den Zeugen u ihrer Schiedsgutachtenabrede entsprechend zu beauftragen. Das ist den Parteien aber letztendlich misslungen, so dass der Zeuge u als von der Beklagten beauftragter Privatgutachter tätig wurde. 153

Im Einzelnen: 154

aa) 155

Der Beklagten oblag es, den schriftlichen Gutachtervertrag mit dem Zeugen u abzuschließen. 156

Sie hat es versäumt, beim Abschluss dieses Vertrages vom 11.01./17.01.2000 offenzulegen, dass der Zeuge u für die Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede die in dieser vereinbarten Schiedsgutachten erstatten sollte. 157

(1) 158

Der Vertragstext beruht auf einem Entwurf des Zeugen u, der hierzu einen Formulartext und von ihm nach dem Vorgespräch vom 17.12.1999 verfasste Anmerkungen ("Anlage 2 zum Sachverständigenvertrag") verwandt hat. Änderungen oder Ergänzungen zu diesem Text hat die Beklagte nicht vorgenommen, bevor sie ihn gegengezeichnet hat. Das hat der Zeuge u dem Senat glaubhaft dargelegt. 159

(2) 160

161

Der Text des Gutachtervertrages enthält keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass der Zeuge u als Schiedsgutachter tätig werden oder Schiedsgutachten erstatten sollte. In ihm wird die Schiedsgutachtenabrede vom 26.11./27.12./14.01.2000 nicht erwähnt. Er enthält auch keine klare Bestimmung, die besagt, dass der Zeuge u Gutachten erstatten sollte, die nur einer sehr eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollten.	
Diese Umstände sind nicht versehentlich im Vertragstext unerwähnt geblieben.	162
Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass dem Zeugen u die Schiedsgutachtenabrede vor dem Abschluss seines Gutachtervertrages nicht gezeigt wurde und er erst im Januar 2001 eine Abschrift dieser Vereinbarung erhielt. In dem aus Anlass des Vertragsabschlusses geführten Gesprächen ist dem Zeugen u auch nicht ausdrücklich mitgeteilt worden, dass er als Schiedsgutachter tätig oder Schiedsgutachten erstatten sollte. Auch hiervon gehen beide Parteien aus.	163
Der Zeuge u hat zudem glaubhaft geschildert, dass er sich die - aus seiner Sicht - für den Gutachtervertrag wesentlichen Umstände bei der Vorbesprechung am 17.12.1999 notiert und diese dann auch vollständig in die von ihm für den Vertrag formulierte "Anlage 2" aufgenommen habe. Wenn der Text dieser Anlage die o.g. Umstände dann nicht erwähnt, spricht das dafür, dass sie von den Beteiligten auch nicht abgesprochen worden sind.	164
(3)	165
Der weitere Inhalt des schriftlichen Gutachtervertrages lässt nicht erkennen, dass der Zeuge u Gutachten erstatten sollte, die die Qualität eines Schiedsgutachtens haben sollten, auch wenn sie im Vertragstext nicht als solche bezeichnet wurden.	166
(a)	167
Zwar enthält der vom Zeugen u formulierte Text den Hinweis, dass	168
<i>"durch eine generelle Regelung zwischen Auftragnehmer und Generalunternehmer die Mängellage grundsätzlich behoben werden solle".</i>	169
Außerdem hat der Zeuge in den Vertragstext folgende Klausel aufgenommen:	170
<i>"8. Zum Thema "Privatgutachten"</i>	171
<i>Der Sachverständige ist ausdrücklich beauftragt, nach eigenem fachlichen Ermessen und in eigener, sorgfältig wahrgenommener Verantwortung frei und neutral festzustellen und zu beurteilen, wie dies auch im Gerichtsgutachten der Fall wäre.</i>	172
<i>Dieses Verfahren sowie die Offenlegung aller Unterlagen, d.h. eine höchstmögliche Transparenz der ganzen Situation und des Vorgehens wurden am 17.12.1999 im Baubüro ausdrücklich mit allen Beteiligten vereinbart mit dem Ziel, das Vertrauen der Beteiligten zurückzugewinnen, und soweit möglich, eine angemessene Bearbeitung zu ermöglichen."</i>	173
(b)	174
Diese Textstellen lassen im Ergebnis aber nicht darauf schließen, dass der Zeuge u Gutachten mit der Qualität eines Schiedsgutachtens und nicht lediglich Privatgutachten erstatten sollte.	175
	176

Die genannte Vertragsklausel drückt zwar die Verpflichtung des Gutachters zu einem unparteiischen und neutralen Vorgehen aus. Das macht einen Sachverständigen aber noch nicht zum "Schiedsgutachter".

