

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens bei gestörten Bauabläufen

I. Das Thema

Der Artikel beschäftigt sich mit der Frage, ob das selbstständige Beweisverfahren, §§ 485ff ZPO zulässig ist, dem Auftragnehmer (AN) die notwendige Beweisführung zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf Mehrvergütung (§ 2 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 5 und Abs. 6, § 4 Abs.1 VOB/B), Entschädigung (§ 642 BGB) und/oder Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B) aus einem gestörten Bauablauf zu ermöglichen und, sollte dies der Fall sein, es auch sinnvoll ist, von diesem Verfahren Gebrauch zu machen.

Diese Ansprüche durchzusetzen war lange Zeit unmöglich. Mittlerweile zeichnet sich durch die auf den Urteilen des BGH vom 24.02.2005¹ aufbauende Rechtsprechung, insbesondere das Urteil des OLG Köln, Urteil vom 28.01.2014 – 24 U 199/12 ab, dass die Rechtsprechung ihre ablehnende Haltung gegenüber diesen Ansprüchen aufgibt. Die Gerichte haben erkannt, dass Störungen im Bauablauf unvorhergesehene, nicht kalkulierte Kosten verursachen.

Neben einer der den Kriterien des § 6 Abs. 1 VOB/B genügenden Behinderungsanzeige² ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH³ und der aktuellen Entscheidungen des OLG Köln⁴ eine konkrete, bauablaufbezogene Dokumentation der jeweiligen Behinderungen und ihrer konkreten bauzeitverlängernden Auswirkungen erforderlich. Die Darstellung muss auch die Beurteilung ermöglichen, ob die angesetzten Bauzeiten mit den von der Kalkulation vorgesehenen Mitteln eingehalten werden konnten⁵, ob der Auftragnehmer leistungsbereit ist und ob eigen Behinderungen des Auftragnehmers zu berücksichtigen sind. Der substantiierte Vortrag und der Beweis zu all diesen Voraussetzungen stellt sich für die Auftragnehmer extrem schwierig dar.⁶ Letzteres gilt auch bei der in den Bauablauf eingreifenden Anordnung.

Die Bauwirtschaft hat erkannt, dass der gestörte Bauablauf ein erhebliches Konfliktpotenzial mit sich bringt⁷ und in diesem Streit nur bestehen kann, wer

¹ BGH Urteil vom 24.02.2005 - VII ZR 225 / 03 und VII ZR 141 / 03

² OLG Brandenburg, IBR 2011,394, ebenso OLG Köln, IBR 2013,66

³ BGH, Urteil vom 24.09.2008 - IV ZR 250/06; BGH IV ZR 57/08; BGH Urteil v. 20.02.1986 – VII ZR 286/84; BGH Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03 und VII ZE 141/03

⁴ OLG Köln Beschluss v.27.10.2014 - 11 U 70/13; OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 in NJW 2014,3039ff

⁵ OLG Hamm, BauR 2004,1304ff

⁶ Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 2332

⁷ Kuffer-Wirth, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht,3. Aufl. Kapitel 8 A Rn. 7

rechtzeitig mit geeigneten Maßnahmen den Bauablauf dokumentiert⁸, Beweise sichert und damit in die Lage versetzt wird, substantiiert vorzutragen. Alle diese Bemühungen zielen darauf ab, dass Baubetriebe Gutachten (Parteigutachten/Privatgutachten) erstellen, die dann von Baujuristen zur Begründung des jeweiligen Anspruchs genutzt werden.

Diese Vorgehensweise birgt nach meiner Auffassung einige Nachteile in sich, wie die vielen Urteile zeigen, die die Ansprüche des Auftragnehmers zurückweisen. Deshalb stellt sich die Frage, weshalb für die Beweissicherung und Dokumentation der Störungen, der Kausalität und der sich daraus ergebenden Folgen nicht das selbstständige Beweisverfahren, §§ 485ff ZPO, genutzt wird. Ist das selbstständige Beweisverfahren am Ende etwa nicht zulässig für diese Art der Beweissicherung oder ist es ungeeignet oder gar beides? Diese Frage bedarf einer Klärung.

II. Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens beim gestörten Bauablauf, § 485 ZPO

1. Zulässigkeit gem. § 485 Abs. 1 ZPO

1.1 § 485 Abs. 1 Alt. 1 ZPO, der Gegner stimmt zu

Die 1. Alternative des § 485 Abs. 1 ZPO, dass der Gegner der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens zustimmt, kann vernachlässigt werden, da dieser Fall nur sehr selten und dann letztendlich auch unproblematisch ist.

1.2 § 485 Abs. 1 Alt. 2 ZPO, Beweismittel gehen verloren

Gemäß § 485 Abs. 1 Alt. 2 ZPO ist das selbstständige Beweisverfahren zulässig ohne die Zustimmung des Gegners, wenn zu besorgen ist, dass Beweismittel verloren gehen oder ihre Benutzung erschwert wird.

1.2.1 Sachverständigengutachten als Beweismittel i. S. d. § 485 ZPO

Bei Baustreitigkeiten ist es anerkannte Rechtsprechung, dass eine drohende oder auch nur geplante Beseitigung⁹ von Baumängeln oder auch ein unzumutbarer Erhaltungsaufwand ausreichen, um die Voraussetzung des § 485 Abs. 1 2. Alt. ZPO zu erfüllen.

Inhaltlich kann in den Fällen des § 485 Abs. 1 2. Alt. ZPO Beweis erhoben werden durch Sachverständigengutachten über den Mangel, seine Ursache¹⁰, den Beseitigungsaufwand¹¹ und die Verantwortlichkeit für die Mängel¹².

⁸ Dipl. Kaufm. Thomas Heilfort, BauR 2003,457 wo es heißt, dass eine am Institut für Baubetriebswesen der TU Dresden durchgeführte Umfrage unter Bauunternehmern ergeben hat, dass diese die Probleme des Nachweises der den Anspruch begründenden Tatsachen zu 65 % dafür verantwortlich machen, dass sie ihre störungsbedingten Mehrkosten nicht durchsetzen könnten. Diese Studie geht davon aus, dass Bauunternehmer, die den Bauablaufplan ausschließlich von Hand erstellen, lediglich 18% der aus Bauablaufstörungen resultierenden Mehrkostenforderungen durchsetzen können, wohingegen Unternehmer, die ihre Abläufe per EDV erstellen, zumindest zu 34%.

⁹ Köln MDR 94,94; Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B. Rn. 6 a.E.

¹⁰ BauR 84,23

¹¹ Werner/Pastor, Kap. 1 I 1b Rn. 22 ff.

¹² Bamberg JurBüro 92,629; Düsseldorf NJW-RR 97,1312

Die Rechtsprechung erkennt also an, dass bezogen auf die Frage, ob die Ist-Beschaffenheit der Soll-Beschaffenheit entspricht und für den Fall, dass dies nicht gegeben ist die Feststellung der Ursache(n) der Abweichung(en), den Beseitigungsaufwand und die Verantwortlichkeit durch Sachverständigengutachten im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eingeholt wird. Das Beweismittel i. S. d. § 485 ZPO ist demnach das Sachverständigengutachten.¹³

1.2.2 Beweismittel zur Sicherung der Beweise bei gestörtem Bauablauf

Es stellt sich die Frage, ob dies auch gilt, wenn nicht die Frage des Vorhandenseins eines Mangels die Ursache des Streites ist, sondern eine Anordnung des Auftraggebers oder eine Störung beziehungsweise Behinderung, und der Streitpunkt nicht der Beseitigungsaufwand, sondern eine andere bzw. höhere Vergütung, Mehraufwendungen, Entschädigungen oder Schadensersatz ist.

