OLG München, Endurteil v. 07.03.2023 – 28 U 1250/18 Bau

Titel:

Erfüllung einer Schiedsgutachtenklausel durch gerichtliche Bestimmung bei Wegfall des ursprünglich benannten Schiedsgutachters

Normenkette:

BGB § 133, § 157, § 317 Abs. 1, § 319, § 633, § 779

Leitsätze:

1. Eine Schiedsgutachtenklausel in einem Prozessvergleich ist durch gerichtliche Bestimmung zu erfüllen, wenn der ursprünglich benannte Schiedsgutachter nicht mehr zur Verfügung steht. (Rn. 30 – 33) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Abnahme der Werkleistung ist keine Anspruchsvoraussetzung für den Abgeltungsanspruch aus einer Schiedsgutachtenvereinbarung, wenn der Vergleich eine abschließende Regelung bei fehlgeschlagener Nachbesserung vorsieht. (Rn. 21 – 28) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Prozessvergleich, Schiedsgutachtenvereinbarung, Mängelbeseitigung, Nachbesserung, Abnahme, Werkvertragsrecht, Sachverständigenkosten, Bauwerk, Mängel, Beseitigungskosten, Schiedsgutachter, gerichtliche Bestimmung, Vertragsauslegung, Sachverständiger, Vergleich, Billigung

Vorinstanzen:

BGH, Urteil vom 11.03.2021 – VII ZR 196/18

OLG München, Beschluss vom 28.08.2018 – 28 U 1250/18

LG München II, Endurteil vom 14.03.2018 – 5 O 3577/13

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Urteil vom 18.12.2025 – VII ZR 53/23

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts München II vom 14.03.2018, Az. 5 O 3577/13 Bau, abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 235.156,55 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 206.594,27 Euro seit 13.10.2022 und aus 28.562,28 Euro seit 19.01.2023 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten der Streithilfe auf Klägerseite.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin bzw. ihr Streithelfer vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Klägerin macht gegen die Beklagte u. a. Ansprüche aus einem am 15.02.2012 geschlossenen Prozessvergleich (Landgericht München II, Az. 504516/11) geltend.

2
Die Beklagte erwarb als Bauträgerin das Hausgrundstück …, teilte dieses in Wohnungs- und Teileigentum auf, veränderte und baute das Anwesen aus und veräußerte im Jahr 2003/2004 die Wohnungseigentumsanteile an die Mitglieder der Klägerin. Zu einer Abnahme kam es nicht, da die

Erwerber in erheblichem Umfang Mängel rügten und die Beklagte unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung aufforderten.

3
Da die Beklagte keine Mangelbeseitigung durchführte, veranlasste die Klägerin am 16.09.2005 die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens, in dem durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen und Streithelfer der Klägerin – den die Beklagte erfolglos als befangen ablehnte – erhebliche Mängel im Umfang von knapp 120.' Euro festgestellt wurden. Das selbständige Beweisverfahren endete durch Beschluss vom 18.02.2011.

4
Die Klägerin forderte die Beklagte in der Folge auf, die im Gutachten des selbständigen Beweisverfahrens festgestellten Mängel zu beseitigen, worauf die Beklagte eine Liste übersandte und darauf hinwies, dass nur in Richtung der aufgelisteten Punkte Bereitschaft zur Mängelbeseitigung bestünde. Die Beklagte begann Ende März 2011 mit den von ihr angekündigten Mangelbeseitigungsarbeiten, welche die Klägerin durch den von ihr bestellten Sachverständigen … als grob mangelhaft zurückwies. Weitere Verhandlungen zur Mangelbeseitigung endeten im August 2011. Die Klägerin teilte der Beklagten im August 2011 mit, dass kein Einverständnis mit weiteren Nachbesserungsversuchen bestünde und erhob im September 2011 im Verfahren 5 O 4516/11 Vorschussklage mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 140.' Euro zu verurteilen.