Die Verpflichtung, unparteiisch und neutral vorzugehen, übernimmt nicht nur ein Schiedsgutachter. Sie obliegt auch einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen - zu diesen gehört der Zeuge u -, der einen Auftrag als Privatgutachter annimmt, und einem gerichtlichen Sachverständigen. 177

Für ein Schiedsgutachten ist vielmehr maßgeblich, dass die sachverständigen Feststellungen nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sind. Das gibt die Klausel nicht wieder. 178

Auf ein beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit weist auch die im Text erwähnte "generelle Regelung" zwischen den Parteien, mit der "die Mängelklage grundsätzlich behoben werden" soll, nicht hin. 179

Das hat die Vernehmung des Zeugen u ebenfalls ergeben. Der Zeuge hat zu dieser Textstelle ausgesagt, er habe angenommen, aufgrund einer gemeinsamen Absprache der Parteien tätig zu werden, deren genauen Inhalt er nicht gekannt habe. Auch wenn der Zeuge u dann, so seine Aussage, den Eindruck hatte, für die Parteien "verbindliche" Gutachten erstatten zu sollen, nach denen sie sich auch "richten" wollten, drückte dies zunächst (nur) seine allgemeine Verpflichtung aus, als Sachverständiger inhaltlich richtige (und insofern verbindliche) Feststellungen zu treffen. 180

Dass die Feststellungen deswegen nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sein sollten, folgt hieraus noch nicht und ist vom Zeugen u auch nicht so verstanden worden. Dem Zeugen war nämlich, das haben seine weiteren Angaben ergeben, nicht klar, dass die von ihm erwarteten gutachterlichen Feststellungen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sein sollten. Er hat sich hierüber keine Gedanken gemacht, weil er den Eindruck hatte, die Parteien "zögen" an einem Strang, so dass er einen Streit zwischen ihnen nicht zu entscheiden hatte. 181

Soweit der Zeuge bei seiner Vernehmung durch den Senat noch die Auffassung vertreten hat, die von ihm erwarteten Gutachten könne man als "Schiedsgutachten" bezeichnen, brachte das seine heutige Bewertung zum Ausdruck, die mit seiner damaligen Einschätzung nicht mehr übereinstimmt. 182

(4) 183

Der Senat hat bei der Auslegung des schriftlichen Gutachtervertrages berücksichtigt, dass der Zeuge u kein Jurist ist und ihm seinerzeit die juristische Bedeutung der Begriffe "Schiedsgutachten" und "Privatgutachten" nicht im einzelnen geläufig war, wie auch seine erstinstanzliche Vernehmung ergeben hat. 184

Der Zeuge u hat dem Senat aber auch erklärt, dass er im Zeitpunkt seiner Beauftragung bereits Erfahrungen mit Schiedsgutachten gehabt habe und für den Gutachtervertrag einen anderen Formulartextteil verwandt hätte, wenn von ihm Schiedsgutachten verlangt worden wären. Er habe, so seine Aussage, seinerzeit nicht gewußt, dass er es mit streitenden, konträr zueinander stehenden Parteien zu tun habe, andernfalls hätte er den Vertrag mit "Schiedsgutachten" oder einem ähnlichen Begriff überschrieben. 185

186

Auch diese Umstände machen deutlich, dass der Zeuge u beim Abschluss des Gutachtervertrages nicht die Vorstellung hatte, Schiedsgutachten erstellen zu sollen, selbst wenn er die juristische Bedeutung des Begriffs "Schiedsgutachten" seinerzeit nicht präzise erfasst hatte.

bb) 187

Den Gesprächen, die der Zeuge u vor dem Abschluss des schriftlichen Gutachtervertrages mit den Beteiligten geführt hat, hat der Zeuge nicht entnommen und auch nicht entnehmen können, dass er Schiedsgutachten erstatten sollte. 188

Das hat nicht nur die Vernehmung des Zeugen u, sondern auch die Vernehmung der übrigen Zeugen ergeben. 189

(1) 190

Dem Zeugen u ging aufgrund der Vorgespräche, insbesondere der Besprechung vom 17.12.1999 nicht davon aus, dass er Schiedsgutachten erstatten sollte. Das ist bei seiner Vernehmung deutlich geworden. 191

Der Zeuge hat zunächst bestätigt, dass man die von ihm zu erstattenden Gutachten nicht als Schiedsgutachten bezeichnet habe und er sich nicht als Schiedsgutachter verstanden habe. Dass lassen auch seine späteren Schreiben vom 06.09.2001 (K 13, Bl. 313-315 d.A.) und vom 18.09.2001 (K 16, Bl. 320-323 d.A.) erkennen, in denen er der Klägerin mitgeteilt hat, dass kein Schiedsgutachten beauftragt sei. 192