1.2.2.1 Beispielfälle aus der Rechtsprechung

Der BGH hatte mit Urteil vom 20. Februar 1986 - VII ZR 286/84 über Ansprüche auf Mehrkosten zu entscheiden, welche damit begründet worden waren, dass der Auftraggeber die Schal- und Bewehrungspläne teilweise verspätet geliefert hatte. Der BGH hat dem Schadensersatzanspruch teilweise stattgegeben. Er hat eine Schätzung nach § 287 ZPO vorgenommen. Der BGH ging davon aus, dass der Schaden dem Grunde nach bewiesen war, wonach dann für die Schadensberechnung bzw. Schadensschätzung die Gegenüberstellung der ursprünglich für die Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Stundenzahl mit der dann tatsächlich aufgewandten Stundenzahl ausreichte. Sämtliche Feststellungen und Berechnungen erfolgten durch Sachverständigengutachten.

In dem vom Kammergericht am 19.04.2011 (Az. 21 U 55/07) entschiedenen Fall wurden Baugenehmigungen verspätet vorgelegt und Planlieferfristen nicht eingehalten. Diese Problematik der nicht rechtzeitigen Übergabe der Pläne liegt auch dem Urteil des BGH vom 24. Februar 2005 - VII ZR 141/03 und dem Urteil des BGH vom 21.03.2002 - VII ZR 224/00 zu Grunde. In all diesen Fällen haben die Kläger versucht, ihre Ansprüche durch Parteigutachten (Sachverständigengutachten) baubetrieblich zu begründen. Dieses Beweismittel wurde anerkannt.

Das OLG Köln¹⁴ hat den Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung mit der Begründung zurückgewiesen, dass das von der Klägerin zur Begründung ihrer Bauzeitverlängerungsansprüche vorgelegte Gutachten X vom 14.04.2011 keine taugliche Grundlage für die Ermittlung von Vergütungs-, Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen aufgrund Bauzeitverlängerung ist. Es hat festgestellt, dass die Frage, ob die Methode im X- Gutachten vom 14.02.2011 den genannten Anforderungen genügt, eine Rechtsfrage ist und damit nicht durch Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zu klären ist. Aus dieser Beurteilung ergibt sich unschwer, dass der notwendige Beweis durchaus durch Sachverständigengutachten hätte erbracht werden können.

Roquette und Laumann behaupten in ihrer Ausarbeitung zu Bauzeitclaims, dass bei Bauzeitprozessen in der Regel nur die Begutachtung durch

¹³ Werner/Pastor, Rn. 58

¹⁴ OLG Köln, Urteil vom 28.01.2014 - 24 U 199/12

Sachverständige gemäß § 144 Abs. 1 S.1 ZPO in Betracht kommt.¹⁵ Das Beweismittel im Sinne des § 485 Abs. 1 ZPO ist demnach auch in diesen Fällen das Sachverständigengutachten gem. § 411 ZPO.

Fazit: Die Beweisführung des Anspruchstellers erfolgt durch ein baubetriebliches Gutachten. Ein solches baubetriebliches Gutachten ist ein Sachverständigengutachten i. S. d. § 411 ZPO. Dieses ist ein „Beweismittel“ i. S. d. § 485 Abs. 1 ZPO.

1.2.2.2 Verlust oder Verwertung der Benutzung des Beweismittels wird erschwert

Gemäß § 485 Abs. 1 2. Alt. ZPO ist der Antrag auf Beweissicherung zulässig, wenn zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird.

Unabhängig davon, welchen Anspruch der AN verfolgt (Mehrvergütung, Kostenerstattung, Entschädigung, Schadensersatz), muss er mit dem Beweismittel des baubetrieblichen Gutachtens die haftungsbegründende und die haftungsausfüllende Kausalität ebenso beweisen, wie die Anspruchshöhe. I. S. d. § 485 Abs. 1 Alt. 2 ZPO müsste zu besorgen sein, dass dem Auftragnehmer diese Beweisführung mit dem Beweismittel des Sachverständigengutachtens verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird.

Die Möglichkeit einen Sachverständigen zu beauftragen, haben die Parteien sicherlich immer. Diese Möglichkeit verlieren sie auch nicht durch einen fortschreitenden Bauablauf. Die Möglichkeit der Nutzung des Beweismittels Sachverständigengutachten geht dann verloren, wenn die Tatsachen verloren gehen, die der Sachverständige benötigt, um seine Feststellungen zu treffen.

Bei den bekannten Baustreitigkeiten über das Vorhandensein von Mängeln vor Abnahme, die Art und Weise deren Beseitigung und die dadurch entstehenden Kosten und Schäden gehen die Gerichte davon aus, dass durch den fortschreitenden Bauablauf der Verlust des Beweismittels droht bzw. zumindest erschwert wird.

Wie wirkt sich der fortschreitende Bauablauf auf das Beweismittel Sachverständigengutachten bei einem gestörten Bauablauf aus?

Nach meinem Dafürhalten ist entscheidend, um was für eine Behinderung es sich handelt, denn sämtliche Schlussfolgerungen im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität kann der Sachverständige jederzeit, auch nach Abschluss des Bauvorhabens, noch feststellen. Anders verhält es sich jedoch mit den im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität darzustellenden Ereignissen der Behinderung, der Störung und den baubetrieblichen Auswirkungen. Handelt es sich um Tatsachen, die dokumentiert werden können, wie z. B. die ändernde oder zusätzliche Anordnung des Auftraggebers, oder die verspätete Übergabe von Plänen, so ist sicherlich nicht von dem Verlust oder der Erschwernis des Beweismittels auszugehen. Anders verhält es sich jedoch bei Behinderungen, die sich aus den Gegebenheiten heraus ergeben, wie z. B. eine unzulängliche Wasserhaltung, Probleme beim Baugrund, das Auffinden von Gegenständen von Altertums-, Kunst oder wissenschaftlichem Wert oder Behinderungen durch Verletzungen der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers oder die nicht termingerechte Fertigstellung der notwendigen Vorleistungen eines anderen

¹⁵ BauR 2005, 1829,1837

Auftragnehmers. Das Ausmaß solcher Behinderungen kann am ehesten und am genauesten dokumentiert werden, solange sie anhalten. Danach sind Ausmaß und Auswirkung nur noch hypothetisch aufgrund von Aufzeichnungen möglich und damit zu ungenau, wenn nicht sogar unmöglich.

Auch die Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers, die er sowohl im Rahmen der haftungsbegründenden als auch der haftungsausfüllenden Kausalität beweisen muss,¹⁶ ist ein Umstand, der durch den Sachverständigen später nur schwerlich nachvollzogen werden kann. Da er seine Angaben in seinem Gutachten auf seine eigene Wahrnehmung stützen muss, muss er sich schon während der Störung von all diesen Dingen selbst überzeugen können.

Fazit: Im Ergebnis wird es dem Auftragnehmer gelingen, glaubhaft zu machen, dass die Umstände, die der Sachverständige benötigt, um sein Gutachten erstellen zu können, verloren gehen, zumindest aber deren Benutzung i. S. d. § 485 Abs. 1, 2. Alt. ZPO erschwert wird.