5
In diesem Rechtsstreit schlossen die Parteien am 15.02.2012 folgenden Vergleich:

I. Die Beklagte verpflichtet sich am streitgegenständlichen Anwesen sämtliche Mängel, die der Sachverständige … im selbstständigen Beweisverfahren 10 OH 5652/05 bzw. 4 OH 5652/05 in seinem Gutachten vom 30.03.2009 und 30.03.2010 festgestellt hat mit Ausnahme der Ziffer 5.21 aus dem Gutachten vom 03.03.2009 dort Seite 67 Kinderwagen/Fahrradraumgemäß dem Gutachten bis zum 31.10.2012 zu beseitigen.

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

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

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

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

V. …

VI. Die Beklagte zahlt an die Klägerin zur Abgeltung des unter Ziffer 5.21 des Gutachtens des Sachverständigen … vom 30.03.2009 (dort Seite 67) einen Betrag von 7.000, – EUR.

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

Die Parteien sind sich darüber einig, dass etwaige Ansprüche, die die Klägerin aus einem Abriss des Garagenanbaus hiervon unberührt bleiben“.

…

6
Die Klägerin fordert nunmehr im gegenständlichen Verfahren auf Grundlage der Ziff. IV des Vergleichs Kosten für die Abgeltung noch bestehender Mängel. In Vollzug des Vergleichs wurde zunächst der Sachverständige … (Ziff. II des Vergleichs) einvernehmlich gegen den Sachverständigen … ausgewechselt und Mitarbeiter dieses Sachverständigenbüros begleiteten die Mängelbehebungsmaßnahmen. In dem nach

der Abnahmebegehung erstellten Gutachten vom 16.05.2013, unterzeichnet von dem Sachbearbeiter … und dem Sachverständigen …, heißt es u. a.:

„Zusammenfassend ist festzuhalten, dass noch eine erhebliche Anzahl von Mängeln aus meinen Gutachten [1] und [2] vorhanden ist und dass die Mangelbeseitigungsarbeiten nicht fachgerecht ausgeführt wurden. (…) Die Kosten für die durchzuführenden Mangelbeseitigungsarbeiten einschließlich der erforderlichen Rückbauarbeiten der mangelhaft ausgeführten Leistungen werden durch mich (…) grob überschlägig auf ca. 88.000,-zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer geschätzt. In der geschätzten Summe nicht enthalten sind Kosten für die Beseitigung von Mängeln, welche erst im Zuge von weiteren Bauteilöffnungen … erkannt werden."

7
Nach der am 27.09.2013 durchgeführten Bauteilöffnung erfolgte eine Ergänzung durch das Gutachten vom 24.10.2013, unterzeichnet von dem Sachbearbeiter … und dem Sachverständigen …:

„Die Kosten für die durchzuführenden Mangelbeseitigungsarbeiten einschließlich, der erforderlichen Rückbauarbeiten der mangelhaft ausgeführten Leistungen werden durch mich (…) grob überschlägig auf ca. 170.000,-bis 200.000,-(…) geschätzt".

8
Die grobe Schätzung wurde am 11.07.2014 konkretisiert auf 178.337,41 netto.

9
Da sich die Beklagte weigerte, bezahlte die Klägerin für die erforderliche Bauteilöffnung, die nachfolgende Bewertung und die weitere Kostenschätzung, insgesamt 10.574,88 Euro. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte bislang nicht. Die Klägerin behauptete zudem in erster Instanz, im Zuge der Mangelbeseitigung seien in den Gärten Schäden im Umfang von 2.856.-Euro verursacht worden.