Unabhängig von der Wortwahl hat der Zeuge u den Vorgesprächen aber auch nicht entnommen, dass er Gutachten anfertigen sollte, die inhaltlich die Qualität von Schiedsgutachten haben sollten. 193

Eine Kopie der Schiedsgutachtenabrede der Beteiligten vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000 ist dem Zeugen erst im Januar 2001 überlassen worden. Wenn sie ihm bereits beim Abschluss des Gutachtervertrages vorgelegen hätte, hätte der Zeuge, so seine Aussage, den Parteien den Abschluss eines Schiedsgutachtervertrages angeboten und dementsprechend für den schriftlichen Vertrag einen anderen Formulartext verwandt. Das zeigt, dass dem Zeugen, der nach seinen Angaben bereits vor dem Abschluss des Gutachtervertrages Erfahrungen mit Schiedsgutachten hatte, durchaus bewußt war, dass sich Schiedsgutachten von Privatgutachten inhaltlich unterscheiden. Mag ihm auch unklar gewesen sein, dass der - aus juristischer Sicht - wesentliche Unterschied in der nur sehr eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit eines Schiedsgutachtens liegt. 194

Dass die von ihm zu erstattenden Gutachten gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sein sollten, hat der Zeuge u nach den mit ihm geführten Vorgesprächen nicht angenommen. Ihm ist nicht klar geworden, dass die Parteien miteinander stritten und er auch tätig werden sollte, um einen Rechtsstreit zwischen ihnen vermeiden. Er hatte zwar den Eindruck gewonnen, so seine Aussage, dass er "verbindliche" Gutachten erstatten sollte, nach denen sich die Beteiligten "richten" wollten. Wie bereits ausgeführt, bedeutete das für ihn aber nicht, dass seine Feststellungen deswegen nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sein sollten. 195

Der Senat folgt der Aussage des Zeugen u, der bei seiner Vernehmung ersichtlich bestrebt war, vollständig und richtig auszusagen. Seine Darstellung war differenziert. Tendenzen zu einer eine Partei begünstigenden Aussage sind nicht erkennbar geworden. 196

Dass der Senat die heutige Einschätzung des Zeugen, nach der seine zu erstattenden Gutachten (doch) als Schiedsgutachten qualifiziert werden könnten, nicht teilt, steht der Bewertung seiner Aussage nicht entgegen. Der Zeuge hat das damalige Geschehen glaubhaft geschildert.	197
(2)	198
Die Vernehmung der übrigen Zeugen hat die Angaben des Zeugen u im wesentlichen bestätigt. Auch sie hat ergeben, dass der Zeuge u den Gesprächen, die vor dem Abschluss des schriftlichen Gutachtervertrages geführt wurden, nicht entnehmen konnte, dass er Schiedsgutachten erstatten sollte.	199
Der Senat hat die Zeugen B, Prof. Dr. J, H3, O, M, I, Dipl.-Ing. y2 und X ausführlich vernommen.	200
Keiner der Zeugen hat ausgesagt, das in den mit dem Zeugen u geführten Gesprächen von anzufertigenden "Schiedsgutachten" gesprochen wurde. Die Zeugen haben vielmehr, soweit sie an den Gesprächen beteiligt waren und sich an ihren Inhalt erinnern konnten, ausgesagt, dass der Begriff "Schiedsgutachten" nicht gefallen sei.	201
Darüber hinaus haben sie bestätigt, dass dem Zeugen u die Schiedsgutachtenabrede vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000 vor dem Abschluss des Gutachtervertrages nicht bekannt gemacht wurde.	202
Schließlich hat keiner der Zeugen einen Geschehensablauf bekundet, nach dem der Zeuge u den Vorgesprächen entnehmen mußte, dass die von ihm zu erstattenden Gutachten inhaltlich die Qualität von Schiedsgutachten haben sollten.	203
Der die Streithelferin vertretende Zeuge C konnte sich an mit dem Zeugen u geführte Vorgespräche, an denen er teilgenommen hatte, nicht erinnern.	204
Der Zeuge Prof. Dr. J, der als Sachverständiger nach der Schiedsgutachtenabrede vom 26.11./27.12.#####/#####.01.2000 Mängel am Rohbau feststellen sollte, wußte nicht mehr, was in der Besprechung vom 17.12.1999 mit dem Zeugen u erörtert worden war. Der Zeuge hat den ihm erteilten Auftrag aber - ebenso wie seinerzeit der Zeuge u - nicht als Schiedsgutachterauftrag verstanden, wie der dem Senat glaubhaft dargelegt hat.	205
Der Zeuge H3 war als Mitarbeiter der Streithelferin an den Vorgesprächen mit den Sachverständigen beteiligt. Er konnte sich daran erinnern, dass bei den Gesprächen über verbindliche Gutachten gesprochen wurde, nach denen sich die Beteiligten richten wollten. Er wußte aber nicht, ob dem Zeugen u mitgeteilt worden war, dass seine sachverständigen Feststellungen nur eingeschränkt überprüfbar sein sollten.	206
Der Zeuge O hat als Vertreter der Beklagten die Besprechung vom 17.12.1999 geführt. Er hat ausgesagt, dass den Sachverständigen gegenüber von zu erstattenden Gutachten gesprochen worden sei, die für die Parteien verbindlich sein sollten und mit denen ein langwieriges Gerichtsverfahren vermieden werden sollte. Das drückt zwar eine Zielsetzung aus, die regelmäßig mit einem Schiedsgutachten verfolgt wird. Diese Zielsetzung kann aber auch ein von mehreren Parteien gemeinsam beauftragtes Privatgutachten haben. Dass auch über die für ein Schiedsgutachten maßgebliche eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der sachverständigen Feststellungen gesprochen wurde, konnte der Zeuge O nicht bestätigen. Daran habe man, so der Zeuge, nicht gedacht.	207