2. Zulässigkeit gem. § 485 Abs. 2 ZPO, rechtliches Interesse an der Begutachtung

Gelingt es dem Auftragnehmer nicht, die Zulässigkeit seines Antrages gem. § 485 Abs. 1 ZPO zu begründen, kann er sich auf § 485 Abs. 2 ZPO berufen.

Es handelt sich hierbei nicht um eine zusätzliche, vor einem Prozess durchzuführende Beweisaufnahme, sondern vielmehr um eine außergerichtliche, vorprozessuale Beweiserhebung zur Meidung eines sonst zu erwartenden Prozesses. Es ist nicht das Ziel dieser Vorschrift, einen Prozess vorzubereiten.¹⁷ Die Parteien sollen angehalten werden, eine gütliche Einigung im beschleunigten Verfahren herbeizuführen. Hierfür hat der Gesetzgeber extra § 492 Abs. 3 ZPO vorgesehen. Für das rechtliche Interesse genügt es, dass die Möglichkeit eines Prozesses besteht. Ziel dieser Vorschrift ist die Entlastung der Gerichte von Prozessen, deren Streitfragen weniger rechtlicher als tatsächlicher Natur sind und für deren Entscheidung das Fachgutachten eines Sachverständigen die maßgebliche Rolle für die Entscheidung spielt.¹⁸ Der Bauprozess ist für diese Vorschrift das Musterbeispiel.

Bei der Durchsetzung der Ansprüche des Auftragnehmers aus gestörtem Bauablauf ist der juristische Teil im Verhältnis zu den notwendigen Feststellungen eines Baubetreiblers in Form eines Gutachtens eher gering. Wenn es dann das erklärte Ziel der Vorschrift des § 485 Abs. 2 ZPO ist, die Gerichte von Prozessen zu entlasten, deren Streitfragen weniger rechtlicher als tatsächlicher Natur sind und für deren Entscheidung das Gutachten eines Sachverständigen die maßgebliche Rolle spielt, so zeigt sich, dass das selbstständige Beweisverfahren genau das richtige Verfahren für die Problematik des gestörten Bauablaufs sein könnte. Es ist die Aufgabe des Sachverständigen, die Fragen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität und darüber hinaus den Anspruch der Höhe nach darzustellen und nachzuweisen. Auch die Begründung wird der Sachverständige liefern, selbst wenn sie durch den Juristen in Form eines Schriftsatzes darzulegen ist.

¹⁶ OLG Köln, Urteil vom 28.01.2014 - 24 U 199/12

¹⁷ Celle OLGR 2008,379

¹⁸ Herget in Zöller, ZPO Kommentar., 28. Aufl. § 485 Rn. 6.

Dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift entsprechend, ist es Zulässigkeitsvoraussetzung, dass ein Rechtsstreit in der Hauptsache noch nicht anhängig ist.

Fazit: Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens gemäß §§ 485 ff ZPO zur Beweissicherung und Feststellung der sich aus Behinderung (gestörten Bauablauf) ergebenden Folgen.

III. Praktikabilität und Sinnhaftigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens bei gestörtem Bauablauf

1. Vorteile eines selbstständigen Beweisverfahrens

1.1 Verfahren hat Beweiskraft, § 493 Abs. 1 ZPO

§ 493 Abs. 1 ZPO legt fest, dass die selbstständige Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich steht. Das Gutachten aus dem selbstständigen Beweisverfahren ist von dem Prozessgericht sogar von Amts wegen zu verwerten.¹⁹ Mit dem Gutachten aus einem selbstständigen Beweisverfahren ist der Beweis gesichert und erbracht. Es besteht Rechtssicherheit und auf der Baustelle kann ohne Rücksicht auf eine eventuelle Beweisvereitelung weiter gearbeitet werden.

Ein Privatgutachten ist kein im Zivilprozess zulässiges Beweismittel.²⁰ Der Beweis ist nur bedingt gesichert.

1.2. Hemmung der Verjährung, § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB

Das selbstständige Beweisverfahren bewirkt die Hemmung der Verjährung.

Bauprozesse dauern sehr lange. Die Hemmungswirkung des selbstständigen Beweisverfahrens ist nicht zu unterschätzen. Die Hemmung durch das selbstständige Beweisverfahren tritt auch gegenüber Streitverkündeten ein. Auch diese Rechtsfolge ist wichtig, da in Bauprozessen in der Regel mehrere Beteiligte, im Fall des gestörten Bauablaufs „mögliche Verursacher“, an dem Konflikt um die entstandenen Mehrkosten vorhanden sind. Diese gesetzlich festgelegte Hemmung der Verjährung seiner Ansprüche gleich welcher Art kann der Auftragnehmer mit dem Privatgutachten nicht erreichen.

1.3. Entscheidungsfreiheit des Auftragnehmers

Es ist einhellige Auffassung aller Bauspezialisten, dass größere Baustreitigkeiten nicht mehr justizabel sind.²¹ Dies trifft mit Sicherheit auf die hier behandelten Fälle des gestörten Bauablaufs zu. Deshalb muss der Auftragnehmer sich sehr wohl überlegen, welchen Weg er wählt, um seine Ansprüche zunächst zu sichern und dann durchzusetzen. Hierbei muss er unterscheiden, ob er den Vertragspartner an der Beweissicherung beteiligen

¹⁹ Herget in Zöller, § 493 Rn. 1

²⁰ Greger in Zöller, § 402 Rn. 2

²¹ hierzu ausführlich Grieger in Kuffer-Wirth, 8. Kapitel A Rn. 1ff

will oder nicht. Möchte er zunächst alleine für sich die Beweise sichern und die Schlüsse daraus ziehen, wird er ein Parteigutachten in Auftrag geben.

Möchte der Auftragnehmer jedoch ein Verfahren einleiten, an dem der Auftraggeber beteiligt ist, um so eventuell eine Einigung herbeizuführen, oder muss er notgedrungenen Maßen etwas gegen die drohende Verjährung unternehmen, oder den Beweis sichern, bevor dieser durch den Baufortschritt vernichtet wird, so kommt es darauf an, ob der Auftraggeber sich seinerseits an einer Beweissicherung und Klärung der Ansprüche beteiligen möchte oder nicht. Auch wenn der Werkvertrag ein Kooperationsvertrag ist,²² kann der Auftragnehmer den Auftraggeber nicht zwingen, an der Beweissicherung und/oder Klärung der Streitfragen teilzunehmen. Die Verfahren der alternativen Streitbeilegung²³ wie Schlichtung, Schiedsverfahren, Mediation und Einholung eines Schiedsgutachtens kann der AN nur zielführend einsetzen, wenn im Vertrag eine entsprechende Klausel (Schiedsklausel, Mediationsklausel) enthalten ist oder der Auftraggeber freiwillig seine Zustimmung zur Einleitung eines dieser Verfahren gibt.

Das selbstständige Beweisverfahren kann der Auftragnehmer jederzeit einleiten, auch gegen den Willen des Auftraggebers. Der Auftragnehmer kann also den Auftraggeber zwingen, an der Beweiserhebung mitzuwirken.

1.4. Ladung mit Erörterung ist möglich, § 492 Abs. 3 ZPO

Der Auftragnehmer, der die Nachteile eines Gerichtsverfahrens kennt, kann sich das selbstständige Beweisverfahren zu Nutze machen, da er über § 492 Abs. 3 ZPO eine mündliche Erörterung erreichen kann.