10
Das Landgericht wies die Klage ab. Ein Anspruch auf Zahlung von 238.000,-EUR aus Ziff. IV des Vergleichs vom 15.02.2012 bestünde nicht. Zum einen liege keine Abnahme vor, die ausdrücklich als Voraussetzung eines Anspruchs im Vergleich geregelt sei. Eine Auslegung dahingehend, dass lediglich eine Abnahmebegehung gemeint gewesen sei, komme nicht in Betracht. Zum anderen fehle es an den erforderlichen Feststellungen durch den Schiedsgutachter …, denn die Feststellungen und Bewertungen seien im Wesentlichen durch den Sachverständigen … und nicht den Sachverständigen … gefertigt worden. Auch ein Anspruch auf Ersatz der Sachverständigenkosten bestünde nicht, weil die Baubegleitung und Überwachung nicht durch den Sachverständigen … erfolgt sei. Der Teilbetrag von 2.869,27 EUR (Erstellung Kostenschätzung) könne überdies nicht aus Ziff. II. des Vergleichs hergeleitet werden. Schließlich bestünde auch kein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz für angebliche Schäden in den Gartenanlagen.

11
Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlich nach Teilrücknahme zuletzt gestellten Antrag (Zahlung von 225.652,52 EUR in der Hauptsache) weiter. Der Begriff Abnahme in Ziff. IV. des Vergleichs sei vom Landgericht unrichtig ausgelegt worden. Dies könne vom Berufungsgericht voll überprüft werden. Auch die Beklagtenseite sei nicht davon ausgegangen, dass eine Abnahme vorausgehen müsse, wie die Ausführungen in der Klageerwiderung belegten. Die vom Landgericht vertretene Auslegung führe zu dem Ergebnis, dass die Beklagte durch Verweigerung einer ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung und damit durch Vertragsuntreue die Klage zu Fall bringen könne. § 317 BGB finde im Zusammenhang mit der Begutachtung durch den Sachverständigen … keine Anwendung.

12
Im Berufungsverfahren wurde der Rechtsstreit in Richtung der geltend gemachten Schäden an der Gartenanlage über 2.856.-Euro übereinstimmend für erledigt erklärt.

13
Soweit der Rechtsstreit nicht für erledigt erklärt wurde, wird beantragt:

Die Klägerin beantragte ursprünglich in der Hauptsache eine Verurteilung zur Zahlung über 225.652,52 Euro, erhöhte diesen Antrag nach Eingang des Gutachtens und beantragt zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 206.594,27 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz ab dem 13.10.2022 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, EUR 28.562,28 zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab Zustellung dieses Schriftsatzes bei der Beklagten zu zahlen.

14
Die Beklagte beantragt

Die Berufung wird zurückgewiesen.

15
Die Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Eine Abnahme habe nicht stattgefunden, weshalb Ansprüche aus Ziff. IV des Vergleichs insgesamt ausgeschlossen seien. Auch setze Ziff. IV voraus, dass der Sachverständige … Mängel festgestellt hätte. Dieser Sachverständige sei aber nicht tätig geworden und könne nicht ersetzt werden. Die Klägerin habe in dem Verfahren auch erst verspätet das Gutachten vorgelegt, ein Umstand, der wertend der Versäumung einer Ausschlussfrist gleich käme. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung, dies insbesondere auch in Richtung der Klageerhöhung über knapp 10.000 Euro. Auf die Einzelheiten der Ausführungen der Beklagtenseite wird Bezug genommen.

16
Der Senat hatte mit Beschluss vom 28.08.2018 die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hob mit Urteil vom 11.3.2021 den vorgenannten Beschluss auf und verwies das Verfahren an das Oberlandesgericht zurück.

17
Der Senat hat im Hinblick auf die Revisionsentscheidung mit Verfügung vom 26.04.2021 die Parteien aufgefordert, sich auf einen alternativen Sachverständigen zu einigen, da der im Vergleich vorgesehene Schiedsgutachter nicht zur Verfügung stand. Weil eine Einigung nicht erfolgte, hat der Senat mir Beschluss vom 13.10.2021 den Sachverständigen … zum Sachverständigen gem. Ziff. IV des Prozessvergleichs der Parteien vom 15.2.2012 bestimmt. Auf das von diesem daraufhin erstattete Gutachten vom 13.10.2022, eingegangen am gleichen Tage, wird Bezug genommen.

II.

18
Die zulässige Berufung ist begründet.

19
Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung von 206.594,27 Euro aus Ziff. IV des zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs vom 15.02.2012 (§§ 779 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB).

20
a. Ziffer IV des Prozessvergleichs ist eine Schiedsgutachtenvereinbarung, wobei der Schiedsgutachter zudem den Umfang des dort geregelten Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte bestimmt (vgl. die o.g. Entscheidungen des OLG München, insoweit bestätigt durch den Bundesgerichtshof).

21
b. Der Anspruch scheitert nicht an der fehlenden Abnahme, wovon auch der Bundesgerichtshof ausgegangen sein muss, andernfalls eine Zurückverweisung nicht in Betracht gekommen wäre.

22
Dass die Abnahme keine vertragliche Anspruchsvoraussetzung ist, ergibt sich aus einer Auslegung des Vergleichs. In der Anspruchsgrundlage Ziff. IV des Vergleichs heißt es, dass die Mängel abzugelten sind, die bei der Abnahme festgestellt werden. Hiermit wird zum Ausdruck gebracht, dass Mängel, die nach der Fertigstellungsanzeige der Beklagten im Zuge der Abnahmeprüfung festgestellt werden, monetär abzugelten sind.

23
(1) Bereits eine grammatikalische Auslegung (§§ 133, 157 BGB) führt zu diesem Ergebnis.

24

Im Vergleich heißt es – abweichend von der gesetzlichen Systematik, wonach die Sekundärrechte nach der Abnahme entstehen – bei Abnahme. Damit ist der Verweis auf die Abnahme allein temporär zu verstehen.

25
(2) Auch die historische Auslegung und der Telos des Vergleichs stützen dieses Ergebnis.

26
Der Vergleich wurde geschlossen, um der Beklagten die Möglichkeit der zweiten Andienung zu geben, ihre Primärpflichten zu erfüllen, da im selbständigen Beweisverfahren festgestellt wurde, dass deren Werkleistung gravierend mangelhaft war. Die Beklagte erhielt daher als Unternehmerin in Ziff. 1 des Vergleichs die Möglichkeit, Nachbesserungsarbeiten durchzuführen. Sollten die Nachbesserungsarbeiten aber fehlschlagen, sollte die Klägerin unmittelbar einen monetären Ausgleich erhalten (Ziff. 4 des Vergleichs).

27
Da eine Abnahme aber die Billigung einer Leistung als vertragsmäßig ist, kann diese denknotwendig nicht Voraussetzung für eine Abgeltungszahlung nach fehlgeschlagener Nachbesserung sein. Schlägt die Nachbesserung fehl, ist die Leistung nicht vertragsmäßig und damit nicht abnahmefähig. Eine andere Lesart widerspricht dem Zweck des Vergleichs. Sollte die Klägerin zum Ergebnis kommen, dass die Nachbesserung nicht vertragsmäßig und damit nicht abnahmefähig ist, müsste sie erneut eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen. Dies war erkennbar nicht gewollt, denn der Vergleich sollte ein Schlussstrich darstellen. Die Beklagte als Unternehmerin erhielt nochmals die Möglichkeit der Nachbesserung, die dadurch eingeschränkt wurde, dass ein Sachverständiger die Arbeiten begleiten sollte (Ziff. 2 des Vergleichs). Wenn dann die Beklagte nach sachverständiger Begleitung ihre Arbeiten als abgeschlossen betrachtete, sollte damit das Nachbesserungsrecht endgültig erlöschen.

28
Eine Auslegung des Vergleichs ergibt daher, dass Voraussetzung des Abgeltungsanspruchs eine Fertigstellungsanzeige des Unternehmers ist, in der dieser zum Ausdruck bringt, dass er sein in Ziff. 1 verankertes Nachbesserungsrecht ausgeübt hat. Die Fertigstellungsanzeige führt dann dazu, dass die Klägerin als Bestellerin die Vertragsmäßigkeit prüfen darf, d. h. dass die Klägerin feststellen kann, ob die Nachbesserungsarbeiten abnahmefähig sind. Diese Prüfung durch die Klägerin erfolgte und hierbei wurde festgestellt, dass in erheblichem Umfang Mängel verblieben waren.

29
(3) Der nunmehr mit der Begutachtung beauftragte Sachverständige … hat in seinem Gutachten vom 13.10.2022 erhebliche Mängel festgestellt und die Beseitigungskosten auf 220.000 Euro beziffert.

30
a. Die Bewertung durch den Sachverständigen … steht dem Anspruch nicht entgegen, auch wenn im Vergleich eine Begutachtung durch den Sachverständigen … vorgesehen ist.

31
Dies ergibt sich bereits aus § 317 Abs. 1 BGB. Die im Vergleich vorgesehene Leistungsbestimmung – nämlich die Zahlung – ist nicht (mehr) möglich, da der Sachverständige … für eine Begutachtung nicht zur Verfügung steht, denn er ist in Ruhestand und hat eine weitere Begutachtung abgelehnt.

32
Damit kann das Gericht durch Urteil die Leistung bestimmen, d. h. die Höhe der Abgeltungszahlung.

33
[1] Zur billigen Bestimmung der Leistung hat das Gericht gemäß §§ 317, 319 Abs. 1 S. 2 BGB analog in Umsetzung der zwischen den Parteien geregelten Schiedsgutachterklausel und unter Bestimmung eines Sachverständigen der Klägerin aufgegeben, eine Begutachtung durchzuführen.

34
Im Vergleich hatten sich die Parteien darauf verständigt, dass die Leistungsbestimmung des Dritten abhängig sein soll vom Umfang der erforderlichen Nachbesserungsarbeiten für bestehende Mängel; Grundlage dieser Leistungsbestimmung ist folglich – quasi als Vorarbeit – die gutachterliche Feststellung von Mängeln und die Schätzung der hierfür erforderlichen Beseitigungskosten. Die Parteien – das ergibt sich aus dem Telos der Schiedsgutachterklausel – wollten ganz offensichtlich sicherstellen, dass nach

Erstellung des Gutachtens Rechtssicherheit besteht und das Ergebnis der Begutachtung nicht in einem langwierigen weiteren Verfahren hinterfragt werden kann.

35
[2] Da dem Gericht die Sachkunde für eine unmittelbare Leistungsbezifferung fehlt, nach einer Auslegung des Vergleichs vom 15.02.2012 eine gerichtliche Begutachtung aber von den Parteien ausgeschlossen wurde, hat der Senat mangels Einigung der Parteien die Person des Schiedsgutachters bestimmt. Wenn schon die Leistungsbestimmung insgesamt durch das Gericht erfolgen kann, gilt das auch für vorbereitenden Maßnahmen (argumentum a maiore ad minus), wie hier, nämlich die Benennung eines neuen Schiedsgutachters.

36
Diese Möglichkeit der Mängelfeststellung ergibt sich auch aus Tz. 39 der Revisionsentscheidung, die diesen Weg ausdrücklich aufzeigt.

37
[3] Die Benennung des Sachverständigen … entspricht auch der Billigkeit und ist sachgerecht.

38
Die historische Auslegung ergibt, dass für die Parteien bei Benennung des Sachverständigen prozesswirtschaftliche und verfahrensökonomische Erwägungen im Vordergrund standen und nicht zwingend die Person des Sachverständigen. So wurde der Sachverständige seitens der Beklagten im selbständigen Beweisverfahren als befangen abgelehnt und trotzdem zum Schiedsgutachter gewählt. Auch haben sich die Parteien in Ziff. II des Vergleichs auf einen weiteren Sachverständigen für die Begleitung der Mangelbeseitigungsarbeiten verständigt, der aber bereits von der Klägerin privat zuvor beauftragt worden war. Die Parteien wollten also die vorhandenen tatsächlichen Kenntnisse der bereits involvierten Sachverständigen nutzbar machen und weitere Kosten durch einen neuen Sachverständigen vermeiden, der sich vollständig neu hätte einarbeiten müssen; auch sollte hierdurch eine zeitnahe Beendigung der Vertragsstörungen erreicht werden, denn immerhin erfolgte der Vergleichsschluss sieben Jahre nach Einleitung des OH-Verfahrens.

39
Für die Auswahlentscheidung durch den Senat war daher der von den Parteien verfolgte Zweck maßgeblich und zu berücksichtigen. Es wurde insoweit daher beachtet, dass der nunmehrige Sachverständige Angestellter des Sachverständigenbüros des ursprünglich vereinbarten Schiedsgutachters ist. Mit den Parteien war ursprünglich vereinbart, dass Herr … tätig werden dürfe (Zeugenaussage des Sachverständigen … in der mündlichen Verhandlung vor dem Erstgericht am 7.12.2016) und den Schiedsgutachter unterstützen sollte;. Der Sachverständige wurde daher als Sachberater von Anfang an zugezogen. Er kennt das Objekt, hat es in Abstimmung mit dem ursprünglichen Schiedsgutachter untersucht und sich mit diesem ausgetauscht. Der Sachverständige war zu keinem Zeitpunkt als Parteigutachter tätig, so dass er Gewähr für eine neutrale Ausübung seines Amtes bot. Die Beklagte hat gegen die Mitwirkung des Sachverständigen vor Ort auch keine Bedenken erhoben. Der Sachverständige ist ein gerichtlich bekannter und vielfach bestellter Gutachter.

40
[4] Der Schiedsgutachter hat den Umfang der Mangelbeseitigungsmaßnahmen bestimmt.

41
Das Gutachten ist verwertbar; soweit die Beklagte argumentiert, die Klägerin habe die Frist zur Vorlage des Gutachtens versäumt, weshalb dieses nicht verwertbar ist, folgt der Senat dem nicht: Die Voraussetzungen des § 296 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor, da eine Zulassung den Rechtsstreit nicht verzögert. Hinzu kommt, dass die Klägerin die verspätete Vorlage ausreichend entschuldigt hat unter Verweis darauf, wann der Sachverständige das Gutachten erstellt hat. Eine materielle Ausschlussfrist vermag der Senat nicht zu erkennen und die Annahme einer solchen widerspricht der Rechtsfolge des § 148 ZPO, der analog für die Anordnung der Gutachtensvorlage angewandt wurde (Wendtland in BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, 47. Edition, Stand: 01.12.2022, § 148 Rnr. 16).

42

Der Senat kann in Umsetzung des § 319 Abs. 1 S. 2 BGB analog die Leistungsbestimmung vornehmen und er beziffert diese mit 206.594,27 Euro. Es haben sich keine Anhaltspunkte dahingehend ergeben, dass die Feststellungen in dem vorgelegten Gutachten unbillig sind.

43
b. Gleiches ergibt sich aus einer erläuternden sowie einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB).

44
[1] Vieles spricht bereits dafür – auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen –, dass als Schiedsgutachter nicht der Sachverständige …, sondern das Sachverständigenbüro … benannt wurde. Nach der oben gezeigten historischen Auslegung standen für die Parteien bei Benennung des Sachverständigen prozesswirtschaftliche und verfahrensökonomische Erwägungen im Vordergrund und nicht die Person des Sachverständigen.

45
[2] Andernfalls würde der Vergleich dann eine Lücke aufweisen, da die Parteien sich dann keine Gedanken darüber gemacht hätten, wie zu verfahren sein sollte, wenn der als Schiedsgutachter benannte Sachverständige nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht.

46
Die Vertragslücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Zentraler Gesichtspunkt ist hierbei der von den Parteien im Prozessvergleich vom 15.2.2012 verfolgte Zweck.

47
Die Parteien wollten eine endgültige und abschließende Regelung für die gestörte werkvertragliche Beziehung unter Vermeidung weiterer Rechtsstreitigkeiten. Das ergibt sich bereits aus dem Zusammenspiel der einzelnen Vergleichspunkte, mit denen die unterschiedlichen Eventualitäten geregelt wurden. So sollte die Beklagte die mangelhafte Werkleistung nachbessern und bei einem Fehlschlag eine Ausgleichszahlung leisten. Damit sind die beiden Möglichkeiten – Erfolg und Nichterfolg – von Nachbesserungsarbeiten geregelt. Damit wäre die Leistungsstörung abschließend behoben und weitere gerichtliche Verfahren wären nicht erforderlich.

48
Das ergibt sich auch aus der Bewertung der Gutachterklausel, die sich als Schiedsgutachterklausel darstellt (s. o.). Gerade Bauprozesse sind im Hinblick auf die Komplexität der Tatsachenfeststellungen zeitintensiv. Einigen sich Parteien auf eine Begutachtung unter Anerkennung der Ergebnisse, bringen sie hiermit zum Ausdruck, dass gerade die Endgültigkeit der Regelung zentrales Vertragselement sein soll.

49
Aus dem Vergleich ergibt sich mithin – auch – die Verpflichtung, sich auf einen alternativen Schiedsgutachter zu verständigen, wie der Senat bereits im April 2022 dahingehend angeregt hatte, die Parteien mögen sich auf irgendeinen Gutachter verständigen. Dies hat die Beklagte aber vehement verweigert.

50
Da die Auswahl des Sachverständigen … der Billigkeit entspricht – siehe oben – ist die Verweigerungshaltung der Beklagten nach § 242 BGB unbeachtlich. Sie kann sich nicht darauf berufen, dass die unzutreffende Person als Schiedsgutachter tätig wurde.

51
[3] Der Sachverständige hat in seinem Gutachten den vorgenannten Betrag als Mangelbeseitigungsbetrag festgestellt.

52
Er ist deshalb zuzusprechen.

53
c. Der Anspruch ist nicht verjährt.

54

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Verjährung der Ansprüche aus Ziff. IV. des Vergleichs vom 15.02.2012 – diese fällig mit Erstattung des Gutachtens am 13.11.2022 – begann daher erst zu diesem Zeitpunkt (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

55
Im Übrigen hat die Klägerin die Ansprüche aus dem streitgegenständlichen Vergleich bereits 2013 rechtshängig gemacht, so dass ab diesem Zeitpunkt die Verjährung gehemmt war.

56
Der Anspruch der Klägerin besteht im Übrigen – würde man davon ausgehen, dass der Anspruch aus dem Vergleich im Hinblick auf den Wegfall des Schiedsgutachters unmöglich wurde – als Schadensersatz gemäß §§ 643 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB.

57
a. Die Parteien haben einen Werkvertrag geschlossen (§ 631 Abs. 1 BGB).

58
b. Die Werkleistung der Beklagten ist nicht abnahmefähig.

59
Angesichts des Zeitablaufs, der vehementen Behauptung der Beklagten, dass die Nachbesserungsarbeiten nicht mangelhaft seien, der endgültigen Weigerung der Klägerin, Mangelbeseitigungsarbeiten der Beklagten zu dulden und dem Vertrags- sowie Prozessverhalten der Parteien ist das Vertragsverhältnis zur Überzeugung des Senats so tiefgehend erschüttert, dass die Voraussetzungen für ein Abrechnungsverhältnis vorliegen, mithin eine Abnahme entbehrlich ist.

60
c. Die Werkleistung der Beklagten ist – gravierend – mangelhaft (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB).

61
Hiervon ist der Senat überzeugt aufgrund der gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen ….

62
(1) Die Feststellungen sind geeignete Grundlage für eine Überzeugungsbildung nach §§ 416, 414 ZPO.

63
Der gerichtlich nicht bestellte Sachverständige hat in seinem Gutachten, eine Privaturkunde, seine Überzeugungsbildung dokumentiert. Im Hinblick auf die konkreten Besonderheiten des Falles, wurde der Schiedssachverständige einem gerichtlich bestellten Sachverständigen vergleichbar tätig. Die Auswahlentscheidung erfolgte durch den Senat. Der Sachverständige hat sich mit Verfahrensfragen an das Gericht gewandt. Das Gericht hatte den Sachverständigen bestellt und seine Neutralität ist gesichert, weshalb seine Angaben als die eines sachverständigen Zeugen zur Grundlage der Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) gemacht werden konnten.

64
(2) Auf Grundlage der Feststellungen steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Mängelnachbesserungsarbeiten weitgehend gescheitert sind und die Werkleistung mangelhaft ist.

65
d. Eine Fristsetzung war entbehrlich (§ 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB).

66
Die Beklagte beharrt darauf, ihre Arbeitsleistung sei vertragsmäßig und die gerügten Mängel werden insgesamt in Abrede gestellt. Im Übrigen gelten die Ausführungen zum Abrechnungsverhältnis entsprechend. Es kann daher offen bleiben, ob im Hinblick auf den Vergleichsschluss die Wertung des § 636 BGB – Fehlschlag der Nachbesserungsarbeiten – gilt.

67
e. Die Höhe der Nachbesserungskosten ergibt sich aus den Feststellungen des Sachverständigen und belaufen sich auf 220.000 Euro.

68

Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Erstattung der Sachverständigenkosten aus Ziff. II und III des Vergleichs vom 15.02.2012 in Höhe von 28.562,28 Euro.

69
a. Aus den vorgenannten Vergleichsregelungen ergibt sich, dass die Beklagte umfassend die Sachverständigenkosten tragen muss.

70
In Ziff. II ist geregelt, dass die Kosten des Sachverständigen für dessen baubegleitende Tätigkeit geschuldet sind; in Ziff. III haben die Parteien vereinbart, dass auch die Kosten im Zusammenhang der dann folgenden Abnahmeuntersuchung von der Beklagten zu tragen sein sollen.

71
b. Der Anspruch besteht, auch wenn im Vergleich der Sachverständige bestimmt wurde und tatsächlich der Sachverständige tätig wurde.

72
Auf obige Ausführungen zur Person des Schiedsgutachters wird Bezug genommen. Im Übrigen verkennt die Beklagte – und kann sich nach § 242 BGB nicht darauf berufen, dass ein anderer Sachverständige tätig wurde –, dass die Klägerin, so wie es der Vergleich vorsah, das Sachverständigenbüro beauftragt hatte, dieser zwar den Sachverständigen entsandt hatte, die Beklagte die Baubegleitung und Bauüberwachung durch diesen aber ohne Einwendungen akzeptiert hat.

73
c. Die Klägerin hat für die Untersuchung, die Grundlage des Berufungsverfahrens ist, 28.562,28 Euro aufgewandt.

74
Hiervon entfallen 25.535,64 Euro an Gutachterkosten, 2.276,94 Euro für Bauteilöffnungen und 749,70 Euro für Kosten der Hausverwaltung im Zusammenhang mit der Bauteilöffnung.

75
d. Im Übrigen folgt der Anspruch unmittelbar aus § 635 Abs. 2 BGB.

76
Die Klägerin hat Anspruch auf Zinsen im tenorierten Umfang gem. § 291 ZPO.

77
Da die Forderung erst mit der Gutachtenserstattung im Berufungsverfahren fällig wurde, ist der Eingang des Gutachtens bei Gericht als Fälligkeitszeitpunkt maßgeblich.

78
Die behaupteten klägerischen Ansprüche in Richtung der angeblichen Beschädigung an den Gartenanlagen im Umfang von 2.856 Euro wurden vor Zustimmung zur Klagerücknahme übereinstimmend für erledigt erklärt, so dass die Rechtshängigkeit erloschen ist.

79
Auf die Berufung der Klägerin ist das landgerichtliche Urteil daher entsprechend der Tenorierung abzuändern.

III.

80
Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits (§§ 92 Abs. 2 Nr. 2, 91a, 101 ZPO).

81
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.