Der Zeuge M war seinerzeit als Bauleiter der Klägerin vor Ort tätig und hat in dieser Funktion an dem Gespräch vom 17.12.1999 teilgenommen. Er wußte noch, dass über verbindliche Gutachten gesprochen wurde, die die Sachverständigen erstatten sollten. Nähere Angaben dazu, welche Bindungswirkung die Gutachten haben sollten, konnte der Zeuge nicht machen. 208

Der Zeuge I hat als Vertreter der Klägerin an der Besprechung vom 17.12.1999 mitgewirkt. Auch er hat nicht ausgesagt, dass man von den Sachverständigen Gutachten verlangt habe, die nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sein sollten. Er habe, so der Zeuge, die zu erteilenden Gutachteraufträge nicht so aufgefasst, dass sie ein späteres Gerichtsverfahren entbehrlich machen sollten. 209

Der Zeuge y2, der seinerzeit im Auftrag der Beklagten als Projektsteuerer mit dem Bauvorhaben befasst war, hat ebenfalls ausgesagt, dass man von den Sachverständigen die Erstattung verbindlicher Gutachten verlangt habe. Hierbei sei, so der Zeuge, auch deutlich geworden, dass die Parteien im Grunde miteinander stritten. Darüber, welche Bindungswirkung die Gutachten in einem gerichtlichen Verfahren haben sollten, ist allerdings auch nach den Angaben dieses Zeugen nicht gesprochen worden. 210

Der Zeuge X2 sollte als Sachverständiger Mängel am Außenputz feststellen. An der Vorbesprechung vom 17.12.1999 hat er zu einem späteren Zeitpunkt als der Zeuge u teilgenommen. Er hat zwar bekundet, dass er sich als "Schiedsgutachter" verstanden habe. Mit dem Begriff des Schiedsgutachtens verband der Zeuge aber kein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Gutachten, wie er dem Senat erläutert hat. Im Übrigen hat auch der Zeuge X ausgesagt, dass bei dem Treffen vom 17.12.1999 mit ihm nicht besprochen worden sei, dass seine gutachterlichen Feststellungen nur eingeschränkt überprüfbar sein sollten. 211

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Zeuge u beim Abschluss des Gutachtervertrages lediglich als Privat- und nicht als Schiedsgutachter im Sinne der Schiedsgutachtenabrede der Beteiligten beauftragt wurde. Aufgrund des Gutachtervertrages ist er demnach als Privatgutachter für die Beklagte tätig geworden. 212

Damit sind die von der Klägerin gestellten Feststellungsanträge auch begründet. Neben dem Klageantrag zu Nr. 1 sind auch die Klageanträge zu Nr. 2 und Nr. 3 begründet, weil sie die rechtlichen Folgen des erfolgreichen ersten Klageantrages ausdrücken. 213

II. Widerklage 214

Die jedenfalls gemäß § 39 ZPO zulässige Widerklage der Beklagten ist unbegründet. 215

Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft im Sinne des § 8.3.2 und des § 8.3.3 des Generalunternehmervertrages. 216

Der Generalunternehmervertrag sieht in § 8.3.2 (nur) vor, dass die Klägerin die Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes Zug um Zug gegen die Übergabe einer Bürgschaft im Sinne der Ziff. 8.3.2 und 8.3.3 verlangen konnte. Die Beklagte konnte mithin den Gewährleistungseinbehalt bis zur Stellung einer derartigen Bürgschaft zurückhalten. 217

Ein weitergehender Anspruch der Beklagten auf Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft im Sinne des § 8.3.2 und des § 8.3.3 des Generalunternehmervertrages ist dem Vertragstext nicht zu entnehmen. Hätte die Beklagte den Gewährleistungseinbehalt vorzeitig, z.B. ohne 218

überhaupt eine Bürgschaft zu verlangen, ausgezahlt, hätte sie diese Bürgschaft nachträglich auch nicht mehr beanspruchen können.