Schon aus dem Gesetzestext, der mit dem des § 118 Abs. 1 S. 3 ZPO übereinstimmt, kann man entnehmen, dass über diese Vorschrift bei geschicktem Vorgehen der Auftragnehmer eine Erörterung ähnlich einer Mediation vor der Kulisse des Gerichtssaals erreichen kann. § 492 Abs. 3 ZPO spricht von einer mündlichen „*Erörterung*“ und nicht von einer „*Verhandlung*“. Schon dies zeigt, dass die Atmosphäre eine ganz andere ist als bei einem Gerichtsverfahren. Hinzu kommt, dass ein Richter im selbstständigen Beweisverfahren keine Entscheidung fällen darf. Dies kommt einer Mediation sehr nahe, da dem Richter lediglich die Rolle des Gesprächsführers (Mediator) zugeteilt wird. Wenn man dann noch die weitere Formulierung berücksichtigt, wo es wörtlich heißt: „*ein Vergleich ist zu gerichtlichem Protokoll zu nehmen*“, so wird deutlich, dass der Möglichkeit einer Einigung Tür und Tor offen stehen, denn dies ist gewollt.²⁴ Kein anderes Verfahren zur Beweissicherung bietet diese Möglichkeit. Nicht umsonst heißt es in der Kommentarliteratur, dass im Regelfall die Parteien im Termin das Beweisergebnis erörtern dürfen. § 492 Abs. 3 ZPO fordert das Gericht auf, eine Erörterung mit dem Ziel einer gütlichen Einigung durchzuführen. Aus Sicht des Gesetzgebers zur Entlastung der Gerichte, aus Sicht der Beteiligten zur Streitbeilegung.²⁵

²² BGH Urteil vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98

²³ Grieger in Kuffer-Wirth 8. Kapitel A

²⁴ Baumbach/Lauterbach, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 73. Aufl., § 492, Rn. 9 verweist ausdrücklich auf § 118 Abs. 1 S. 3, der wörtlich mit der Formulierung des § 492 Abs. 3 übereinstimmt. In der Kommentierung zu § 118 Abs. 1 S. 3 heißt es, dass in der Erörterung ein umfassender Gesamtvergleich abgeschlossen werden kann, wobei der Inhalt dieses Vergleichs über die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinausgehen kann; so Geimer in Zöllner, § 118 Rn. 8a.

²⁵ Hergert in Zöllner, § 492, Rn. 6 ff.

1.5. Schaffung eines Titels über §§ 494, 492 III, 160 III Nr.4 und 5; 160 III 1, 724, 794 I Nr.1 ZPO

Kommt es gemäß § 492 Abs. 3 ZPO zur mündlichen Erörterung und schließen die Parteien in diesem Termin einen Vergleich, so wird das Beweisergebnis gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4, 5 ZPO und der Vergleich gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO protokolliert. Von diesem gemäß § 160 ZPO protokollierten Vergleich können die Parteien eine vollstreckbare Ausfertigung gemäß § 724 ZPO erlangen.²⁶

1.6. Beide Parteien können Anträge stellen; Garantie der Waffengleichheit und Ausgewogenheit im Vergleich zum Parteigutachten

Betreibt der Auftraggeber die Beweissicherung durch Einholung eines Parteigutachtens, so gibt er alleine dem Gutachter die zu beantwortenden Fragen vor. Naturgemäß ist die Fragestellung auf das gewünschte Ergebnis abgestellt. Eine Kontrolle, Korrektur, Ergänzung oder Beschränkung der vom Auftragnehmer alleine formulierten Fragen gibt es nicht. Das birgt zwangsläufig die Gefahr in sich, dass das Gutachten zu einseitig aufgebaut ist, um tatsächlich einer Verwertung zugeführt zu werden.

Entscheidet sich der Auftragnehmer hingegen, ein selbstständiges Beweisverfahren einzuleiten, so werden die von ihm mit dem Beweisantrag formulierten Fragen zunächst vom Gericht und dann von der Gegenseite geprüft. Diese Prüfung ist für den Antragsteller ungefährlich, da er lediglich Gefahr läuft, dass unzulässiger Weise gestellte Rechtsfragen vom Beweisbeschluss (§ 490 ZPO) ausgenommen werden. Hinzu kommt, dass es mittlerweile anerkannte Rechtsprechung ist, dass sowohl der Antragsgegner als auch die Streitverkündeten eigene Anträge stellen können.²⁷ Nach diesseitiger Auffassung birgt dies zwar für den Auftragnehmer die Gefahr in sich, dass er den Sachverhalt nicht im Rahmen seines Parteivortrages für sich günstig und unter Berufung auf sein vorgelegtes Parteigutachten als bewiesen darstellen kann. Der Vorteil ist aber, dass durch die Beteiligung und das Fragerecht des Antragsgegners und der Streitverkündeten das Gutachten mit Sicherheit verwertbar und vom Gericht anerkannt wird.

Nachdem mittlerweile die aktuelle Rechtsprechung²⁸ zur Problematik des gestörten Bauablaufs festgelegt hat, dass es zum schlüssigen Vortrag des Auftragnehmers gehört, dass er zu möglichen Eigenstörungen vortragen und damit diese ausschließen muss, kann er ohnehin nicht vermeiden, dass früher oder später sein Mitverschulden (zu berücksichtigen gemäß § 254 BGB²⁹) erkannt und damit berücksichtigt wird.

1.7. Möglichkeit der Streitverkündung

Es ist davon auszugehen, dass bei den Bauvorhaben, bei denen geänderte Baumstände zum Thema werden, eine Vielzahl von Parteien beteiligt sind. Wenn dann im Fall der Störung der Auftragnehmer gegenüber seinem Auftraggeber Ansprüche auf zusätzliche Vergütung, Schadensersatz oder Kostenerstattung geltend macht, so wird der Auftraggeber versuchen, sich bei

²⁶ Münchner Kommentar zu Zivilprozessordnung, 4. Aufl., § 492, Rn. 2; Herget in Zöllner, § 492, Rn. 8

²⁷ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 39, 79

²⁸ OLG Hamm, BauR 2013,956 ff.; KG, BauR 2012,951 ff.; OLG Köln Urteil vom 28.01.2014 - 24 U 199/12 in NJW 2014,3039 ff.

²⁹ Werner in Werner/Pastor, Rn. 2339 a.E.

dem Verursacher schadlos zu halten.³⁰ Es muss den Parteien demnach möglich sein, etwaige Regressansprüche rechtzeitig, gerichtsfest und verjährungshemmend zu sichern.³¹

Für den Fall des selbstständigen Beweisverfahrens ist mittlerweile geklärt, dass dieses ein „*Rechtsstreit*“ i. S. d. §§ 64 ff ZPO ist, mit der Folge, dass im selbstständigen Beweisverfahren eine Streitverkündung möglich ist.³² Damit ist sichergestellt, dass die Parteien ihre Ansprüche gegenüber ihren jeweiligen Vertragspartnern sichern können. Zum Zeitpunkt der Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens wird oftmals der Verursacher einer Behinderung und der Zusammenhang zwischen Behinderung und baubetrieblicher Folgen nicht eindeutig feststehen bzw. es wird mehrere Behinderungen geben mit der Folge, dass mehrere solcher Zusammenhänge festzustellen sind. Durch die Streitverkündung kann diesem Umstand Rechnung getragen werden. Jeder mögliche Verursacher kann an dem Verfahren beteiligt werden mit der Wirkung der Hemmung der Verjährung.

All dies ist nicht möglich, wenn sich der Auftragnehmer zur Sicherung seiner Beweise dazu entscheidet, ein Parteigutachten einzuholen.

1.8 Klärung der Streitfragen unabhängig von der Anspruchsgrundlage; kein Unterschied bei der Feststellung der Kausalität

Im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens werden lediglich Sachfragen und keine Rechtsfragen geklärt.³³ Dementsprechend könnte man meinen, dass dieses Verfahren ungeeignet ist. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass bei Einholung eines Parteigutachtens auch nichts anderes passiert. Der Sachverständige darf, um nicht als befangen zu gelten, lediglich Sachfragen klären.³⁴ Unabhängig vom Anspruchsgrund bestehen bei der Darstellung der haftungsbegründenden und auch haftungsausfüllenden Kausalität aus baubetrieblicher Sicht keine Unterschiede.³⁵ Egal, auf welche Anspruchsnorm der Auftragnehmer seinen Anspruch wegen geänderter Baumstände stellt, ist die von ihm geforderte Nachweisführung, der baubetriebliche Teil der Anspruchs begründung, immer gleich. Demnach ist das selbstständige Beweisverfahren nicht ungeeignet, da es notwendig ist für den substantiierten Vortrag des Auftragnehmers zur Begründung seiner Forderungen.

1.9 Gutachterliche Feststellung im selbstständigen Beweisverfahren erfüllt Qualitätsanspruch an die Dokumentation des Zusammenhangs zwischen Behinderung und baubetriebswirtschaftlicher Folgen

Jede einzelne Störung muss im Wege des Einzelnachweises nachvollziehbar dokumentiert werden.³⁶

³⁰ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B, Rn. 76

³¹ Werner/Pastor, Rn. 46

³² BGH Urteil v. 05. 12. 1996 - VII ZR 108/95; BGH Urteil v. 02.10.1997 - VII ZR 30/97; BauR 1998,172;

³³ IBR online 2011, 1353; Werner-Pastor, Rn. 28.

³⁴ OLG Naumburg, Beschluss vom 30.12.2011 - 10 W 69/11, IBR 2012,368

³⁵ Schottke, Skript Störung des Bauablaufs, ausführlich in Kapitel 11.3, 11.8, 14; nicht so eindeutig Leupertz in BauR 2005, 1829, 1830, 1831.

³⁶ OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 - 24 U 199/12 in NJW 2014,3039 ff.

Diese Anforderungen kann der Auftragnehmer mit dem selbständigen Beweisverfahren durchaus erfüllen, da der vom Gericht bestellte Sachverständige ein entsprechendes Gutachten zu erstellen hat. Im selbstständigen Beweisverfahren untersteht der vom Gericht bestellte Sachverständige der Kontrolle des Gerichts; §§ 404ff ZPO.

Es wird nicht verkannt, dass die Partei darauf zu achten hat, dass das Gericht entsprechend der §§ 404ff ZPO handelt und der Sachverständige dementsprechend vorgeht. Für das Gerichtsverfahren haben Roquette/Laumann diese Problematik der Leitung der Parteien und/oder des Sachverständigen durch das Gericht vor dem Hintergrund der Hinweispflicht des Gerichts gemäß § 139 ZPO und der Beweiserhebung durch Sachverständigenbeweis gemäß § 144 ZPO sehr ausführlich herausgearbeitet und auf das Spannungsfeld zwischen schlüssigem Vortrag, Hinweispflicht und Ausforschung ausdrücklich hingewiesen.³⁷ Soweit sie im Ergebnis ihrer Ausführungen dazu kommen, dass die Gerichte ihre richterliche Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO ernst nehmen müssen, so gilt dies auch für das selbstständige Beweisverfahren, selbst wenn dort § 139 ZPO keine Anwendung findet.³⁸ Der Rechtsgedanke muss aber auch für den Richter im selbstständigen Beweisverfahren gelten, da er gemäß § 404a ZPO den Sachverständigen leiten muss und ihm über Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen zu erteilen hat.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Beweisführung, die den Anforderungen an die Rechtsprechung genüge tut, sind vorhanden. So obliegt es der Partei, darauf zu achten, dass sowohl das Gericht als auch der bestellte Sachverständige seiner Pflicht nachkommt. Auch der Sachverständige, der ein Parteigutachten erstellt, muss entsprechend eingewiesen und geführt werden.

2. Hindernisse und Bedenken

2.1 Ausforschung durch den Sachverständigen

2.1.1 Rechtsfolgen des Ausforschungsbeweises

Die Partei, die ein selbstständiges Beweisverfahren einleitet, muss darauf achten, dass es nicht zu einer Ausforschung durch den Sachverständigen kommt, da der Ausforschungsbeweis unzulässig ist und damit unbeachtlich. Gerade Letzteres ist für den Antragsteller sehr gefährlich, da es ihm passieren könnte, dass er ein selbstständiges Beweisverfahren mit erheblichem Kostenaufwand über Jahre hinaus führt und dann im anschließenden Hauptsacheverfahren das Hauptsachegericht feststellt, dass es sich um einen Ausforschungsbeweis gehandelt hat. Das hätte fatale Folgen für den Antragsteller, da dann die notwendige Beweiserhebung zum einen nicht mehr möglich und zum anderen entsprechende Ansprüche aufgrund fehlender Hemmung der Verjährung dieses unbeachtlichen Beweises aus dem selbstständigen Beweisverfahren verjährt sein dürften.

Unzulässig, weil eine Ausforschung, sind solche Beweisfragen, die ohne konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt werden.³⁹ Der bestimmte Sachverhalt in diesem Sinne sind die einzelnen Störungen des

³⁷ BauR 2005 1829,1837

³⁸ BauR 2005,1829,1843

³⁹ Greger in Zöller, vor § 284, Rn. 5

Bauablaufs. Da diese nach Auffassung des Antragstellers vorliegen, wird es ihm möglich sein, Tatsachen oder zumindest Anhaltspunkte für jede einzelne Störung und auch deren Folgen vorzutragen und glaubhaft zu machen, sodass keine unzulässige Ausforschung vorliegt. Die Ausforschung beginnt dann, wenn lediglich Vermutungen angestellt werden, ohne konkrete Tatsachen für eine Störung vorzutragen. In diesen Fällen würde man den Sachverständigen auf die Fehlersuche schicken.