Der Senat kann offen lassen, ob die Klägerin gem. § 8.3.1 des Generalunternehmervertrages eine Gewährleistungssicherheit schuldet. Dieser Vertragsbestimmung ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass diese Sicherheit nur in einer Bürgschaft im Sinne des § 8.3.2 und des § 8.3.3 des Vertrages bestehen konnte. Vielmehr sind alle nach der VOB/B, die gem. § 1.3.2 des Generalunternehmervertrages ergänzend gilt, zulässigen Sicherheitsleistungen als geeignet anzusehen, mithin auch die Bankbürgschaften, die die Beklagte erhalten hat. 219

Auf die vorstehenden Gesichtspunkte ist die Beklagte mit Schreiben des Berichterstatters vom 10.04.2003 (Bl. 855 d.A.) und bei den rechtlichen Erörterungen im Senatstermin vom 24.Juli 2003 hingewiesen worden. Sie hat hierzu nicht Stellung genommen und insbesondere keinen, von der vorstehenden Auslegung des schriftlichen Generalunternehmervertrages abweichenden Vertragsinhalt dargelegt. 220

III. Hilfswiderklage 221

1. Hilfswiderklageantrag (Neubeauftragung Eschens als Schiedsgutachter) 222

Der Senat erachtet diesen Antrag als sachdienlich und lässt ihn gemäß § 533 ZPO zu. 223

Der Antrag ist aber bereits deswegen unbegründet, weil der Zeuge u von der Beklagten letztendlich nur als Privatgutachter beauftragt und tätig wurde. Deswegen ist er als Schiedsgutachter nicht mehr geeignet (BGH NJW-RR 1994, 1314f). 224

Bereits aus diesem Grund kann die Beklagte nicht (mehr) verlangen, dass der Zeuge u von den Beteiligten der Schiedsgutachtenabrede erneut und nunmehr als Schiedsgutachter beauftragt wird. 225

2. Hilfswiderklageantrag (Leistungsbestimmung durch Urteil) 226

Der Antrag ist gem. § 533 ZPO unzulässig. Die Klägerin hat ihm nicht zugestimmt, der Senat hält ihn nicht für sachdienlich. 227

Eine erst in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage kann sachdienlich sein, wenn sie geeignet ist, den Streit zwischen den Parteien endgültig und alsbald auszuräumen. Maßgeblich ist der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit (vgl. BGH NJW 1977, 49, auch Gummer/Heßler in Zöller, ZPO-Kom., 24. Aufl. 2004, § 533 Rz. 10). 228

Die Zulassung des zweiten Hilfswiderklageantrages ist nicht prozesswirtschaftlich, weil der Senat dann über einen völlig neuen, bislang noch nicht aufgeklärten Streitstoff entscheiden müßte. 229

Die von der Beklagten unter Vorlage der Gutachten des Sachverständigen u gerügten Mängel müßten im Einzelnen aufgeklärt und den Anforderungen der Schiedsgutachtenabrede entsprechend bewertet werden. Das war bislang nicht Gegenstand des Rechtsstreits und des Parteivortrages und mußte es auch nicht sein, weil die mit der Klage zu klärende Frage, ob der Zeuge u als Schiedsgutachter tätig wurde, keine Auseinandersetzung mit den von ihm festgestellten Mängeln erfordert. Eine alsbaldige Entscheidung über den neuen Streitstoff ist nicht zu erwarten, nachdem die Klägerin die bisherigen Feststellungen des Sachverständigen u und insbesondere die von ihm vorgenommene Bewertung der Mängel in Frage gestellt hat. Außerdem erscheint es sachgerecht, den Parteien zur Klärung dieser Fragen zwei 230

Tatsacheninstanzen zu belassen.

C.	231
Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	232
D.	233
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs.1, 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	234
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Bundesgerichtshofes. Die vom Senat zu entscheidenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt und vom Senat nicht abweichend von der höchstrichterlichen Rechtsprechung beurteilt worden.	235