2.1.2 Beweiserhebung durch den Sachverständigen bei Baumängeln

Das selbstständige Beweisverfahren ist gemäß § 485 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zulässig, wenn der „Zustand“ einer Sache festgestellt werden soll. Mittlerweile hat sich die Ansicht verfestigt, dass der Zustand einer Sache nicht nur auf das dem Sachverständigen äußerlich Erkennbare beschränkt werden darf, sondern der Zustand einer werkvertraglichen Leistung auch durch eine eingehende Untersuchung des Sachverständigen ermittelt werden kann. Insofern gehört die Demontage und z. B. der Eingriff in ein Bauwerk zur Zustandsfeststellung zum zulässigen Beweismittel im Rahmen dieses Verfahrens. Die Grenze wird dem Sachverständigen dort gesetzt, wo er den Zustand der Sache beschreibt. Hierbei hat er sich auf Feststellungen zu beschränken und von Schlussfolgerungen abzusehen.⁴⁰

Im Rahmen der sachverständigen Feststellungen ist es dem Sachverständigen möglich, auf entsprechende Fragestellung gemäß Beweisbeschluss den Wert einer Sache im Sinne des § 485 Abs. 2 Nr. 1 ZPO festzustellen. Hierzu gehört auch die Wertminderung. Die Fragestellung zur Wertminderung geht sogar so weit, dass die Beweisfrage an den Sachverständigen zulässig ist, ob der Aufwand zur Beseitigung des Baumangels unverhältnismäßig ist.⁴¹ Soweit sich der Sachverständige zulässigerweise mit der Ermittlung der Ursachen eines Baumangels auseinanderzusetzen hat, so betrifft dies nicht die rechtliche Verantwortlichkeit eines Baubeteiligten, sondern immer nur den technisch - wissenschaftlichen Kausalzusammenhang.⁴² Die Feststellungen des Sachverständigen gehen, ohne gegen das Verbot der Ausforschung zu verstoßen, anerkanntermaßen so weit, dass der Sachverständige die Verantwortlichkeit des Schadens/ Mangels den am selbstständigen Beweisverfahren beteiligten Parteien zuordnet und jeweils auch den Umfang der Verantwortlichkeit durch eine Verursachungsquote feststellt. Die rechtliche Wertung obliegt dem Richter.

Auch spricht nichts dagegen, dass der Sachverständige den Aufwand der Kosten der Nachbesserung und die entsprechenden (bautechnischen) Maßnahmen in seinem Gutachten darstellt. Hierbei kann er auch die Dauer der Sanierungsarbeiten, die Kosten anfallender Nebenarbeiten und die Höhe des merkantilen Minderwertes feststellen.⁴³

Diese doch sehr weitreichenden Möglichkeiten der Feststellungen durch den Sachverständigen werden damit gerechtfertigt, dass dies dem Grundsatz der Prozessökonomie Rechnung trägt. Eine reine Tatsachenfeststellung reicht in der Regel nicht aus, um die Erschwerung bei der Benutzung von

⁴⁰ Werner/Pastor, Rn. 28

⁴¹ OLG Hamm, NZBau 2003,37

⁴² OLG München, BauR 1998,363; OLG Frankfurt, BauR 2011,723; Thüringisches OLG, BauR 2001, 1945

⁴³ Werner/Pastor, Rn. 30 ff. zustimmend Joussen in Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 17. Aufl., Anhang 3, Rn. 13 und Herget in Zöller, § 185, Rn. 5. Andere Auffassung vertritt Schreiber i, § 485, Rn. 12, welcher dem Sachverständigen die Feststellung der Mängelursachen, der Beseitigungskosten usw. abspricht.

Beweismitteln abzuwenden und insofern spreche nichts dagegen, den ohnehin mit der Tatsachenfeststellung beauftragten Sachverständigen auch damit zu beauftragen, die weiteren erforderlichen Feststellungen, wie Ursachenbeitrag, Kosten der Mangelbeseitigung, Minderwert etc. feststellen zu lassen.⁴⁴

2.1.3 Die Beweiserhebung durch den Baubetrieblers als Sachverständiger

Die Problematik des unzulässigen Ausforschungsbeweises wird aber dennoch ein Thema bei der Beweisermittlung im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens für die Geltendmachung der Ansprüche des Auftragnehmers aus dem gestörten Bauablauf heraus sein, da für ihn alleine die Feststellung der Störung nicht ausreichend ist. Es gehört zum substantiierten, beachtlichen Vortrag des Anspruchstellers nicht nur der Nachweis jeder einzelnen Störung, sondern wesentlich mehr.

Die Ausforschung wird in dem Moment beginnen, wo der Antragsteller Beweisfragen stellt, die darauf abzielen, ihm mehr zu liefern, als bloße Tatsachenfeststellungen. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass es notwendig ist, dass der Antragsteller nicht nur den Beweis erbringt, dass jede von ihm behauptete Störung auch tatsächlich vorgelegen hat, sondern darüber hinaus all die Tatsachen, die sich daraus ergeben.

Aus dem Zusammenspiel der baubetriebswirtschaftlichen und der juristischen Arbeit⁴⁵ wird deutlich, wo die Problematik liegt. Die Grenzen sind fließend und dürfen bei der Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren vom Sachverständigen nicht überschritten werden, damit es nicht zu einer unzulässigen Ausforschung kommt. Auch wenn der Antragsteller die Beweisfragen in seinem Antrag vorformuliert (§§ 403,487 ZPO), so hat letztendlich doch das Gericht das letzte Wort, da die vom Sachverständigen zu beantwortenden Beweisfragen sich einzig und alleine aus dem vom Gericht zu erlassenden Beschluss (§ 490 ZPO) und dessen Festlegungen während des Verfahrens (§ 404a Abs. 4 ZPO) ergeben. Hinzu kommt, dass das Gericht den Sachverständigen einweist (§ 404a Abs. 2 ZPO) und während des Verfahrens kontrolliert und leitet (§ 404a Abs. 1 ZPO). So kann vermieden werden, dass es zu einer unzulässigen Ausforschung kommt.

Der unzulässigen Ausforschung steht auch entgegen, dass der Sachverständige ein eigenes Interesse daran hat, darauf zu achten, dass er nicht „ausforschend“ tätig wird. Tut er dies, läuft er Gefahr, dass er als befangen gilt mit der Folge, dass er abgelehnt wird (§§ 406, 42 ZPO) und seines Honoraranspruches verlustig gehen könnte.

Zu berücksichtigen ist der Umstand, dass sich die Arbeit des Baubetrieblers, der als Sachverständiger ein Gutachten über den gestörten Bauablauf zu erstellen hat, von der Arbeit eines Bausachverständigen, der Mängel am Bau, deren Ursache und Möglichkeiten deren Beseitigung und die hieraus entstehenden Kosten oder ähnliches festzustellen hat, ohnehin unterscheidet. Wenn man diesen Unterschied erkennt, sieht man, dass nicht jede Feststellung des Baubetrieblers in seiner Funktion als Sachverständiger eine Ausforschung ist, sondern sich vielmehr aus seiner Aufgabenstellung ergibt. Es gehört zu seiner Arbeit, dass er Bauabläufe mit und ohne Störung darstellt, ins Verhältnis setzt und die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Folgen für die eine und/oder andere Seite errechnet. Wenn es also mittlerweile

⁴⁴ Jousen in Ingenstau/Korbion, Anhang 3, Rn. 13

⁴⁵ BauR 2005, 1829,1843; Vygen-Jousen-Schubert-Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 6. Aufl. Teil B, Rn. 139ff, Biermann-Frikell-Hofmann, Bauzeit und Behinderung, 1. Aufl., S. 97ff, s.o. 1.1.2

anerkanntermaßen zulässig ist, dass ohne Ausforschung der Sachverständige z. B. die Kosten der Nachbesserung oder den Minderwert feststellt, so spricht nach diesseitiger Auffassung nichts dagegen, wenn der sachverständige Baubetriebler Berechnungen zu den wirtschaftlichen Folgen einer Störung anstellt. In keinem der bisher entschiedenen Fälle wurde diese Frage überhaupt problematisiert. Es war bei allen bisher geführten Gerichtsverfahren selbstverständlich, dass der Baubetriebler als Sachverständiger beauftragt wurde und ein Gutachten erstellt hat. Vielmehr wurde durch die Gerichte bemängelt, dass die Gutachten nicht ausführlich genug gewesen waren.⁴⁶

2.1.4 Parteigutachten statt Ausforschungsbeweis

Anders verhält es sich beim Privatgutachten. Der Auftragnehmer, der einen Gutachter beauftragt, kann selbstverständlich diesem die Aufgabe stellen, nach weiteren, möglichen Behinderungen und/oder Behinderungsfolgen zu suchen, diese aufzudecken und damit Quellen für Mehreinnahmen für den Auftragnehmer zu erschließen.

Da dem Auftragnehmer daran gelegen ist, die ihm durch die Behinderung auf der Baustelle entstandenen Kosten geltend machen zu können und er sich hierzu eines Sachverständigen bedienen muss, selbst aber nicht immer in der Lage sein wird, seine Fragestellung so präzise zu fassen, dass der Sachverständige auch tatsächlich alles dokumentiert, kommt ihm die Beauftragung eines Sachverständigen als Parteigutachter sehr entgegen. Im selbstständigen Beweisverfahren wird es voraussichtlich für ihn schwierig werden, die für die vom Gericht geforderte sehr präzise Dokumentation geforderten Beweise⁴⁷ in Form der Darstellung durch den Sachverständigen zu erlangen.

Der AN muss also berücksichtigen, dass er im selbstständigen Beweisverfahren Beweise und Dokumentation nur erlangt, wenn er selbst die Ursachen seiner Behinderung erkannt und demnach die Fragen richtig stellen kann. Muss er davon ausgehen, dass es für ihn notwendig ist, entweder erst einmal durch den Sachverständigen eine Ursachenermittlung betreiben zu müssen oder der Frage nachzugehen, ob sich für ihn überhaupt negative Folgen, die er als Anspruch auf Mehrvergütung, Schadensersatz oder Kostenerstattung geltend machen kann, ergeben, wird er im selbstständigen Beweisverfahren oder spätestens im Hauptsacheverfahren Schiffbruch erleiden. Die für ihn notwendige Ausforschung wird ihm nicht gelingen. In diesem Fall sollte der Auftragnehmer zunächst selbst einen Gutachter beauftragen. Dann kann er Klarheit über seine Situation erlangen und danach entscheiden, ob er mit diesem Gutachten seines Privatgutachters ein selbstständiges Beweisverfahren anstrengt oder gleich eine Leistungsklage (verbunden mit einem Feststellungsantrag) bei Gericht einreicht.

Die Problematik der unzulässigen Ausforschung durch den Sachverständigen darf bei der Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren beim gestörten Bauablauf nicht verkannt werden.

2.2 Erörterung gemäß § 492 Abs. 3 ZPO nicht erzwingbar

Es wurde oben dargestellt, dass die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen den Willen der Vertragspartner und die Einbeziehung

⁴⁶ so ausdrücklich OLG Köln 94 O 199/12 wo das Gutachten X keine taugliche Grundlage für die Ermittlung von Vergütungs-, Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen der Klägerin aufgrund Bauzeitverlängerung gewesen ist.

⁴⁷ S.o. II. 1. und 2; OLG Köln 24 U 199/12

Dritter (Nachunternehmer, andere Auftragnehmer des Auftraggebers) durch die Streitverkündung jederzeit möglich ist. Über § 492 Abs. 3 ZPO kann der Auftragnehmer erreichen, dass mit den Beteiligten des selbstständigen Beweisverfahrens eine Erörterung des Beweisergebnisses vor dem zuständigen Richter stattfindet. Dies ist ein nicht zu unterschätzender Vorteil, da an solch einer Erörterung neben den Vertragspartnern auch die Streitverkündeten und darüber hinaus auch die Vertreter der Haftpflichtversicherungen beteiligt werden können.

Es wird allerdings nicht verkannt, dass es sich bei § 492 Abs. 3 ZPO um eine „Kann-Vorschrift“ handelt. Es obliegt also dem Verhandlungsgeschick der Parteien, ob es zu solch einem Erörterungstermin kommt.

Wenn diese Hürde genommen ist und der Richter zum Erörterungstermin lädt, so ist ein weiterer Nachteil aus meiner Sicht, dass die Teilnahme der Parteien und Streitverkündeten am Erörterungstermin freiwillig ist. Das Gericht soll zwar entsprechend § 278 Abs. 3 S. 1 ZPO das persönliche Erscheinen anordnen. Zwangsmittel für das persönliche Erscheinen der Beteiligten im Erörterungstermin sieht die ZPO allerdings nicht vor.⁴⁸

Bei allen Vorteilen, die sich aus der Möglichkeit der Erörterung über § 492 Abs. 3 ZPO ergeben, darf nicht verkannt werden, dass die Erörterung erst nach Vorliegen des Gutachtens infrage kommt. Dies bringt den Vorteil mit sich, dass das Gutachten den Parteien zeigt, wo sie stehen. Gelingt es aber nicht, die Parteien zur Teilnahme am Erörterungstermin zu bewegen, ist wertvolle Zeit verloren gegangen.

2.3 Zeitfaktor

Ein Nachteil des selbstständigen Beweisverfahrens im Vergleich zum Privatgutachter ist sicherlich, dass dieses gerichtliche Verfahren wesentlich länger dauert. Auch wenn der Gesetzgeber dem Sinn dieses Verfahrens entsprechend ein schnelles Verfahren vorgesehen hat, sieht die Realität mittlerweile anders aus.⁴⁹

Der Antragsteller hat einen den Voraussetzungen des § 487 ZPO entsprechenden Antrag einzureichen. Da es sich um ein gerichtliches Verfahren handelt, ist dem Antragsgegner rechtliches Gehör zu gewähren.⁵⁰ Von der Gewährung rechtlichen Gehörs ist eine Ausnahme zu machen, wenn besondere Eilbedürftigkeit eine sofortige Entscheidung über den Antrag gebietet; § 491 Abs. 1 ZPO. In der Praxis wird es schwierig sein, dem Gericht die Eilbedürftigkeit glaubhaft zu machen. Entscheidet sich der Auftragnehmer dazu, die Eilbedürftigkeit dem Gericht darzulegen, muss er auch mit der Folge leben, dass er den Antrag beim Amtsgericht einreichen muss. Ob man solch einen Fall des gestörten Bauablaufs beim Amtsgericht anhängig macht, sollte gut überlegt sein.

Selbst wenn die Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht wird und das Gericht recht schnell einen Beschluss fasst, so muss sich das Gericht mit der Auswahl des Sachverständigen befassen, vom Antragsteller einen Vorschuss abfordern und den Sachverständigen beauftragen. All dies kann nur bei extrem guter Vorbereitung durch den Antragsteller, der dem Gericht mindestens zwei geeignete öffentlich bestellte Sachverständige vorschlägt und den Vorschuss

⁴⁸ Herget in Zöller, § 492, Rn. 9

⁴⁹ Grieger in Kufer/Wirth, 8. Kapitel A Rn. 24

⁵⁰ Karlsruhe MDR 82, 1026

der Höhe nach begründet und dementsprechend auch gleich einzahlt, innerhalb von einigen Wochen geschehen.

Bei einem Parteigutachten bestehen alle diese Formerfordernisse nicht. Der Auftragnehmer kann mit dem Parteigutachter alle Einzelheiten absprechen und dieser kann umgehend mit seiner Arbeit beginnen.

2.4 Kein Recht auf bestimmten Sachverständigen

Im selbstständigen Beweisverfahren wird gemäß § 404 Abs. 1 S. 1 ZPO der Sachverständige vom Gericht bestellt. Der Antragsteller muss zwar die Kosten des Verfahrens und damit das Honorar des Sachverständigen bezahlen, darf aber dennoch nicht den Sachverständigen bestimmen.

§ 404 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass das Gericht die Parteien auffordern kann, Personen zu bezeichnen, die geeignet sind, als Sachverständige bestellt zu werden. Von diesem Vorschlagsrecht sollte der Antragsteller auch Gebrauch machen und eine Abstimmung mit dem Gericht und dem Gegner über die Person des zu bestellenden Sachverständigen vornehmen.⁵¹

Es wird nicht verkannt, dass es nach dem Gesetz und auch in der Praxis bei einem reinen Vorschlagsrecht der Parteien verbleibt, da die Parteien auch kein Recht auf Anhörung zu der Frage, welche Person als Sachverständiger gewählt werden soll, haben⁵² und es kein Beschwerderecht gibt, wenn das Gericht bei der Auswahl des Sachverständigen nicht dem Vorschlag der Partei folgt.⁵³ Die Problematik des gestörten Bauablaufs ist nach wie vor nicht allen Richtern bekannt mit der Folge, dass die Gefahr besteht, dass der Richter irgendeinen Bausachverständigen beauftragt und damit der Ausgang des selbstständigen Beweisverfahrens einem Lotteriespiel gleichkommt. Deshalb ist alles zu unternehmen, um zu verhindern, dass ein Sachverständiger bestellt wird, der dieser komplizierten Materie nicht gewachsen ist.

2.5 Kosten

Entscheidet sich der Auftragnehmer zur Beweissicherung ein Privatgutachten einzuholen, kann er sicher sein, dass er nur das Honorar dieses Gutachters zu bezahlen hat.

Wählt der Auftragnehmer hingegen das selbstständige Beweisverfahren, so fällt zunächst eine 1,0 Gerichtsgebühr nach KV Nr. 1610 an. Dies unabhängig davon, ob ein Rechtsstreit anhängig ist oder nicht. Diese Gebühr wird gesondert berechnet. Eine Anrechnung auf ein Hauptsacheverfahren erfolgt nicht.⁵⁴

Der Auftragnehmer muss davon ausgehen, dass sich die Gegenseite anwaltlich vertreten lässt. Es herrscht zwar beim selbstständigen Beweisverfahren kein Anwaltszwang gemäß § 78 ZPO, solange es nicht zu einer mündlichen Verhandlung kommt.⁵⁵ Es fallen also nicht nur beim Antragsteller selbst die Gebühren für einen Rechtsanwalt an sondern auch auf der Gegenseite. Mit dem Rechtspflegevereinfachungsgesetz ist

⁵¹ Greger in Zöllner, § 404, Rn. 1

⁵² BGHZ 131,76/80

⁵³ Herget in Zöllner § 490, Rn. 4.

⁵⁴ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 81

⁵⁵ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 19

§ 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO neu eingeführt worden. Damit kann der Antragsgegner erreichen, dass dem Antragsteller die entstandenen Kosten aufzuerlegen sind. So wird ein Kostentitel geschaffen. Hat der Antragsgegner selbst eigenständige Beweisanträge gestellt, so gilt umgekehrt für den Antragsteller diese Vorschrift. Dem Streithelfer steht diese Möglichkeit nicht zur Verfügung.⁵⁶

Das selbstständige Beweisverfahren ist also teurer.

2.6 Kein Regress gegen den Sachverständigen

In selbstständigen Beweisverfahren wird der Sachverständige vom Gericht bestellt. Die Bestellung des Sachverständigen ist ein Hoheitsakt. Durch diesen Hoheitsakt wird ein auf das jeweilige Verfahren beschränktes öffentlich - rechtliches Verhältnis auf dem Gebiet des Prozessrechts begründet.⁵⁷ Es entsteht zwischen dem Sachverständigen und den Verfahrensbeteiligten kein zivilrechtliches Vertragsverhältnis.⁵⁸ Ein vertraglicher Haftungsanspruch besteht nicht.

Seit der Einführung des Schadensrechtsänderungsgesetzes vom 19.07.2002 haftet der gerichtlich ernannte Sachverständige den Verfahrensbeteiligten ausschließlich auf der Grundlage des § 839a BGB für Schäden, die diesen aufgrund eines vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Gutachtens entstehen. Alle seit dem 01.07.2002 eingetretenen Schäden werden nach Art. 229, § 8 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB nach dem ab dem 01.08.2002 geltenden § 839a BGB beurteilt.

Diese Rechtslage macht es für die Verfahrensbeteiligten nahezu unmöglich, den Sachverständigen in Regress zu nehmen. Dies ist sicherlich ein Nachteil gegenüber den Privatgutachtern, die zu ihrem Auftraggeber in einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis stehen mit den sich daraus ergebenden Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen.

IV. Schlussfolgerungen

Es kann im Ergebnis festgestellt werden, dass es zulässig ist, durch Sachverständigenbeweis im selbstständigen Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO die Störungen eines Bauablaufes und dessen Folgen feststellen zu lassen. Das selbstständige Beweisverfahren ist das probate Mittel für den Auftragnehmer, die notwendigen Grundlagen für seinen substantiierten Vortrag zur Durchsetzung sämtlicher seiner Ansprüche zu erhalten

Desto mehr erstaunt es, dass in der Praxis hiervon kein Gebrauch gemacht wird. Die notwendige Beweiserhebung und Beweissicherung erfolgt bislang ausschließlich durch Parteigutachten. Der Vergleich zu dieser ständig geübten Praxis hat ergeben, dass das selbstständige Beweisverfahren dem Auftragnehmer so viele Vorteile bringt, dass es an der Zeit ist hiervon Gebrauch zu machen. Sicherlich wird es zur Beginn eine Herausforderung sein, die richtige Fragestellung zu finden.

Die Auseinandersetzung mit diesem Thema hat darüber hinaus gezeigt, dass in der Praxis auch die Bedeutung des § 492 Abs. 3 ZPO, die Erörterung des Ergebnisses der Beweiserhebung vor dem erkennenden Richter mit dem

⁵⁶ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 84

⁵⁷ BGH, Urteil vom 20.05.2003 - VI ZR 312/02; BauR 2003,1599

⁵⁸ Kamphausen in BauR 1998,505

Ergebnis, einen Vergleich abzuschließen, nicht genutzt wird. Aber gerade die Möglichkeit der Erörterung des Ergebnisses der Beweiserhebung mit dem Ziel eines Vergleichsschluss spricht für die Sinnhaftigkeit der Beweiserhebung und Beweissicherung durch ein selbstständiges Beweisverfahren beim gestörten Bauablauf. Den Beteiligten muss bewusst sein, dass der Streit um die Begründetheit der Nachträge für beide Parteien neben erheblichen Prozessrisiken eine nicht absehbare, extrem lange Prozessdauer, unübersehbare Kosten und unnötige Bindung wichtiger Fachkräfte für den Prozess mit sich bringt.

Rechtsanwalt Wolf Quensell,

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht