

Leuphana Universität Lüneburg

Studiengang Master of Arts

Baurecht und Baumanagement

Masterarbeit

**Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens
bei gestörten Bauabläufen**

Admissibility and meaningfulness of the realization of an independent
judicial proof procedure in case of additional claims because of interruption
or changes in constructional circumstances in building projects

Erstprüfer: Prof. Dr. Ralf Schottke

Zweitprüfer: Prof. Dr. Axel Wirth

Wolf Quensell

Parchimer Str 11a

19348 Perleberg

Matrikel-Nr.: 3019712

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Schaubilder und Tabellen	5
I. Das Thema der Masterarbeit.....	6
II. Gestörter Bauablauf	8
1. Baubetrieblich juristische Nachweisführung	8
1.1 Einführung in die Methodik	8
1.1.1 Erkenntnisse aus den Urteilen des BGH vom 24.02.2005 und des OLG Köln vom 28.01.2014 – 24 U 199/12	8
1.1.2 Die Systematik des ordnungsgemäßen Nachweises bei gestörtem Bauablauf.....	10
1.2 Zusammenwirken juristischer und baubetrieblicher Aspekte	12
1.2.1 Juristischer Teil.....	12
1.2.2 Baubetrieblicher Teil	13
1.2.3 Notwendigkeit der Zusammenarbeit des Baujuristen und des Baubetrieblers	14
2. Ansprüche der Parteien	16
2.2.2 § 642 BGB Entschädigung	18
2.2.3 § 4 Abs. 1 VOB/B Mehrkostenerstattung	19
2.2.4 § 6 Abs. 6 VOB/B Schadensersatz	20
2.2.5 § 6 Abs. 1 und 2 VOB/B, Anspruch auf mehr Zeit	20
3. Unabhängigkeit der anspruchsausfüllenden Kausalität vom Anspruchsgrund als Voraussetzung für ein selbstständiges Beweissicherungsverfahren.....	21
III. Das selbstständige Beweisverfahren, §§ 485 – 494a ZPO	22
IV. Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens beim gestörten Bauablauf, § 485 ZPO	24
1. Zulässigkeit gem. § 485 Abs. 1 ZPO.....	24
1.1 § 485 Abs. 1 Alt. 1 ZPO, der Gegner stimmt zu	24
1.2 § 485 Abs. 1 Alt. 2 ZPO, Beweismittel gehen verloren	24
1.2.1 Sachverständigengutachten als Beweismittel i. S. d. § 485 ZPO	24
1.2.2 Beweismittel zur Sicherung der Beweise bei gestörtem Bauablauf.....	26
1.2.2.1 Beispielfälle aus der Rechtsprechung.....	26
1.2.2.2 Baubetriebliches Gutachten zur Beweissicherung	27
1.2.2.3 Verlust oder Verwertung der Benutzung des Beweismittels wird erschwert	27
2. Zulässigkeit gem. § 485 Abs. 2 ZPO, rechtliches Interesse an der Begutachtung.....	30
2.1 Rechtsgedanke des § 485 Abs. 2 ZPO.....	30
2.1.1 Grundsätze des Rechtsgedanken des § 485 Abs. 2 ZPO.....	30
2.1.2 Die Anwendung des Rechtsgedanken des § 485 Abs. 2 ZPO	31
2.2 Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 485 Abs. 2 ZPO.....	31
2.2.1 Keine Anhängigkeit des Rechtsstreits der Hauptsache	31
2.2.2 Rechtliches Interesse des Antragstellers.....	32
Zwischenfazit: Über diese Vorschrift wird es dem Antragsteller immer gelingen,	

einen zulässigen Antrag zu stellen.	32
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.....	33
V. Praktikabilität und Sinnhaftigkeit des selbständigen Beweisverfahrens bei gestörtem Bauablauf	33
1. Vorteile eines selbstständigen Beweisverfahrens	33
1.1 Verfahren hat Beweiskraft, § 493 Abs. 1 ZPO	33
1.2. Hemmung der Verjährung, § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB.....	34
1.3. Entscheidungsfreiheit des Auftragnehmers.....	35
1.4. Ladung mit Erörterung ist möglich, § 492 Abs. 3 ZPO.....	36
1.5. Schaffung eines Titels über §§ 494, 492 III, 160 III Nr.4 und 5; 160 III 1, 724, 794 I Nr.1 ZPO	37
1.6. Beide Parteien können Anträge stellen; Garantie der Waffengleichheit und Ausgewogenheit im Vergleich zum Parteigutachten	37
1.7. Möglichkeit der Streitverkündung	38
1.8. Präklusion	40
1.9. Klärung der Streitfragen unabhängig von der Anspruchsgrundlage; kein Unterschied bei der Feststellung der Kausalität	41
1.10 Gutachterliche Feststellung im selbstständigen Beweisverfahren erfüllt Qualitätsanspruch an die Dokumentation des Zusammenhangs zwischen Behinderung und baubetriebswirtschaftlicher Folgen	42
2. Hindernisse und Bedenken	43
2.1 Ausforschung durch den Sachverständigen	43
2.1.1 Definition und Rechtsfolgen des Ausforschungsbeweises	43
2.1.2 Beweiserhebung durch den Sachverständigen bei Baumängeln	44
2.1.3 Die Beweiserhebung durch den Baubetrieblen als Sachverständiger ..	46
2.1.4 Parteigutachten statt Ausforschungsbeweis	48
2.1.5 Zwischenfazit	49
2.2 Erörterung gemäß § 492 Abs. 3 ZPO nicht erzwingbar	49
2.3 Zeitfaktor.....	50
2.4 Kein Recht auf bestimmten Sachverständigen.....	51
2.5 Kosten	52
2.6 Kein Regress gegen den Sachverständigen	53
VI. Schlussfolgerungen	54
Hiermit versichere ich, dass ich die Arbeit selbstständig verfasst habe und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel und Quellen benutzt wurden, alle Stellen der Arbeit, die wortwörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen, als solche kenntlich gemacht wurden und die Arbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner Prüfungsbehörde vorgelegt wurde.	56

Verzeichnis der Schaubilder und Tabellen

Tabelle 1; Ralf Schottke in Skript „Störung des Bauablaufs – Einführung, Übersicht, Systematik; S. 9 und Skript 2.0 Ordnungsgemäßer baubetriebswirtschaftlicher Nachweis von veränderten Baumständen; S. 1 und 9

Tabelle 2; Ralf Schottke in Skript Störungen des Bauablaufs – Baubetriebliche Nachweissystematik für alle Ansprüche; Stand 15.06.2014, in Anlehnung an Bild 78, S. 209 mit Ergänzungen des Verfassers

Schaubild 1 zu den Verfahrensarten, vertraglich vereinbart, freiwillig, Einleitung durch Kläger; erstellt vom Verfasser

Schaubild 2 zur Vielzahl der Beteiligten am Bauprozess; erstellt vom Verfasser

Literaturverzeichnis

Andreas Koenen, Sachverständigenbeweis im Bauprozess,

Baumbach/Lauterbach, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 73. Auflage

Biermann – Frikell – Hofmann, Bauzeit und Behinderung, 1. Auflage

Ingenstau/Korbion; VOB Kommentar, 17. Auflage

Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 3. Auflage

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage

Schottke, Skript 2.0 Ordnungsgemäßer baubetriebswirtschaftlicher Nachweis von veränderten Baumständen

Schottke, Skript Störungen des Bauablaufs – Baubetriebliche Nachweissystematik für alle Ansprüche; Stand 15.06.2014

Vygen-Joussen-Schubert-Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 6. Auflage

Werner/Pastor, der Bauprozess, 14. Auflage

Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Auflage

I. Das Thema der Masterarbeit

Die Masterarbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob das in der Zivilprozessordnung (ZPO) in den §§ 485ff geregelte selbstständige Beweisverfahren zulässig und geeignet ist, dem Auftragnehmer (AN) die notwendige Beweisführung zur Geltendmachung seiner Ansprüche auf Mehrvergütung, Kostenerstattung und/oder Schadensersatz aus einem gestörten Bauablauf zu ermöglichen und, sollte dies der Fall sein, es auch sinnvoll ist, von diesem Verfahren Gebrauch zu machen.

Die Umsetzung eines Bauvorhabens ist ein dynamischer Prozess. Er beginnt mit der Planung und endet mit der abnahmereifen Leistung. Zwischen Planung und Abnahme liegt die Realität, die Vorstellung und Ergebnis voneinander trennt. Kein Bauwerk entspricht am Ende der Planung, auch wenn die Bauplanung noch so sorgfältig und vorausschauend gewesen ist. Zu viele Faktoren sind unvorhersehbar und tragen zu gewollten und ungewollten Veränderungen bei.¹ Soweit diese Veränderungen ihre Ursache in Anordnungen des Auftraggebers, Behinderungen und/oder Störungen haben, können sie die verschiedensten Ansprüche auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite auslösen.

Unter dem Titel „Dichter Nebel bei Bauzeitclaims“ schildern Rechtsanwalt A. Roquette und N. Laumann sehr anschaulich die Situation bei Ansprüchen des Auftragnehmers auf Ausgleich seines Mehraufwandes wegen eines gestörten Bauablaufs². Sie vergleichen die Situation mit der Navigation bei dichtem Nebel. „Die Konturen verschwimmen. Keine Sicht. Die Küste, die Hafeneinfahrt, Seezeichen und andere Schiffe müssten sich in greifbarer Nähe befinden, sind aber dennoch nicht erkennbar. Unsicherheit breitet sich aus. Es ist an sich klar, dass es sich um einen Fall der Bauzeitverzögerung handelt und dass dem Auftragnehmer bzw. dem Auftraggeber ein Anspruch zustehen kann. Die Konturen dieses Anspruchs sind aber nur in Ansätzen zu erkennen. Teilweise mag sich der Nebel auch schon etwas gelichtet haben. Die Details, um den Anspruch zu begründen und darzulegen, sind aber nach wie vor nicht greifbar. Der Grund für dieses „Verfahren im Nebel“ liegt in der Komplexität der Materie.“

Mittlerweile hat sich dieser Nebel immer mehr gelichtet durch die auf der Rechtsprechung des BGH vom 24.02.2005³ aufbauende Rechtsprechung, insbesondere das Urteil des OLG Köln, Urteil vom 28.01.2014 – 24 U 199/12.

¹ Leupertz, Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht, BauR 2010, 1999

² BauR 2012,1829

³ BGH Urteil vom 24.02.2005 - VII ZR 225 / 03 und VII ZR 141 / 03

Die Rechtsprechung stellt an die Darlegung und Begründung dieser sich aus den Anordnungen des Auftraggebers, Behinderungen und Bauablaufstörungen ergebenden Ansprüche hohe Anforderungen.

Neben einer der den Kriterien des § 6 Abs. 1 VOB/B genügenden Behinderungsanzeige⁴ ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁵ und der aktuellen Entscheidungen des OLG Köln⁶ 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 konnten.⁷ Die Schwierigkeiten, mit denen sich die Auftragnehmer auseinandersetzen haben, ist im Wesentlichen die Darstellung der Behinderung beziehungsweise der Störung und der sich daraus ergebenden Auswirkungen für ihre Kalkulation.⁸ Letzteres gilt auch bei der in den Bauablauf eingreifenden Anordnung. Es stellt sich für den Auftragnehmer in diesen Fällen die Frage, wie er die veränderten Baumstände zu dokumentieren hat, damit er seine sich aus diesen Veränderungen ergebenden Ansprüche begründen kann.

Es werden mittlerweile eine Vielzahl von juristischen Seminaren mit den Titeln wie zum Beispiel „Gestörter Bauablauf aus baubetrieblicher und baurechtlicher Sicht“, „Bauablaufprobleme - Dokumentation und finanzielle Folgen“ oder „Bauzeitverlängerungsansprüche in der Praxis“ angeboten, denn die Bauwirtschaft hat erkannt, dass der gestörte Bauablauf ein erhebliches Konfliktpotenzial mit sich bringt⁹ und in diesem Streit nur der bestehen kann, der rechtzeitig mit geeigneten Maßnahmen den Bauablauf dokumentiert¹⁰, so Beweise sichert und damit in die Lage versetzt wird, substantiiert zum Anspruchsgrund, der anspruchsbegründenden Kausalität und der Anspruchshöhe, sowie der anspruchsausfüllenden Kausalität vorzutragen. Alle diese Bemühungen zielen darauf ab, dass Baubetriebe Gutachten (Parteigutachten/

⁴ OLG Brandenburg, IBR 2011,394, ebenso OLG Köln, IBR 2013,66

⁵ 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

⁶ 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

⁷ OLG Hamm, BauR 2004,1304ff

⁸ Werner/Pastor, Rn. 2332

⁹ Kuffer-Wirth, Kapitel 8 A Rn. 7

¹⁰ 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%.

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 für diese Fälle nicht das in der ZPO in den §§ 485ff geregelte selbstständige Beweisverfahren genutzt wird. In der Literatur zum privaten Baurecht¹¹ und den entsprechenden Kommentaren¹² wird zwar jeweils ausführlich auf das selbstständige Beweisverfahren eingegangen, jedoch ausschließlich im Zusammenhang mit Mängeln, ohne auch nur ein einziges Mal die Problematik des gestörten Bauablaufs oder den sich aus den Anordnungen des Auftraggebers ergebenden Folgen zu erwähnen. Auch enthält jedes Lehrbuch¹³ ein Kapitel über Behinderungen/verzögerte Bauausführung, was in den Kommentaren bei den Ausführungen zu § 6 VOB/B, § 642 BGB und § 2 Abs. 5 VOB/B nachzulesen ist. Die Problematik der Beweisführung wird zwar angesprochen und auf den notwendigen Inhalt der baubetrieblichen Gutachten verwiesen. Es wird jedoch ausschließlich auf Parteigutachten und nicht auf das selbstständige Beweisverfahren Bezug genommen.

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. Gestörter Bauablauf

1. Baubetrieblich juristische Nachweisführung

1.1 Einführung in die Methodik

1.1.1 Erkenntnisse aus den Urteilen des BGH vom 24.02.2005 und des OLG Köln vom 28.01.2014 – 24 U 199/12

Der Auftragnehmer, der Ansprüche aus einem gestörten Bauablauf geltend machen möchte, muss sich von Anfang an daran orientieren, was der Gesetzgeber ihm im Falle einer streitigen Auseinandersetzung vor Gericht an Vortrag und Beweisführung abverlangt. Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hat er in diesem Fall den Gegenstand und den Grund des erhobenen Anspruchs darzulegen und der Höhe nach mit einem bestimmten Antrag zu beziffern. Da er derjenige ist, der einen

¹¹ Werner/Pastor, Rn. 1-147; Kuffer-Wirth, Kapitel 13 B, Kniffka/Koebele Teil 2

¹² Ingenstau/Korbion, Anhang 3., S. 2658 ff

¹³ Werner/Pastor, Rn. 2317ff; Kuffer-Wirth, 1 A 592ff, Kniffka/Koebele, 8. Teil

Anspruch geltend macht und durchsetzen möchte, obliegt ihm für jedes einzelne Tatbestandsmerkmal der Anspruchsgrundlage, auf die er seinen Anspruch stützt, sowohl die Darlegungs- als auch die Beweislast.

Erst seit 1986 durch das Urteil des BGH vom 20. Februar 1986 – VII ZR 286/84 gewinnt die Tatsache, dass die Baumstände sich auf den wirtschaftlichen Erfolg bzw. Misserfolg auswirken, an Bedeutung. Der BGH hat mit Urteil vom 20. Februar 1986 – VII ZR 286/84 zunächst einem von Gutsche entwickelten Äquivalenzkostenverfahren eine Absage erteilt. Auch weitere Versuche, Ansprüche der Auftragnehmer wegen Bauablaufstörungen geltend zu machen scheiterten und erst im Jahr 2005 gelang es, einen solchen Anspruch durchzusetzen. Durch seine Urteile aus dem Jahr 2005 hat der BGH deutlich gemacht, dass eine Vielzahl von Anforderungen erfüllt werden müssen, um einen Anspruch aufgrund eines gestörten Bauablaufes begründen zu können.

Die Auftraggeber nutzten die Rechtsprechung, um sämtliche Ansprüche abzuwehren, woran auch außergerichtliche Einigungsversuche scheiterten. Die Wende kam erst durch das Urteil des BGH, Az. VII ZR 225/03 vom 24.02.2005. Mit diesem Urteil legte der BGH fest, dass es durchaus möglich ist, einen ordnungsgemäßen baubetriebswirtschaftlichen Nachweis über veränderte Baumstände zu führen und daraus, die sich für den Auftragnehmer möglicherweise ergebenden Ansprüche, abzuleiten, zu begründen und zu beziffern. An dieser Rechtsprechung des BGH vom 24.02.2005, Az. VII ZR 141/03 und VII ZR 225/03 orientiert sich nunmehr die Methodik und Systematik der Nachweisführung sowohl für die haftungsbegründende als auch für die haftungsausfüllende Kausalität.

Zunächst legte der BGH mit seinem Urteil VII ZR 141/03 fest, dass die Darstellung der konkreten Bauablaufstörungen notwendig ist. Eine fehlende, aussagekräftige Dokumentation führt zum Verlust des Anspruchs.

Aus dem Urteil vom selben Tage, VII ZR 225/03, ergibt sich, dass der BGH im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität, also dem Ursachenzusammenhang zwischen dem Verhalten des Auftraggebers und der Störung (§ 286 ZPO) verlangt, dass der Sachverhalt dargestellt wird.

Neben der Sachverhaltsdarstellung muss auch dargelegt werden, wie sich die einzelnen Störungen auswirken. Der BGH ist zu dem Ergebnis gelangt, dass diese baubetriebswirtschaftliche Darlegung der haftungsbegründenden Kausalität erfordert, dass zu jeder einzelnen Behinderung vollumfänglich dargelegt und nach den Grundsätzen des § 286 ZPO nachgewiesen wird:¹⁴

- das Baumstände-Soll (Vorlage eines Vertragsterminplanes),

¹⁴ bestätigt durch OLG Köln 24 U 199/12

- dass das Baumstände-Soll schlüssig und durchführbar war,
- wie jede Störung zu einem konkreten Vorgang des Bauzeitenplanes zugeordnet wird,
- die Dauer der konkreten Behinderung und
- die Konsequenzen bezüglich des Bauablaufes, die sich aus der einzelnen Störung ergeben.

Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität verlangt der BGH (Urteil vom 24.05.2005 - VII ZR 225/03), dass konkret vorgetragen wird zum Zusammenhang zwischen Behinderung und baubetriebswirtschaftlicher Folge. Der BGH hat diesbezüglich zugelassen, dass der damalige Kläger seinen Anspruch gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B auf ein Privatgutachten gestützt hat. Er hat dieses Privatgutachten als qualifizierten Sachvortrag anerkannt und berücksichtigt und es einer Schätzung über die Höhe des Schadens gemäß § 287 ZPO zu Grunde gelegt.

Mit Urteil des OLG Köln vom 28.01.2014 - 24 U 199/12 wurde diese Rechtsprechung des BGH erneut bestätigt und noch einmal ausführlich herausgearbeitet, dass eine Schätzung gemäß § 287 ZPO, wenn überhaupt, für die haftungsausfüllende Kausalität jedoch nicht für die haftungsbegründende Kausalität vorgenommen werden kann. Der konkrete Haftungsgrund ist nach den Grundsätzen des § 286 ZPO nachzuweisen.

1.1.2 Die Systematik des ordnungsgemäßen Nachweises bei gestörtem Bauablauf

Die Rechtsprechung und Literaturmeinung, dass bei jeder Störung gleich vorgegangen wird und nicht etwa der Soll-Bauablauf dem Ist-Bauablauf gegenübergestellt werden kann, hat sich mittlerweile gefestigt. Demnach liegt es nahe, für den ordnungsgemäßen baubetriebswirtschaftlichen Nachweis von veränderten Baumständen, eine Systematik zu entwickeln. Eine solche Systematik hat Schottke entwickelt und wie folgt zusammengefasst:

Tabelle 1¹⁵

- 1.0 Auftragskalkulation, Soll-Bauablauf und Umsetzung der Auftragskalkulation in den Bauzeitenplan
 - 1.1 Auftragskalkulation
 - 1.2 Soll- Bauablauf
 - 1.3 Umsetzung der Auftragskalkulation in den Bauzeitenplan

¹⁵ Tabelle 1; Ralf Schottke in Skript „Störung des Bauablaufs – Einführung, Übersicht, Systematik; S. 9 und Skript Ordnungsgemäßer baubetriebswirtschaftlicher Nachweis von veränderten Baumständen; S. 1 und 9

2.0 Vergleich des Baumstände-Ist mit dem Baumstände-Soll (Leistungsstände)

2.1 Beschreibung des tatsächlichen Baumstände- Ist und Vergleich mit dem geplanten Baumstände- Soll

2.2 Beurteilung der Dokumentation

2.3 Herausstellen der wesentlichen Problem- und Beurteilungsbereiche

3.0 Ausgangsinformationen zu den Nachträgen und den Störungen

3.1 Informationen zu sämtlichen Nachträgen

3.2 Informationen zu den einzelnen Störungen

3.3 Sortierung der Störungen und bauzeitrelevanten Nachträge nach ihrem tatsächlichen störungsrelevanten Eintreten

4.0 Einzelnachweis für jede Störung

4.1 Sachverhalt und anspruchsbegründende Kausalität

4.2 Anspruchsgrundlage

4.3 Baubetriebliche Folgen und anspruchsausfüllende Kausalität

4.4 Anspruchshöhe

Auch Biermann¹⁶ setzt sich mit der Frage der korrekten Darstellung und Beweisführung der Bauablaufstörungen vor dem Hintergrund der möglichen Ansprüche des Auftragnehmers auseinander. In seinem Handbuch für Praktiker wird ein ähnliches Konzept anhand von Fragen entwickelt. Ein konkretes Schema stellt Biermann dem Leser nicht zur Verfügung.

Lang und Rasch¹⁷ haben ein neunstufiges Nachweisverfahren zur Fortschreibung eines Soll-0-Terminplanes unter Berücksichtigung des tatsächlichen Bauablaufs entwickelt, da auch sie zu dem Ergebnis kommen, dass die vom BGH geforderte einzelfallspezifische Nachweisführung des adäquat - kausalen Zusammenhangs zwischen Ursache und Auswirkung einzelner Behinderungen nur selten in der geforderten Ausprägung geführt wird.¹⁸ Sie gehen davon aus, dass im Rahmen eines mehrstufigen Nachweisverfahrens unter Berücksichtigung des tatsächlichen Bauablaufs die 9 von ihnen entwickelten und beschriebenen Bearbeitungsschritte für jede einzelne Verzögerung zweckmäßig sein können:¹⁹

Stufe 1: Bezeichnung der Verzögerung

Stufe 2: Sachverhaltsdarstellung

Stufe 3: Schriftverkehrsauswertung

¹⁶ Biermann – Frikell – Hofmann; S. 97ff

¹⁷ Vygen-Jousse-Schubert-Lang, Teil B, Rn. 139ff

¹⁸ Vygen-Jousse-Schubert-Lang, Teil B, Rn. 2

¹⁹ Vygen-Jousse-Schubert-Lang, Teil B, Rn. 143ff

Stufe 4: Gutachterliche Bewertung des Sachverhaltes

(Stufen 1-4 dienen der Begründung des Anspruchs)

Stufe 5: Berechnung der Ansatzes Verzögerungsdauer

Stufe 6: Modifizierung im Soll (n-1) Terminplan /Erstellung des Soll (n) - Terminplans (Bestimmung eines theoretisch geschuldeten, störungsmodifizierten Bauablauf)

Stufe 7: Gegenüberstellung Soll (n-1) Terminplan/ Soll (n) Terminplan (Darstellung der theoretischen Auswirkungen der Bauablaufstörung)

Stufe 8: Gegenüberstellung Soll (n) - Terminplan/Ist -Terminplan und Erstellung eines rechenbaren Soll (n) -Terminplans, der die tatsächlichen Auswirkungen der BAST (n) berücksichtigt und somit den geschuldeten Ablauf bis zur BAST (n+1) darstellt, also entweder der Soll (N) oder der Soll (N) a ist

Stufe 9: Aktualisierung des Zeit- bzw. Pufferkontos

In den sehr ausführlichen Darstellungen zu diesem Schema wird anhand von Beispielen erläutert, wie der (baubetriebliche) Sachverständige diesen Anforderungen Rechnung tragen kann. Diese Systematik (Nachweisverfahren) zeigt die Komplexibilität des geforderten Sachvortrages und der Nachweisführung, was die Frage aufwirft, wie der Auftragnehmer diesen Anforderungen gerecht wird.

1.2 Zusammenwirken juristischer und baubetrieblicher Aspekte

1.2.1 Juristischer Teil

Wer bei Gericht einen Anspruch durchsetzen möchte, benötigt eine Anspruchsgrundlage. Es obliegt dem Juristen, für den Anspruchsteller den Sachverhalt vorzutragen. Hierbei muss er darauf achten, dass er zu jedem einzelnen Tatbestandsmerkmal der anzuwendenden Anspruchsgrundlage substantiiert vorträgt und, für den Fall, dass sein Vortrag von der Gegenseite bestritten wird, den notwendigen Beweisantritt durch Vorlage von Urkunden, Sachverständigengutachten oder Zeugen erbringt.

Beim gestörten Bauablauf ist der notwendige Sachvortrag sehr umfangreich. Das Problem in diesen Fällen ist, dass anders als bei allen anderen bekannten Ansprüchen, wie z.B. aus Vertrag, Schadensersatz, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung etc. nicht nur ein Sachverhalt vorgetragen und damit die haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale ausgefüllt und der sich ergebende Anspruch dem Grunde und der Höhe nach bewiesen werden muss. Es müssen mindestens zwei, in der Regel aber eine Vielzahl von

Sachverhalten, deren Beziehungen und Auswirkungen zueinander, die sich daraus ergebenden hypothetischen Bauabläufe und finanziellen Auswirkungen vorgetragen und jeweils ins Verhältnis gesetzt werden. Dieser hypothetische Bauablauf (Soll-Bauablauf), dessen Durchführbarkeit und korrekte Kalkulation ebenfalls dargelegt und bewiesen werden muss, muss dann ins Verhältnis zu dem tatsächlichen Bauablauf (Ist-Bauablauf) gesetzt werden. Dem nicht genug, muss der Jurist dann noch den sich daraus ergebenden Anspruch der Höhe nach bis auf den letzten Cent begründen.²⁰ Hierbei darf der Jurist nicht pauschal auf ein Sachverständigengutachten, Korrespondenz, Rechnungen, Schriftstücke oder dergleichen Bezug nehmen. Er muss selbst den Vortrag führen, wobei die Bezugnahme auf ein Privatgutachten nur dann zulässig ist, wenn dies seinen bestimmten, substantiierten Vortrag ergänzen soll.²¹

1.2.2 Baubetrieblicher Teil

Der Baubetriebler ist der Sachverständige, der zunächst anhand der Unterlagen feststellt, wie das Bauvorhaben kalkuliert und der Ablauf sowohl technisch als auch zeitlich geplant gewesen ist. Er hat darzustellen, ob die Planung schlüssig und damit überhaupt durchführbar gewesen wäre. Er muss jede einzelne behauptete Störung erfassen und einem konkreten Vorgang des Bauzeitenplanes zuordnen. Für jede Störung hat er festzustellen, wie lange sie gedauert und welche Konsequenzen sie in Bezug auf Zeit und Kosten für dieses konkrete Bauvorhaben mit der vom Auftragnehmer vorgelegten Kalkulation und Zeitplanung, seiner Kapazitäten und seiner Ressourcen hatte. Dabei hat er für den Fall, dass mehrere Störungen, egal von wem verursacht, festzustellen sind, jede Störung für sich darzustellen und darüber hinaus die Auswirkung jeder einzelnen Störung auf den sich dann entwickelnden Bauablauf.²²

Dem Baubetriebler obliegt allerdings nicht nur die systematische Darstellung vor dem Hintergrund der Planung und Kalkulation des Auftragnehmers. Ihm obliegt auch die Berechnung der sich aus den dargestellten Umständen ergebenden Schadensersatzansprüche und der Mehr- oder gar Minderkosten, wobei diese dann wiederum ins Verhältnis zueinander gesetzt werden müssen.

²⁰ OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 m.w.N.

²¹ Leupertz in BauR, 2005,1829,1836

²² OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 m.w.N.

1.2.3 Notwendigkeit der Zusammenarbeit des Baujuristen und des Baubetreiblers

Die obigen Ausführungen zu den Anforderungen, die der BGH²³ und das OLG Köln²⁴ an die Anspruchsbegründung bei gestörtem Bauablauf stellen und die daraus entwickelte Systematik zur geordneten Darstellung der Nachweisführung zeigen, dass in diesen Fällen neben den juristischen Aspekten, also der sauberen Subsumtion und Beweisführung, erhebliche baubetriebliche Aspekte in Form der nachvollziehbaren Dokumentation insbesondere zum Nachweis der Kausalität erforderlich sind.

Der schlüssige Vortrag und die Beweisführung zum Einzelnachweis jeder Störung bedürfen zwingendes Zusammenspiels des Juristen und des Baubetreiblers.²⁵ Dies kann in einem Schaubild unter Bezugnahme auf 4.0 der obigen Systematik wie folgt verdeutlicht werden:

²³ 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

²⁴ OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 m.w.N.

²⁵ zu diesem Ergebnis kommt auch Leupertz, BauR 2005,1829,1837,1843

Tabelle 2²⁶

	Anspruchsvoraussetzungen	Notwendiger Vortrag	Verantwortlichkeiten
4.1	Anspruchsbegründend Kausalität, Zusammenhang zwischen Verhalten des Auftraggebers und Störung	Schilderung des Sachverhalts	Technischer und juristischer Teil
		Darlegung der baubetrieblichen Auswirkung <ul style="list-style-type: none"> • Darlegung Baumstände-Soll (Vorlage eines Vertragsterminplanes) • Darlegung der Schlüssigkeit des Baumstände-Solls • Zuordnung der Störung zu einem konkreten Vorgang des Bauzeitenplanes • Dauer der konkreten Behinderung • Konsequenzen bzgl. des Bauablaufes 	Baubetriebswirtschaftlicher Teil
		Anspruchsgrund	Juristischer Teil
4.2	Anspruchsgrundlage	Subsumtion	Juristischer Teil
4.3	Anspruchsausfüllende Kausalität	Konkreter Vortrag bezüglich des Zusammenhanges zwischen Behinderung und baubetriebswirtschaftlicher Folgen <ul style="list-style-type: none"> • Fristen/Friständerungen • Leistungsbereitschaft des AN • Betroffene Vertragspositionen und kalkulierte Ressourcen <ul style="list-style-type: none"> ○ zeitkonstant ○ leistungsabhängig • Angemessenheit der kalk. Ressourcen und der Kalkulationssätze <ul style="list-style-type: none"> ○ zeitkonstant ○ leistungsabhängig • anspruchsausfüllende Kausalität zwischen unveränderten und veränderten Ressourcen 	Baubetrieblicher Teil
4.4	Anspruchshöhe	Darstellung der Preisermittlung, der Kalkulation und der Ressourcen und Produktivitätsverluste <ul style="list-style-type: none"> • Anspruchshöhe bzgl. zeitkonstanter Ressourcen • Anspruchshöhe bzgl. leistungsabhängiger / zeitflexibler Ressourcen 	Technischer, baubetrieblicher Teil

²⁶ Tabelle 2; Ralf Schottke in Skript Störungen des Bauablaufs – Baubetriebliche Nachweissystematik für alle Ansprüche; Stand 15.06.2014, in Anlehnung an Bild 78, S. 209 mit Ergänzungen des Verfassers

Diese Übersicht zeigt nicht nur, dass dem Vortrag des Anspruchstellers zu der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität erhebliche Bedeutung zukommt. Sie macht auch eindrucksvoll deutlich, dass der Schwerpunkt in genau den Bereichen liegt, die nicht den fachlichen Qualifikationen des Juristen, sondern des Baubetrieblers zuzurechnen sind. Darauf müssen sich die Parteien vom Baubeginn an einstellen. Das macht es erforderlich, dass mit der ersten Störung baubegleitend die Beweissicherung, in Form der Dokumentation der Geschehnisse, unter Berücksichtigung der in der Tabelle dargestellten Mindestvoraussetzungen erfolgt. Diese Leistung erfolgt durch den Baubetriebler.²⁷ Der Jurist muss diese dann in seiner Sachverhaltsdarstellung (4.1) und seiner Subsumption (4.2) verwerten.²⁸

Dem tragen die Parteien derzeit Rechnung, indem sie Parteigutachten erstellen, um schlüssig vorzutragen und Beweis anzutreten. Auch wenn der BGH im Urteil vom 25.02.2005 – VII ZR 225/03 das Parteigutachten zugelassen und sogar von § 287 ZPO Gebrauch gemacht und die Höhe des Anspruchs geschätzt hat, erscheint das Risiko für die Parteien, sich auf die Anerkennung ihres Parteigutachtens zu verlassen, zu hoch.²⁹ Dieselbe gutachterliche Dokumentation durch dieselben Fachleute könnte möglicher Weise im selbstständigen Beweisverfahren gem. §§ 485ff ZPO erfolgen. Bevor diese Frage geklärt wird, sollen die möglichen Ansprüche des Auftragnehmers dargestellt werden, um aufzuzeigen, was mit der Beweissicherung und Beweisführung im selbstständigen Beweisverfahren erreicht werden muss.

2. Ansprüche der Parteien

2.1 Ansprüche des Auftraggebers

Die Arbeit setzt sich nicht mit den Ansprüchen des AG, die ihm möglicherweise aus einem gestörten Bauablauf heraus gegenüber seinem AN zustehen könnten, auseinander.

Voraussichtlich wird sich diese Frage allerdings recht unproblematisch beantworten lassen, aufgrund des Ergebnisses dieser Arbeit zu den Ansprüchen des AN.

2.2 Ansprüche des Auftragnehmers

Als Anspruchsgrundlagen kommen in Frage:

- o § 2 VOB/B Vergütung;

²⁷ BauR 2003,457,459

²⁸ BauR 2005,1829,1836

²⁹ OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 m.w.N.

- § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, Vergütung für Mehrmengen
- § 2 Abs. 5, zusätzliche Vergütung wegen Änderungen
- § 2 Abs. 6, zusätzliche Vergütung wegen zusätzlicher Leistungen
 - § 642 BGB Entschädigung;
 - § 4 Abs. 1 VOB/B Mehrkostenerstattung;
 - § 6 Abs. 6 VOB/B Schadensersatz;
 - § 6 Abs. 1 VOB/B Anspruch auf mehr Zeit

2.2.1§ 2 VOB/B Vergütung

Der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung ergibt sich aus § 631 Abs. 1 BGB, § 2 Abs. 1 VOB/B.

Stimmt die zu erbringende Leistung nicht mit der vereinbarten Leistung überein (§ 1 Abs. 1 VOB/B), so bestimmt sich der Anspruch des Auftragnehmers auf Mehrvergütung für Mehrmengen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, auf eine vom ursprünglich Vereinbarten abweichende Vergütung wegen geänderter Leistung nach § 2 Abs. 5 VOB/B und bei zusätzlichen Leistungen nach § 2 Abs. 6 VOB/B.

Der Auftragnehmer muss in diesen Fällen jeweils vortragen und beweisen, dass diese Leistungen nicht schon durch den ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang (§ 1 Abs. 1 VOB/B) erfasst und damit entsprechend der ursprünglich vereinbarten Preise gemäß § 2 Abs. 1 VOB/B abgegolten sind. Er muss nachweisen, dass er abweichend vom ursprünglichen Vertrag in entsprechendem Umfang beauftragt wurde³⁰ (§ 1 Abs. 1 VOB/B), er seine Leistung mangelfrei erbracht hat (§ 2 Abs. 1 VOB/B), diese abgenommen (§ 12 VOB/B) und mit einer prüffähigen Schlussrechnung (§ 14 Abs. 1 VOB/B) abgerechnet wurde.

Darüber hinaus muss er

- im Fall des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B darlegen und beweisen, welche Mehrmengen er erbracht hat, inwieweit diese vom ursprünglichen Auftrag abweichen und welche Minderungen er andererseits sich anrechnen lassen muss;

³⁰ Werner/Pastor, Rn. 1456ff; OLG Köln Beschluss v. 27.10.2014 – 11 U 70/13

- im Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B muss er die andere Anordnung des AG beweisen und den Umstand, dass sich der neue Preis seines Nachtrages aus seiner Vertragskalkulation ergibt;
- im Fall des § 2 Abs. 6 VOB/B muss er den Beweis erbringen, dass die im Nachtrag abgerechnete Leistung im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehen war und vom AG gefordert wurde (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B). Darüber hinaus muss er darlegen und beweisen, dass er seinen Anspruch gegenüber dem Auftraggeber rechtzeitig, bevor er mit der Ausführung der Leistung begonnen hat, angekündigt hatte (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B). Auch in diesem Fall muss er seine Einheitspreise darlegen und den Nachweis führen, dass sich diese aus seiner Vertragskalkulation ergeben (§ 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B).

2.2.2 § 642 BGB Entschädigung

§ 642 BGB ist die Anspruchsgrundlage, auf die der Auftragnehmer seinen Anspruch auf zusätzliche Vergütung bei gestörtem Bauablauf in der Regel stützt.

Der Auftraggeber hat die zur Ausführung der Werkleistung erforderlichen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.³¹ Zu diesen Pflichten gehört insbesondere das zur Verfügung stellen von Plänen und Unterlagen, das Baugrundstück muss für die Leistung des Unternehmers aufnahmebereit sein, die Baugenehmigung muss vom Bauherrn beigebracht werden und er muss die zur reibungslosen Ausführung des Baus notwendigen Entscheidungen treffen und Hinweise geben.³² Hat der Auftraggeber mehrere Unternehmer beschäftigt, obliegt ihm auch die Koordinierungspflicht.

Voraussetzungen des Entschädigungsanspruches sind:

- unterlassene bzw. nicht rechtzeitige Mitwirkung, die für die Herstellung des Werkes erforderlich ist, das heißt nicht nur von untergeordneter Bedeutung ist;
- Annahmeverzug des Bestellers;
- Ursächlichkeit der Unterlassung für den Verzug;

³¹ Düsseldorf NZV 00,427; BauR 04,895

³² BGH DB 77,624

- o verzugsbedingte Nachteile³³ z. B. Gerätestillstandkosten, Verwaltungsmehraufwand, (aber nicht entgangener Gewinn und Wagnis³⁴).

Dieser Anspruch besteht neben dem Vergütungsanspruch und neben dem Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B und § 280 BGB.³⁵

2.2.3 § 4 Abs. 1 VOB/B Mehrkostenerstattung

Unbestritten hat der Auftraggeber ein Anordnungsrecht. Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 3 S. 1 VOB/B und § 1 Abs. 3 VOB/B.

Liegt keine Überschreitung des auftraggeberseitigen Anordnungsrechts nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B vor, ist der Auftragnehmer trotz der von ihm angemeldeten Bedenken verpflichtet, die getroffenen Anordnungen auszuführen, auch wenn sie unberechtigt, unzweckmäßig oder überflüssig sind. In diesem Fall steht ihm nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 das Recht zu, einen Ersatz für entstehende Mehrkosten zu verlangen. Anspruchsvoraussetzung ist, dass

- der Auftragnehmer seine Bedenken angemeldet hat und

die Mehrkosten müssen durch die Ausführung der Anordnung des Auftraggebers entstanden sein, also adäquat-kausal darauf zurückgehen. Im Übrigen kommt eine Erstattung von Mehrkosten nur in Betracht, wenn durch die Befolgung der Anordnung eine ungerechtfertigte Erschwerung verursacht wird. Dies ist der Fall, wenn die Anordnung des Auftraggebers objektiv nicht erforderlich oder unzweckmäßig war, also den Aufwand des Auftragnehmers in technischer und/oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht rechtfertigt. Dem Auftragnehmer ist ein Ausgleich dafür zu gewähren, dass er Anordnungenausführen muss, die zur Erreichung des Vertragszieles an sich nicht erforderlich gewesen wären.

Der Umfang der zu ersetzenden Mehrkosten berechnet sich aus der Differenz zwischen den Kosten der gemäß Anordnung durchgeführten Leistung und denjenigen Kosten, die ohne die unberechtigte bzw. unzweckmäßige Anordnung analog wären.

³³ BGH NJW 09,3717

³⁴ BGHZ 143,32

³⁵ Sprau in Palandt, § 642 Rn. 5

§ 4 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 VOB/B stellt eine selbstständige Kostenregelung dar. Eine Anwendung von § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B kommt weder direkt noch entsprechend in Betracht.

2.2.4 § 6 Abs. 6 VOB/B Schadensersatz

Die Regelung des § 6 Abs. 6 VOB/B erfasst sowohl die Fälle der Behinderung als auch der Unterbrechung. Daher ist dies ein Auffangtatbestand für alle Fälle der Leistungsverzögerung, mögen sie vom Auftragnehmer, vom Auftraggeber oder von beiden herbeigeführt worden sein³⁶.

§ 6 Abs. 6 VOB/B ist eine Haftungsbeschränkung. Bei von einem Vertragspartner zu vertretenden hindernden Umständen hat der andere Vertragspartner Anspruch auf den entstandenen Schaden, jedoch nicht auf entgangenen Gewinn. Diese Haftungsbeschränkung greift aber nicht, wenn zugleich die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches nach § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B zu Gunsten des Auftraggebers greifen, also Bauverzögerung auf einen bereits während der Ausführung erkannten Mangel der Leistung des Auftragnehmers zurückgeht.³⁷ Ebenso wenig im Falle des § 13 Abs. 7 VOB/B bei Verzögerung wegen eines Baumangels nach Abnahme.

§ 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B legt nunmehr fest (seit VOB/B 2006), dass neben dieser Vorschrift § 642 BGB unberührt gilt. § 642 BGB ist neben § 6 Abs. 6 VOB/B für die Fälle bedeutsam, in denen das für einen Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden des Auftraggebers nicht gegeben ist, beziehungsweise mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 278 BGB einer Verschuldenszurechnung scheitert.³⁸

2.2.5 § 6 Abs. 1 und 2 VOB/B, Anspruch auf mehr Zeit

In der Regel werden beim Bauvertrag Ausführungsfristen gemäß § 5 VOB/B vereinbart. Hält der Auftragnehmer die Vertragsfrist (§ 5 Abs. 1 VOB/B) nicht ein, läuft er Gefahr, dass er sich einer Vertragsstrafe gemäß § 11 VOB/B ausgesetzt sieht. Darüber hinaus droht ihm Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung. Deshalb ist es wichtig, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf längere Ausführungszeit hat, für den Fall, dass eine Behinderung vorliegt, die er nicht zu vertreten hat. Diesen Anspruch kann der AN geltend machen, wenn er eine Behinderung ordnungsgemäß angezeigt hat.

³⁶ Döring in Ingenstau/Korbion, 17. Auflage, § 6 Abs. 6 VOB/B, Rn. 1

³⁷ BGH Urteil vom 12.6.1975 VII ZR 55/73 = BauR 1975,344

³⁸ BGH Urteil vom 21.7.1999 - VII ZR 185/98 = BauR 2000,722; Döring in Ingenstau/Korbion, § 6 Abs. 6 VOB/B, Rn. 53

3. Unabhängigkeit der anspruchsausfüllenden Kausalität vom Anspruchsgrund als Voraussetzung für ein selbstständiges Beweissicherungsverfahren

Eine Anordnung des Auftraggebers oder eine Behinderung können beim Auftragnehmer die zuvor dargestellten Ansprüche auslösen.

Im Rahmen der Prüfung, ob der Anspruch dem Auftragnehmer dem Grunde nach zusteht, erfolgt die Subsumtion des Tatbestandes unter den Tatbestandsmerkmalen der anzuwendenden Vorschrift. Hierbei muss die Frage der Kausalität (haftungsbegründende Kausalität) geprüft werden. Nur wenn die Anordnung, Behinderung oder Störung auch Ursache für die behaupteten Vergütungsansprüche, Entschädigungsansprüche, Mehrkostenerstattungsansprüche, Schadensersatzansprüche und Anspruch auf mehr Zeit gewesen ist und dem Auftragnehmer der entsprechende Nachweis gelingt, ist sein Anspruch begründet. Vortrag und Beweisführung haben sich an der anzuwendenden Norm auszurichten. Der substantiierte Vortrag und die Beweisführung beinhalten, dass der Auftragnehmer die haftungsbegründende Kausalität darlegt und durch entsprechende Dokumentation beweist, § 286 ZPO. Zu den Grundsätzen der Dokumentation verweise ich auf meine Ausführungen unter II. 1. und 2. Es fällt jedoch auf, dass bei allen Normen der Beweis der haftungsbegründenden Kausalität geführt werden muss. Welche Anforderungen an die Dokumentation im Rahmen der Beweisführung gestellt werden und wie diesen nachzukommen ist, ist dargestellt in der Tabelle 1 unter 2. wobei die dortige Darstellung noch weiter untergliedert werden kann, wie folgt:

Darlegung der baubetrieblichen Auswirkung

- Darlegung Baumstände-Soll (Vorlage eines Vertragsterminplanes)
- Darlegung der Schlüssigkeit des Baumstände-Solls
- Zuordnung der Störung zu einem konkreten Vorgang des Bauzeitenplanes
- Dauer der konkreten Behinderung
- Konsequenzen bzgl. des Bauablaufes

Es ist nicht zu erkennen, dass vom BGH oder einem anderen Gericht erwartet wird, dass in Bezug auf die Kausalität der dem Auftragnehmer als Anspruchsnorm dienenden Vorschriften (§§ 2 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 5, Abs. 6, 4 Abs. 1, 6 Abs. 6 VOB/B und 642 BGB) eine andere, auf die Vorschrift zugeschnittene Dokumentation mit

unterschiedlichen Qualitätsanforderungen zu erfolgen hätte.³⁹ Eine Begründung ist auch nicht ersichtlich.⁴⁰

Soweit der Anspruch der Höhe nach streitig ist, obliegt es dem Auftragnehmer darzulegen, dass ihm der Anspruch in der geltend gemachten Höhe zusteht. Im Rahmen dieses Vortrages muss er bei gegenständlichen Nachträgen darlegen, dass sich der neue Einheitspreis aus seiner Vertragskalkulation ergibt („guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“) und bei veränderten Baumständen muss er die Kausalität zwischen der Behinderung und den sich daraus ergebenden baubetriebswirtschaftlichen Folgen darlegen und beweisen. Auch wenn die Anspruchsgrundlagen sehr unterschiedlich sind, so ist auch hier nicht ersichtlich, dass je nach der anzuwendenden Norm ein anderer Qualitätsanspruch an die Dokumentation zu stellen ist und die baubetriebliche Auswirkung eine andere wäre.

In der Tabelle 2 unter 4.3 wurde aufgeführt, was an notwendigem Vortrag und Dokumentation zur anspruchsausfüllenden Kausalität gehört.

Sämtliche dieser einzelnen Punkte müssen nach den Grundsätzen der BGH Rechtsprechung für jede einzelne Störung im Wege des Einzelnachweises nachvollziehbar dokumentiert werden.

Daraus hat Schottke folgenden Leitsatz abgeleitet:

„Die baubetrieblichen Auswirkungen und der Qualitätsanspruch, den die Dokumentation zu erfüllen hat, sind unabhängig vom Anspruchsgrund. Der Qualitätsanspruch an die Dokumentation und den Nachweis muss für alle Ansprüche einheitlich sein.“⁴¹

III. Das selbstständige Beweisverfahren, §§ 485 – 494a ZPO

Es wurde aufgezeigt, welche Darlegungs- und Beweislast der AN hat, wenn er seine Ansprüche aus gegenständlichen Nachträgen und/oder veränderten Baumständen geltend machen möchte. Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Entwicklung der Rechtsprechung, so zeigt sich, dass die Gerichte dem Auftragnehmer seine Ansprüche zwar zuerkennen möchten, dieser aber meist an der Beweislast scheitert.⁴² Bislang versuchen die AN die Beweisführung durch Vorlage von Parteigutachten zu erbringen. Die Beweisführung mittels eines

³⁹ Schottke, Skript Störung des Bauablaufs, ausführlich in Kapitel 11.3, 11.8, 14

⁴⁰ nicht so eindeutig Leupertz in BauR 2005, 1829, 1830, 1831.

⁴¹ Schottke, Skript, 2.0, S. 14

⁴² OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 – 24 U 199/12 m.w.N; Werner/Pastor, Rn. 2332,2333; Grieger in Kuffer/Wirth; 8. Kapitel A Rn. 24;

gerichtlichen Beweisverfahrens, im Gesetz geregelt in der ZPO in den §§ 485 ff., nutzen die Auftragnehmer bislang nicht. Damit der AN für seine Beweisführung das selbstständige Beweisverfahren nutzen kann, müsste eine entsprechende Antragstellung überhaupt zulässig sein.

Bis zum Inkrafttreten des Rechtspflegevereinfachungsgesetzes vom 17.12.1990 am 01.04.1991 diente die Beweissicherung grundsätzlich nur der Abwendung des Risikos der Beweisfälligkeit für einen Beweisführer, dessen Beweismittel vor oder während eines Prozesses verloren zu gehen drohten.⁴³ Zur Entlastung der Gerichte von vermeidbaren Prozessen und auch einer Erleichterung beziehungsweise Beschleunigung der Prozesse verzichtet das geltende Recht nunmehr für den Sachverständigenbeweis im Fall des § 485 Abs. 2 ZPO auf die Zulässigkeitsvoraussetzung des drohenden Beweisverlustes.⁴⁴

Bei dem selbstständigen Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO wählt das Gericht den Sachverständigen aus (§§ 492 Abs. 1, 404 Abs. 1 S. 1 ZPO). Eine mündliche Erörterung ist im selbstständigen Beweisverfahren ebenso zulässig (§ 492 Abs. 3 ZPO), wie der Abschluss eines vollstreckbaren Vergleichs (§§ 492, 794 Abs. 1 ZPO). Als Beweismittel kommen im Fall des § 485 Abs. 1 ZPO nur der Augenschein, die Zeugenvernahme oder das Sachverständigengutachten in Betracht. Im Fall des § 485 Abs. 2 ZPO ausschließlich der Sachverständigenbeweis in Form eines schriftlich einzuholenden Gutachtens, wobei den Parteien das Recht bleibt, die mündliche Erläuterung durch den Sachverständigen zu beantragen.⁴⁵

Der Verfahrens Antrag im selbstständigen Beweisverfahren unterliegt nicht dem Anwaltszwang, § 486 Abs. 4 ZPO. Im Verfahren selbst muss sich die Partei jedoch von einem Anwalt vertreten lassen, soweit für das Verfahren Anwaltszwang herrscht; § 78 ZPO.⁴⁶ Das selbstständige Beweisverfahren hemmt die Verjährung.⁴⁷ Im Hauptsacheprozess erfolgt die Verwertung des im selbstständigen Beweisverfahren gewonnenen Beweisergebnisses, sobald sich eine Partei darauf beruft, § 493 Abs. 1 ZPO.

Im selbstständigen Beweisverfahren wird der vom Gericht bestellte Sachverständige damit beauftragt, die ihm durch das Gericht mittels Beweisbeschluss gestellten Fragen zu beantworten. Eine rechtliche Würdigung nimmt er nicht vor. Was die Parteien damit bezwecken wollen, weiß er nicht, weshalb eine rechtliche Würdigung durch ihn, unterstellt, er wäre dazu in der Lage, auch gar nicht möglich ist. Durch

⁴³ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B. Rn. 1

⁴⁴ Herget in Zöllner, Vor § 485, Rn. 1ff

⁴⁵ BGH MDR 2006, 287

⁴⁶ Herget in Zöllner, § 487, Rn. 1

⁴⁷ Herget in Zöllner, Vor § 485, Rn. 3

ihn sind lediglich Tatsachen festzuhalten und zu dokumentieren. Im Rahmen dieser Beweisführung zeigt er auf, ob die Kausalität gegeben ist.

Da im selbstständigen Beweisverfahren weder in der Antragschrift rechtliche Ausführungen gemacht werden, noch vom Richter eine rechtliche Prüfung der Begründetheit erfolgt, ist das selbstständige Beweisverfahren auf die bloßen Tatsachenfeststellungen beschränkt. Rechtsfragen werden nicht geklärt. Demzufolge hat sich der Richter ausschließlich mit der Zulässigkeit des Antrages auseinanderzusetzen, weshalb diesem die entscheidende Bedeutung zukommt und zunächst geprüft werden muss.

IV. 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

Gemäß § 485 Abs. 1 ZPO ist die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens zulässig, wenn der Gegner zustimmt oder zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird.

Die 1. Alternative dieser Vorschrift, 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

Unter die Besorgnis des Verlustes oder der erschwerten Benutzung eines Beweismittels fällt z. B. eine schwere und lebensgefährliche Erkrankung eines Zeugen, die Verderblichkeit einer als Beweismittel benötigten Sache oder die drohende (auch die geplante) Veränderung einer Sache ebenso wie der unzumutbare Erhaltungsaufwand oder das Bedürfnis alsbaldiger Veräußerung oder Beseitigung einer schadhafte beziehungsweise zerstörten Sache.⁴⁸ Als Beweismittel i. S. d. § 485 ZPO kommen demnach der Augenschein (§ 371 ZPO), der Zeugenbeweis (§ 373 ZPO) und das schriftliche oder mündliche Sachverständigengutachten (§§ 402, 411 ZPO) in Betracht. Die

⁴⁸ Hergert in Zöllner, § 485 Rn. 5

Beweissicherung durch Urkundenbeweis (§§ 415ff ZPO) oder Parteivernehmung (§ 445 ZPO) fällt nicht unter das Beweismittel i. S. d. § 485 ZPO und ist demnach ausgeschlossen.⁴⁹

Bei Baustreitigkeiten ist es anerkannte Rechtsprechung, dass eine drohende oder auch nur geplante Beseitigung⁵⁰ 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 Ursache⁵¹, den Beseitigungsaufwand⁵² und die Verantwortlichkeit für die Mängel⁵³.

Um den Mangel festzustellen muss der Sachverständige entsprechend den Grundsätzen des § 633 BGB unter Berücksichtigung der Differenztheorie sachlich wertend den Istzustand feststellen und diesen entsprechend der Fragestellung des Gerichts mit dem Sollzustand, der sich aus den Vertragsunterlagen, den anerkannten Regeln der Baukunst, der VOB/C und den DIN Normen ergibt, vergleichen. Der Sachverständige selbst darf, wenn man es ganz genau nimmt, nicht vom „Mangel“ im Sinne des § 633 BGB sprechen, sondern darf nur darstellen, inwieweit die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht.⁵⁴ Damit gibt der Sachverständige den Juristen die notwendigen Informationen, um feststellen zu können, ob auch tatsächlich ein Mangel im Sinne des Gesetzes vorliegt. Diese rechtliche Wertung obliegt letztendlich dem Gericht. Dies zu Recht, da es durchaus Sachverhalte gibt, die aus rechtlicher Sicht dem Vorliegen eines Mangels entgegenstehen.⁵⁵

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, die Antwort und der Beweis durch Sachverständigengutachten im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eingeholt wird. Das Beweismittel i. S. d. § 485 ZPO ist demnach das Sachverständigengutachten.⁵⁶

⁴⁹ Herget, in Zöller, § 485 Rn. 1

⁵⁰ Köln MDR 94,94; Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B. Rn. 6 a.E.

⁵¹ BauR 84,23

⁵² Werner/Pastor, Kap. 1 I 1b Rn. 22 ff.

⁵³ Bamberg JurBüro 92,629; Düsseldorf NJW-RR 97,1312

⁵⁴ Werner/Pastor, Rn. 28 a.E.

⁵⁵ z.B. der Fall des § 4 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VOB/B

⁵⁶ Werner/Pastor, Rn. 58

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 die Folgen des Streits nicht der Beseitigungsaufwand, sondern eine andere bzw. höhere Vergütung, Mehraufwendungen, Entschädigungen oder Schadensersatz sind.

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 habe. Hierdurch sei es zu Störungen im Bauablauf gekommen, die erhebliche Mehrkosten beim AN verursacht hätten. Auch seien die Pläne teilweise fehlerhaft gewesen, weshalb der Auftragnehmer im Interesse des Baufortschrittes sich genötigt gesehen habe, die Pläne zu korrigieren. Der BGH hat dem Schadensersatzanspruch teilweise stattgegeben und hat in diesem Urteil eine gerichtliche 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 Köln⁵⁷ 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 der Klägerin 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

⁵⁷ OLG Köln, Urteil vom 28.01.2014 - 24 U 199/12

dieser Beurteilung ergibt sich unschwer, dass der notwendige Beweis durchaus durch Sachverständigengutachten hätte erbracht werden können.

1.2.2.2 Baubetriebliches Gutachten zur Beweissicherung

Es wurde oben unter I.1. bereits herausgearbeitet, dass bei sämtlichen Ansprüchen des Auftragnehmers aus gestörtem Bauablaufe die anspruchsbegründende und die anspruchsausfüllende Kausalität im Rahmen des Strengbeweises gemäß 286 ZPO des Anspruchstellers darlegen und beweisen muss. Unter Verweis auf Tabelle 2 wird verdeutlicht, wem hierbei welche Aufgabe zufällt. Die Beweisführung des Auftragnehmers erfolgt ausschließlich durch die baubetriebliche Tätigkeit, also die Erstellung eines Sachverständigengutachtens. Der Baubetriebler als Sachverständiger muss im Rahmen der anspruchsbegründenden Kausalität das geschuldete Baumstände-Soll darlegen, die Schlüssigkeit des Baumstände-Solls prüfen, jede einzelne Störung einem konkreten Vorgang des Bauzeitenplanes zuordnen, die Dauer der konkreten Behinderung feststellen und festhalten und die sich aus der Behinderung ergebenden Konsequenzen für den tatsächlichen Bauablauf darstellen.

Im Rahmen der anspruchsausfüllenden Kausalität muss durch den Sachverständigen der Zusammenhang zwischen Behinderung und den baubetriebswirtschaftlichen Folgen nachvollziehbar und in sich schlüssig entsprechend § 287 ZPO dargelegt und begründet werden.

Dementsprechend behaupten Roquette und Laumann in ihrer Ausarbeitung zu Bauzeitclaims, dass bei Bauzeitprozessen in der Regel nur die Begutachtung durch Sachverständige gemäß § 144 Abs. 1 S.1 ZPO in Betracht kommt.⁵⁸

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, des beweispflichtigen Auftragnehmers, 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.

1.2.2.3 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.

⁵⁸ BauR 2005, 1829, 1837

§ 485 Abs. 1 ZPO ist weit auszulegen. Diese Vorschrift dient der Abwehr eines dem Antragsteller drohenden Rechtsnachteils durch den zu befürchtenden Verlust eines Beweismittels oder die Erschwerung seiner Eignung, in einem Rechtsstreit vom Antragsteller verwertet zu werden.⁵⁹

Aus § 487 Nr. 4 ZPO ergibt sich, dass der Antragsteller neben der Darlegung und Glaubhaftmachung der Beweisgefährdung auch ein Rechtsschutzinteresse an der Beweissicherung darlegen muss. Dieses Rechtsschutzinteresse leitet sich aus dem Ziel des selbstständigen Beweisverfahrens ab, welches die Benutzung des Beweismittels in einem gegenwärtigen oder zu erwartenden streitigen Verfahren ist.

Der Antragsteller muss im Fall des § 485 Abs. 1 Alt. 2 ZPO die Umstände bezeichnen, die für die Gefahr des Verlustes des Beweismittels sprechen. Diese Beweisgefährdung muss der Antragsteller glaubhaft machen (§ 294 ZPO) wobei sich aus dem Gesetzestext (§ 487 Nr. 4 ZPO) ergibt, dass dies ein zwingend erforderlicher Teil des Antrages ist.⁶⁰ Stellt man auf die vom BGH und den Oberlandesgerichten entschiedenen Fälle ab, so erscheint fraglich, ob diese Voraussetzung erfüllt wird.

1.)

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 (siehe Tabelle 1). 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. Ein Bauvorhaben

⁵⁹ so wörtlich Herget in Zöller, § 485, Rn. 1

⁶⁰ Herget in Zöller § 487 Rn. 6 und § 485 Rn. 1

kann nicht fortgesetzt werden, wenn zu befürchten ist, dass die Bauleistung eines Gewerks, dem weitere Gewerke folgen, mangelbehaftet ist. Ist z. B. die Statik der Tiefgarage fraglich, muss diese Frage zunächst geklärt werden, bevor das gesamte Haus auf die Tiefgarage gestellt wird. Ist ein Mangel vorhanden, muss dieser beseitigt werden und damit geht das Beweismittel Sachverständigengutachten verloren, da der Sachverständige keine Feststellungen mehr treffen kann.

2.)

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

Der Umfang dessen, was mit dem Sachverständigengutachten zur Begründung des Anspruchs dargestellt werden muss, wird verdeutlicht in der Tabelle 1.

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 (siehe oben II.2.2.2.) oder die nicht termingerechte Fertigstellung der notwendigen Vorleistungen eines anderen Auftragnehmers des Auftraggebers. 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,⁶¹ ist ein Umstand, der durch den Sachverständigen später nur schwerlich, wenn überhaupt, nachvollzogen werden kann. Da er seine Angaben in seinem Gutachten auf seine

⁶¹ OLG Köln, Urteil vom 28.01.2014 - 24 U 199/12
29

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 gegebenenfalls auf § 485 Abs. 2 ZPO berufen.

Gemäß § 485 Abs. 2 ZPO ist das selbständige Beweisverfahren zulässig, soweit noch kein Rechtsstreit anhängig ist und die Partei darlegt, dass sie ein rechtliches Interesse an der schriftlichen Begutachtung durch einen Sachverständigen daran hat, dass der Zustand einer Person oder der Zustand oder Wert einer Sache, die Ursache eines Personenschadens, Sachschadens oder Sachmangels, der Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens, Sachschadens oder Sachmangels festgestellt wird. Dieses rechtliche Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen kann.

2.1 Rechtsgedanke des § 485 Abs. 2 ZPO

2.1.1 Grundsätze des Rechtsgedanken des § 485 Abs. 2 ZPO

Im Gegensatz zum Abs. 1 des § 485 ZPO, welcher ein Beweissicherungsbedürfnis voraussetzt, ermöglicht Abs. 2 ein von diesem Beweissicherungsbedürfnis unabhängiges selbstständiges Beweisverfahren durch Einholung des Sachverständigenbeweises.⁶²

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. 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.

Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung aber lediglich ein Musterbeispiel für das Vorliegen des rechtlichen Interesses geschaffen, in dem er klargestellt hat, dass das rechtliche Interesse jedenfalls dann gegeben ist, wenn ein Prozess vermieden werden kann. Daraus ist

⁶² NJW RR 2001,1652

jedoch nicht zu schlussfolgern, dass das rechtliche Interesse in allen anderen Fällen nicht vorliegt. Selbst wenn der Auftraggeber von vornherein eine gütliche Einigung ablehnt, kann das rechtliche Interesse gegeben sein, z. B. dann, wenn die Verjährung droht.⁶³

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.⁶⁴ Der Bauprozess ist für diese Vorschrift das Musterbeispiel.

Es ist nicht das Ziel dieser Vorschrift, einen Prozess vorzubereiten.⁶⁵

2.1.2 Die Anwendung des Rechtsgedanken des § 485 Abs. 2 ZPO

Es wurde bereits dargestellt und mit Tabelle 2 verdeutlicht, dass bei der Durchsetzung der Ansprüche des Auftragnehmers aus gestörtem Bauablauf der juristische Teil im Verhältnis zu den notwendigen Feststellungen eines Baubetrieblers in Form eines Gutachtens eher gering ist. 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 Fachgutachten 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, auch wenn sie durch den Juristen in Form eines Schriftsatzes darzulegen ist. Auf dieses Formerfordernis kann jedoch verzichtet werden, wenn es nicht zum Prozess kommt, da dann die prozessualen Voraussetzungen des § 253 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren nicht zu berücksichtigen sind.

2.2 Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 485 Abs. 2 ZPO

2.2.1 Keine Anhängigkeit des Rechtsstreits der Hauptsache

Dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift entsprechend, ist es Zulässigkeitsvoraussetzung, dass ein Rechtsstreit in der Hauptsache noch nicht anhängig ist. Ist dies der Fall, ist der Antrag als unzulässig abzuweisen.

⁶³ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 8

⁶⁴ Herget in Zöllner, § 485 Rn. 6.

⁶⁵ Celle OLGR 2008,379

Wird nach der Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens in derselben Sache der Hauptsacheprozess anhängig, entfällt die Zulässigkeit des Verfahrens, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen des § 485 Abs. 1 ZPO (auch) vor und werden glaubhaft gemacht. Entfällt die Zulässigkeit, wird das Verfahren eingestellt und an das Gericht der Hauptsache abgegeben. Der Hauptsacheprozess ist weiterzuführen, auch wenn dieser später als das selbständige Beweisverfahren eingeleitet wurde.⁶⁶

2.2.2 Rechtliches Interesse des Antragstellers

In § 485 Abs. 2 ZPO heißt es ausdrücklich, dass eine Partei die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen kann, wenn sie ein rechtliches Interesse daran hat.

Zur Glaubhaftmachung des rechtlichen Interesses reicht es, wenn der Antragsteller in der Begründung seines Beweisantrages darlegt, dass kein Rechtsstreit anhängig ist und die Möglichkeit besteht, durch das Beweisverfahren einen Rechtsstreit zu vermeiden, sprich eine gütliche Einigung herbeizuführen (s.o. 2.1.2). Selbst wenn der Antragsgegner dem entgegentritt, was er in der Regel nicht tut, wird dies das Gericht nicht hindern, den Antrag für zulässig zu erachten und einen entsprechenden Beweisbeschluss antragsgemäß zu erlassen.

Das rechtliche Interesse im Sinne dieser Vorschrift ist nicht ausgeschlossen, wenn die Parteien eine Schiedsgutachterabrede vertraglich vereinbart haben, solange wie sich das Schiedsgericht noch nicht konstituiert hat. Auch eine Schlichtungsvereinbarung schließt die Statthaftigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens nicht aus.⁶⁷

Zwischenfazit: Über diese Vorschrift wird es dem Antragsteller immer gelingen, einen zulässigen Antrag zu stellen.

3. § 485 Abs. 3 ZPO Begutachtung bereits gerichtlich angeordnet

§ 485 Abs. 3 ZPO schreibt vor, dass in den Fällen, in denen eine Begutachtung bereits gerichtlich angeordnet worden ist, eine neue Begutachtung nur stattfindet, wenn die Voraussetzungen des § 412 ZPO erfüllt sind. Gemäß § 412 Abs. 1 ZPO kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige vom Gericht angeordnet werden, wenn das Gericht das Gutachten für ungenügend erachtet.

Diese Regelung ist eindeutig und wäre natürlich zu beachten. Sie steht allerdings der Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens im Allgemeinen nicht entgegen, weshalb eine Vertiefung dieser Problematik nicht notwendig ist.

⁶⁶ Herget in Zöller, § 485, Rn. 7

⁶⁷ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn.8
32

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.

V. Praktikabilität und Sinnhaftigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens bei gestörtem Bauablauf

Es konnte herausgearbeitet werden, dass es zulässig ist, dass der Auftragnehmer einen Antrag gemäß §§ 485 ff. ZPO auf Beweissicherung beim Gericht stellt, wenn er Ansprüche aus gestörtem Bauablauf gegenüber seinem Auftraggeber durchsetzen möchte. Es fragt sich, ob der Gang zum Gericht die richtige Entscheidung ist, wo doch der Auftragnehmer ebenso gut selbst einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen mit der Beweissicherung beauftragen kann.

Deshalb werden im Folgenden die Für (unter 1.) und Wider (unter 2.) eines selbstständigen Beweisverfahrens im Fall des gestörten Bauablaufs erörtert und eine Schlussfolgerung gezogen (unter V.)

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. Diese Gleichbehandlung des selbstständigen Beweisergebnisses mit dem Ergebnis einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht bewirkt, dass für eine Wiederholung oder Fortsetzung der Beweiserhebung über dasselbe Beweisthema vor dem Prozessgericht kein Raum ist.⁶⁸ Dem stehen die Grundsätze der Verfahrensbeschleunigung entgegen; §§ 360, 398, 411 Abs. 4, 412 ZPO.

Das Gutachten aus dem selbstständigen Beweisverfahren ist von dem Prozessgericht sogar von Amts wegen zu verwerten. Eines Antrages einer der Parteien bedarf es nicht.⁶⁹

Das zeigt, dass mit dem selbstständigen Beweisverfahren der Beweis gesichert und erbracht ist. Es besteht Rechtssicherheit und auf der Baustelle kann ohne Rücksicht auf eine eventuelle Beweisvereitelung weiter gearbeitet werden.

⁶⁸ Herget in Zöllner, § 493 Rn. 2

⁶⁹ Herget in Zöllner, § 493 Rn. 1

In sämtlichen von den Gerichten bislang entschiedenen Fällen hatte sich der Auftragnehmer lediglich eines Privatgutachters bedient. Ein solches so genanntes Privatgutachten ist kein im Zivilprozess zulässiges Beweismittel.⁷⁰ Es kann lediglich der Privatgutachter als sachverständiger Zeuge benannt und gehört werden, § 414 ZPO. Damit kann zumindest erreicht werden, dass das Privatgutachten als Beweismittel Berücksichtigung findet. Erst wenn das Gericht den Privatgutachter nicht nur als sachverständigen Zeugen befragt, sondern ihn als Sachverständigen anhört, wird er zum Sachverständigen, der dann im Auftrag des Gerichts tätig wird.⁷¹ Dem wird die Gegenseite in der Regel widersprechen. Das Gericht wird vielmehr einen Sachverständigen beauftragen, um dem Beweisantrag des Auftragnehmers nachzukommen, §§ 284ff ZPO. Damit tritt ein erheblicher Zeitverlust ein und es entstehen Kosten für einen zweiten Gutachter. Auch bekommt der Auftragnehmer durch sein Parteigutachten keine Rechtssicherheit, so dass es sehr riskant für ihn ist, weiter zu bauen. Dadurch können Beweise vernichtet werden. Dann kann er selbst seiner Beweislast nicht nachkommen oder er macht sich einer Beweisvereitelung schuldig.

Es wird hierbei nicht verkannt, dass ein Parteigutachten immerhin bewirkt, dass das Gericht sich ausführlich damit auseinandersetzen muss. Selbst wenn ein gerichtliches Gutachten eingeholt wird von einem vom Gericht bestellten Sachverständigen, muss das Gericht in seinem Urteil ausführen, weshalb es den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen folgt und nicht etwa denen des Privatgutachters.⁷² Die anerkannte Beweiskraft hat allerdings ausschließlich das Gutachten, erstellt im selbstständigen Beweisverfahren.

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

Das selbstständige Beweisverfahren bewirkt die Hemmung der Verjährung. Diese Hemmungswirkung beginnt mit der Zustellung des Antrags im selbstständigen Beweisverfahren; § 204 Nr. 7 BGB. Die Hemmung endet gem. § 204 Abs. 2 BGB sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder einer anderen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens.

Da Bauprozesse bekanntermaßen sehr lange dauern, ist diese Hemmungswirkung des selbstständigen Beweisverfahrens nicht zu unterschätzen. Auch wenn zum Zeitpunkt der Beweiserhebung die Problematik der Verjährung noch nicht anstehen mag, so bewirkt die

⁷⁰ Greger in Zöllner, § 402 Rn. 2

⁷¹ Koenen, Rn. 50ff

⁷² OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, 1156; BGH, Urteil vom 24.09.2008 - IV ZR 250/06; BGH IV ZR 57/08

Hemmung des selbstständigen Beweisverfahrens, dass die Verjährung um die Zeitspanne der Hemmung verlängert wird; § 209 BGB. Das kann dem Auftragnehmer durchaus das eine oder andere Mal zum Vorteil gereichen. Gute Beispiele hierfür sind die derzeit wohl bekanntesten beiden Baustellen, die unter gestörtem Bauablauf leiden, die Elbphilharmonie in Hamburg und der Willy Brandt Flughafen in Berlin.

Die Hemmung durch das selbstständige Beweisverfahren tritt auch gegenüber Streitverkündeten ein. Auch diese Rechtsfolge ist nicht zu unterschätzen, da in Prozessen 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 der 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 justiziabel sind.⁷³ Dies trifft mit Sicherheit auf die hier behandelten Fälle der gegenständlichen Nachträge und 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 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, umso eventuell eine Einigung herbeizuführen, oder muss er notgedrungener 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,⁷⁴ kann der Auftragnehmer den Auftraggeber nicht zwingen, an bestimmten Verfahren zur Beweissicherung und/oder Klärung der Streitfragen teilzunehmen. Hier ist zu unterscheiden zwischen folgenden Verfahren (Schaubild 1):

Vertraglich vereinbart	Freiwillig	Einleitung durch Kläger
Schlichtung	Schlichtung	Selbst. Beweisverf.

⁷³ hierzu ausführlich Grieger in Kuffer-Wirth, 8. Kapitel A Rn. 1ff

⁷⁴ BGH Urteil vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98

Schiedsverfahren	Schiedsverfahren	Klage
Mediation	Mediation	
Sachverständigengutachten	Sachverständigengutachten	

Dies zeigt, dass der Auftragnehmer die Verfahren der alternativen Streitbeilegung⁷⁵ wie Schlichtung, Schiedsverfahren, Mediation und Einholung eines Schiedsgutachtens nur zielführend einsetzen kann, 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 das selbstständige Beweisverfahren eingeleitet hat, um die baubetrieblichen Auswirkungen und den Zusammenhang zwischen Behinderung und baubetrieblichen Folgen zu begründen (siehe Tabelle 2), darf selbstverständlich nicht verkennen, dass auch ein in einem selbstständigen Beweisverfahren erstelltes Gutachten angreifbar ist; § 412 ZPO. Der Auftraggeber, der mit dem Gutachten aus dem selbstständigen Beweisverfahren nicht einverstanden ist, weil damit Forderungen aus gegenständlichen Nachträgen des Unternehmers begründet werden, wird alles daran setzen, mit einem Gegengutachten die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass das Gutachten angreifbar ist und gegebenenfalls eine neue Begutachtung entsprechend § 412 ZPO erfolgt.

Der Auftragnehmer, der ein solches Prozedere, welches sehr viel Zeit, Bindung von Ressourcen und Geld kostet, und 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 dem Gerichtsverfahren. Hinzu kommt, dass ein Richter im selbstständigen Beweisverfahren keine Entscheidung fällen

⁷⁵ Grieger in Kuffer-Wirth 8. Kapitel A

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.⁷⁶

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.⁷⁷

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 entsprechend der Intention des § 492 Abs. 3 ZPO 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 und damit dann umgehend, ohne einen weiteren Prozess führen zu müssen direkt die Zwangsvollstreckung betreiben, denn dieser Vergleich ist ein Vollstreckungstitel i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.⁷⁸

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

Breibt 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 oder Ergänzung 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

⁷⁶ Baumbach/Lauterbach, § 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 Zöller, § 118 Rn. 8a.

⁷⁷ Herget in Zöller, § 492, Rn. 6 ff.

⁷⁸ Münchner Kommentar, § 492, Rn. 2; Herget in Zöller, § 492, Rn. 8

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.⁷⁹ 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 Rechtsprechung⁸⁰ zur Problematik des gestörten Bauablaufs festgelegt hat, dass 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 BGB⁸¹) bekannt und damit berücksichtigt wird.

1.7. Möglichkeit der Streitverkündung

Es ist davon auszugehen, dass bei den Bauvorhaben, bei denen gegenständliche Nachträge und geänderte Bauumstände zum Thema werden, eine Vielzahl von Parteien beteiligt sind. Der Auftraggeber bedient sich eines Planers, eines Architekten und Fachplaners sowie verschiedener Auftragnehmer. Der Auftragnehmer wiederum beschäftigt Nachunternehmer. Wenn in diesem Fall der Behinderung der Auftragnehmer gegen den Auftraggeber Ansprüche auf zusätzliche Vergütung, Schadensersatz oder Kostenerstattung geltend macht, so wird der Auftraggeber versuchen, sich bei dem Verursacher schadlos zu halten.⁸²

Umgekehrt sieht sich der Auftragnehmer sämtlichen Gewährleistungsansprüchen seines Auftraggebers ausgesetzt, da er für diese aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses einzustehen hat. Dies unabhängig davon, ob er selbst die Verantwortung hierfür trägt oder einer seiner Nachunternehmer. Der Anspruch ergibt sich immer aus dem Vertragsverhältnis, weshalb er sich der Haftung nicht entziehen kann, ganz unabhängig davon, ob er sich selbst wiederum an seinem

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

⁸⁰ 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.

⁸¹ Werner in Werner/Pastor, Rn. 2339 a.E.

⁸² Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B, Rn. 76

Nachunternehmer aufgrund des mit diesem geschlossenen Vertrags schadlos halten kann oder nicht.

Das zeigt, dass es den Parteien möglich sein muss, etwaige Regressansprüche rechtzeitig, gerichtsfest und verjährungshemmend zu sichern.⁸³

Das Gesetz sieht hierfür die in den §§ 72 ff ZPO geregelte Streitverkündung mit Verweis auf die Nebenintervention, § 66 ZPO, vor. Gemäß § 72 Abs. 1 ZPO kann eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden. Gemäß § 72 Abs. 3 ZPO ist der Dritte wiederum zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt. Gemäß § 74 Abs. 1 bewirkt die Streitverkündung, dass sich das Verhältnis zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention bestimmt, was wiederum bedeutet, dass der Streitverkündete, grob gesagt, gemäß § 68 ZPO das Ergebnis des geführten Rechtsstreits gegen sich gelten lassen muss.⁸⁴

Für den Fall des selbstständigen Beweisverfahrens ist mittlerweile geklärt, dass dieses ein „Rechtsstreit“ im Sinne dieser Vorschriften - §§ 64 ff ZPO - ist, mit der Folge, dass im selbstständigen Beweisverfahren eine Streitverkündung möglich ist.⁸⁵

Damit ist sichergestellt, dass die Parteien ihre Ansprüche einerseits sichern können. Darüber hinaus kommt auch dem Streitverkündeten die Hemmungswirkung zu Gute. Er muss sie nur richtig nutzen, in dem auch er dem Streitverkünder wiederum selbst den Streit verkündet.

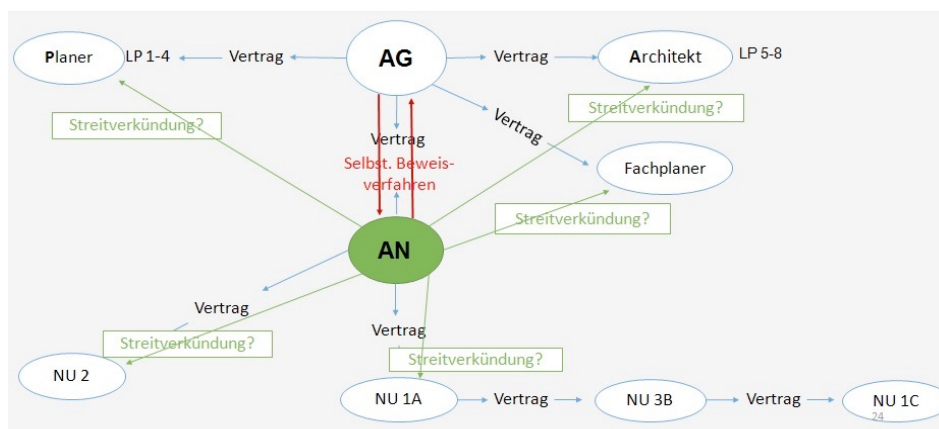
An einem Schaubild soll die Vielfältigkeit der Vertragsbeziehungen und die Möglichkeit der Streitverkündung verdeutlicht werden:

Schaubild 2:

⁸³ Werner/Pastor, Rn. 46

⁸⁴ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B, Rn. 79

⁸⁵ BGH Urteil v. 05. 12. 1996 - VII ZR 108/95; BGH Urteil v. 02.10.1997 - VII ZR 30/97; BauR 1998,172;



Durch die Streitverkündung kann demnach der Auftragnehmer, der mit der Beweissicherung im selbständigen Beweisverfahren die baubetrieblichen Auswirkungen und den Zusammenhang zwischen Behinderung und baubetrieblicher Folgen gerichtsfest begründet, erreichen, dass das Ergebnis dieser Beweissicherung nicht nur gegenüber dem Antragsgegner, im Beweisverfahren dem Auftraggeber, gilt, sondern auch gegenüber anderen am Bau Beteiligten.⁸⁶ 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.

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

1.8. Präklusion

Umstritten ist die Frage, inwieweit das selbständige Beweisverfahren eine Präklusionswirkung gegenüber dem folgenden Hauptsacheprozess hat, wenn eine Partei Einwendungen gegen ein Gutachten bereits im Beweisverfahren hätte bringen können.

Sowohl die Rechtsprechung der verschiedenen Senate des Bundesgerichtshofes als auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Präklusion der unterlassenen Einwendungen des im vorausgegangenem selbstständigen Beweisverfahrens im Hauptsacheprozess ist nicht einheitlich.

⁸⁶Joussen in Ingenstau/Korbion, Anhang 3, Rn. 33 verweist ebenso auf die Notwendigkeit der Streitverkündung und deren Vorteile im selbstständigen Beweisverfahren in Baustreitigkeiten, wie Pastor in Werner/Pastor, Rn. 46 ff.

Der 5. Senat des BGH geht von einer präkludierenden Wirkung aus. Ein neues Gutachten in einem sich anschließenden Rechtsstreit könne nur unter den engen Voraussetzungen des § 412 ZPO eingeholt werden. Demnach sind im Hauptsacheprozess nur noch Einwendungen möglich, die darauf hinauslaufen, dass das Gutachten im selbstständigen Beweisverfahren ungenügend ist.⁸⁷

Anders sehen das der Baurechtssenat des BGH⁸⁸, der 6. Senat des BGH⁸⁹ und einige Oberlandesgerichte⁹⁰, die Einwendungen uneingeschränkt auch im Hauptsacheprozess noch zulassen.

Das Landgericht Berlin hingegen sieht Vortrag im Hauptsacheprozess, der im selbstständigen Beweisverfahren hätte gebracht werden können, als verspätet an.⁹¹

Auch wenn in dieser Frage die Meinungen auseinandergehen und mittlerweile die Frage diskutiert wird, ob eine Doppelpräklusion vorliege⁹², meine ich doch, dass dem selbstständigen Beweisverfahren eine weit größere Rechtssicherheit zuzusprechen ist, als einem Parteigutachten. Zumindest die Landgerichte unterstellen eine Präklusionswirkung und übernehmen das Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens. Mit einem positiven Ergebnis kann der Auftragnehmer beruhigt das Prozessrisiko auf sich nehmen, wenn es ihm damit nicht ohnehin zuvor gelingt, eine Erörterung gemäß § 492 Abs. 3 ZPO oder eine anderweitige alternative Streitbeilegung zu erreichen.

1.9. 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.⁹³ 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.⁹⁴

⁸⁷ BGH, Beschluss vom 13.09.2005 – VI 84/04, IBR 2005,718.

⁸⁸ BGH Urteil vom 25.10.2007 - VII ZR 13/07

⁸⁹ BGH Urteil vom 11.06.2010 - V ZR 85/09

⁹⁰ OLG München, Beschluss vom 14.03.2007 - 28 W 1155/07 = IBR 2008,59, OLG Zweibrücken Urteil vom 01.12.2005 - 4U 276/04 = BauR 06,2011 und OLG Hamm Urteil vom 04.04.2000 - 21 U 92/99 = IBR 2000,345

⁹¹ LG Berlin (Urteil vom 07.02.2006 - 5O 267/05 = NJW RR 2007,674).

⁹² Aufsatz von Rechtsanwalt Dr. Hans - Joachim Weingart in Baurecht 2015,189

⁹³ IBR online 2011, 1353; Werner-Pastor, Rn. 28.

⁹⁴ OLG Naumburg, Beschluss vom 30.12.2011 - 10 W 69/11, IBR 2012,368

Es wurde bereits unter II.3. herausgearbeitet, dass unabhängig vom Anspruchsgrund bezüglich der Darstellung der haftungsbegründenden und auch haftungsausfüllenden Kausalität aus baubetrieblicher Sicht keine Unterschiede bestehen. Egal, auf welche Anspruchsnorm der Auftragnehmer seinen Anspruch wegen gegenständlicher Nachträge oder geänderter Baumstände stellt (siehe oben unter II.2.), ist die von ihm geforderte Nachweisführung, der baubetriebliche Teil der Anspruchsbegründung, immer gleich. Demnach ist das selbstständige Beweisverfahren nicht ungeeignet, da es notwendig ist für den substantiierten Vortrag des Auftragnehmers zur Begründung seiner Forderungen.

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

Unter II.3. wurde herausgearbeitet, dass für alle Ansprüche des Auftragnehmers bei geänderten Baumständen die gleichen Maßstäbe an den Qualitätsanspruch der Dokumentation anzusetzen sind.

In der Tabelle 2 unter 4.3 wurde aufgeführt, was an notwendigem Vortrag und Dokumentation zur anspruchsausfüllenden Kausalität gehört.

Jeder einzelne dieser Punkte muss den Grundsätzen der Rechtsprechung entsprechend für jede einzelne Störung im Wege des Einzelnachweises nachvollziehbar dokumentiert werden.⁹⁵

Diese Anforderungen kann der Auftragnehmer mit dem selbstständigen 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.

Aus § 404a ZPO ergibt sich, dass das Gericht den Sachverständigen zu leiten und ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen zu erteilen hat. Das Gericht ist sogar befugt, den Sachverständigen vor Abfassung der Beweisfragen anzuhören, ihn in seine Aufgaben einzuweisen und ihm den Auftrag zu erläutern; § 404a Abs. 2 ZPO. Letztendlich bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist; § 404a Abs. 3 ZPO. Damit ist zumindest nach dem Gesetz gewährleistet, dass dem Qualitätsanspruch des Gerichts an die Beweisführung des Auftragnehmers, die dieser letztendlich in Form des Sachverständigengutachtens erbringt, den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung genüge tut.

⁹⁵ OLG Köln Urteil v. 28.01.2014 - 24 U 199/12 in NJW 2014,3039 ff.

Es wird nicht verkannt, dass die Partei darauf zu achten hat, dass das Gericht entsprechend dieser Normen handelt und der Sachverständige dementsprechend vorgeht. Dies ist leider aus meinen Erkenntnissen aus der Praxis heraus in den wenigsten Fällen der Fall. In der Regel begnügt sich das Gericht damit, den Beweisbeschluss entsprechend des Antrags zu erlassen, den Sachverständigen zu beauftragen und das Gutachten abzuwarten, welches dann den Parteien zur Stellungnahme innerhalb einer bestimmten Frist zugeschickt wird. 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.⁹⁶ 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.⁹⁷ 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.

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

2. Hindernisse und Bedenken

2.1 Ausforschung durch den Sachverständigen

2.1.1 Definition und 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 und diesen als unbeachtlich nicht berücksichtigt. Das

⁹⁶ BauR 2005 1829,1837

⁹⁷ BauR 2005,1829,1843

hätte fatale Folgen für den Antragsteller, da dann die notwendige Beweiserhebung zum einen nicht mehr möglich und zum anderen entsprechende Ansprüche aufgrund fehlender Hemmung dieses unbeachtlichen Beweises aus dem selbstständigen Beweisverfahren verjährt sein dürften.

„Ein Ausforschungsbeweis liegt vor, bei einem Beweisantritt, der nicht unmittelbar oder (beim Indizienbeweis) mittelbar dem Beweis vom Beweisführer vorgetragener Tatsachen dient, sondern der Ausforschung von Tatsachen oder der Erschließung von Erkenntnisquellen, die es erst ermöglichen sollen, bestimmte Tatsachen zu behaupten und sodann unter Beweis zu stellen“.⁹⁸

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.⁹⁹ Der bestimmte Sachverhalt in diesem Sinne sind die einzelnen Störungen des 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

Es ist in der Literatur¹⁰⁰ anerkannt, dass den Baubeteiligten mit dem selbstständigen Beweisverfahren ein sinnvolles und schlagkräftiges Sicherungsmittel zur frühzeitigen Feststellung von Baumängeln gegeben wird. 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.¹⁰¹

⁹⁸ so ausdrücklich Greger in Zöllner, vor § 284, Rn. 5

⁹⁹ Greger in Zöllner, vor § 284, Rn. 5

¹⁰⁰ Werner/Pastor, Rn. 1

¹⁰¹ Werner/Pastor, Rn. 28

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.¹⁰²

Soweit sich der Sachverständige zulässigerweise mit der Ermittlung der Ursachen eines Baumangels auseinandersetzen hat, so betrifft dies nicht die rechtliche Verantwortlichkeit eines Baubeteiligten, sondern immer nur den technisch - wissenschaftlichen Kausalzusammenhang im Sinne der Äquivalenztheorie.¹⁰³

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. Dies geht so weit, dass er auch die Dauer der Sanierungsarbeiten, die Kosten anfallender Nebenarbeiten und die Höhe des merkantilen Minderwertes feststellen kann.¹⁰⁴

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 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.¹⁰⁵

¹⁰² OLG Hamm, NZBau 2003,37

¹⁰³ OLG München, BauR 1998,363; OLG Frankfurt, BauR 2011,723; Thüringisches OLG, BauR 2001, 1945

¹⁰⁴ Werner/Pastor, Rn. 30 ff. zustimmend Jousen in Ingenstau/Korbion, Anhang 3, Rn. 13 und Herget in Zöllner, § 185, Rn. 5. Andere Auffassung vertritt Schreiber in Münchner Kommentar, § 485, Rn. 12, welcher dem Sachverständigen die Feststellung der Mängelursachen, der Beseitigungskosten usw. abspricht.

¹⁰⁵ Jousen in Ingenstau/Korbion, Anhang 3, Rn. 13
45

2.1.3 Die Beweiserhebung durch den Baubetriebler 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. Wie oben bereits dargestellt (Tabelle 2), 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 in der Tabelle 1 dargestellt sind.

Nicht umsonst hat Schottke zum einen die notwendige Systematik¹⁰⁶ bei der ordnungsgemäßen baubetriebswirtschaftlichen Nachweisführung (Tab. 1) und darüber hinaus die Notwendigkeit des Zusammenspiels zwischen der baubetriebswirtschaftlichen Arbeit einerseits und der juristischen andererseits (Tab. 2) bestätigt durch Roquette/Laumann¹⁰⁷ sehr ausführlich erörtert und aufgezeigt. Aus dem Zusammenspiel der baubetriebswirtschaftlichen Arbeit und der juristischen 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). Nicht nur deshalb 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. Dies ist der Fall, wenn er über die Beweisfragen hinausschießt und von sich aus Ermittlungen anstellt. Tut er dies, läuft er Gefahr, dass er als befangen gilt mit der Folge, dass er

¹⁰⁶ So auch Vygen-Joussen-Schubert-Lang, Teil B, Rn. 139ff, Biermann-Frikell-Hofmann, S. 97ff, s.o. 1.1.2

¹⁰⁷ BauR 2005, 1829,1843

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 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. Die Problematik der Ausforschung wurde niemals problematisiert. Vielmehr wurde durch die Gerichte bemängelt, dass die Gutachten nicht ausführlich genug gewesen sind.¹⁰⁸

Dem Vorwurf der Ausforschung kann der Antragsteller entgehen, wenn er darstellt, dass es begründete Tatsachen gibt, aus denen sich nicht nur die Störung als solche, sondern auch die logische Konsequenz wirtschaftlicher Folgen ergibt. Diese kann er entsprechend der geforderten Voraussetzungen zur Vermeidung einer Ausforschung sehr wohl vortragen, da spätestens seit der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 2005¹⁰⁹ und dem nunmehr vorliegenden Urteil des OLG Köln¹¹⁰ genügend tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, dass eine Störung am Bau für ihn wirtschaftliche Folgen hat und gemäß § 485 Abs. 1 ZPO zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird.

Dementsprechend verkenne ich nicht, dass die Gefahr einer unzulässigen Beweiserhebung durch Ausforschungsbeweis besteht. Dem

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 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

¹¹⁰ OLG Köln Urteil vom 28.01.2014 - 24 U 199/12 in NJW 2014,3039 ff.

kann und muss aber vorgebeugt werden durch eine konkrete Fragestellung des Antragstellers, die Eingang in den Beweisbeschluss findet. Diese konkrete Fragestellung ist eine Herausforderung an sich. Es gibt in vielen Lehrbüchern und Formularsammlungen zum Baurecht Vorschläge für einen Beweisantrag im selbstständigen Beweisverfahren mit vorformulierten Fragen¹¹¹: Diese alle passen aber nicht für den hier behandelten Fall des gestörten Bauablaufs aufgrund der Andersartigkeit des Sachverhalts und der Ansprüche des Antragstellers. Es ist also notwendig, einen Musterantrag für diese Fälle zu erstellen. Die Vielzahl der Ursachen des gestörten Bauablaufs macht es notwendig, nicht nur einen Mustertext, sondern abweichende Fragestellungen als Beispiele in Form von Bausteinen zu verfassen. Sinnvollerweise soll auch eine formularmäßige Begründung der Fragen vorformuliert werden, um eben dieser Problematik des Ausforschungsbeweises vorzugreifen. Dieses ist eine sehr umfangreiche Aufgabe, die den Umfang dieser Masterarbeit sprengt, jedoch Eingang finden soll in einer Fortführung dieser Arbeit.

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. Eine Kontrolle durch den Auftraggeber oder gar eine außenstehende Stelle, wie das Gericht, gibt es nicht. Der Gutachter kann auch unbeschwert einem entsprechenden Wunsch seines Auftraggebers auf Ausforschung nachgehen, da er nicht Gefahr läuft, als befangen zu gelten. Er ist lediglich seinem Auftraggeber gegenüber Rechenschaft schuldig.

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 Beweise¹¹² in Form der Darstellung durch den Sachverständigen zu erlangen. Dem können die Kontrolle durch den Antragsgegner und das Gericht und das Verbot der Ausforschung entgegenstehen.

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

¹¹¹ Werner/Pastor, Rn. 70;

¹¹² S.o. II. 1. und 2; OLG Köln 24 U 199/12

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, was dazu führt, dass er die notwendigen Beweise und Dokumentationen nicht erhält oder diese spätestens beim Hauptsachegericht keine Beachtung finden. 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 gegebenenfalls mit Feststellungsantrag bei Gericht einreicht.

2.1.5 Zwischenfazit

Die Problematik der unzulässigen Ausforschung durch den Sachverständigen darf bei der Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren beim gestörten Bauablauf nicht verkannt werden. Sie steht aber der Zulässigkeit und der Sinnhaftigkeit nicht entgegen.

2.2 Erörterung gemäß § 492 Abs. 3 ZPO nicht erzwingbar

Es wurde oben, unter IV.1.6 dargestellt, dass die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen den Willen der Vertragspartner und die Einbeziehung Dritter (Nachunternehmer, andere Auftragnehmer des Auftraggebers) durch die Streitverkündung jederzeit möglich ist. Unter IV.1.4 wurde dargestellt, dass der Auftragnehmer über § 492 Abs. 3 ZPO erreichen kann, 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. Wie bereits erwähnt (IV.1.4.) kommt dieser Erörterungstermin einer Mediation mit all ihren Vorteilen sehr nahe.

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 und der Bereitschaft des Richters, 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.¹¹³

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, den Erörterungstermin zu bekommen oder erscheint der Gegner gar zum Termin nicht, ist wertvolle Zeit verloren gegangen. Man darf sich also nicht darauf verlassen, in den Genuss der Vorteile des § 492 Abs. 3 ZPO zu gelangen.

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 („drohender Verlust eines Beweismittels“) entsprechend ein schnelles Verfahren vorgesehen hat, sieht die Realität mittlerweile anders aus.¹¹⁴

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.¹¹⁵

Von der Gewährung rechtlichen Gehörs ist eine Ausnahme zu machen, wenn besondere Eilbedürftigkeit eine sofortige Entscheidung über den Antrag gebietet; § 491 Abs. 1 ZPO. Auch in diesem Fall ist allerdings dem Antragsgegner der Antrag und die Entscheidung/Beschluss mitzuteilen.

Sowohl aus § 486 Abs. 3 ZPO als auch aus § 491 Abs. 1 ZPO ergibt sich, dass der Fall der besonderen Eilbedürftigkeit im selbstständigen Beweisverfahren durchaus berücksichtigt worden ist. 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. Die Amtsgerichte sind vielfach überlastet und werden trotz der glaubhaft gemachten Eilbedürftigkeit einige Zeit benötigen, um einen Beschluss zu erlassen. Hinzu kommt, dass es aus meiner Sicht sehr gut überlegt sein sollte, ob man solch einen Fall des gestörten Bauablaufs beim Amtsgericht anhängig machen sollte, da mit Sicherheit ein Hauptsacheprozess, sollte er notwendig werden, beim Landgericht zu verhandeln sein wird. Damit

¹¹³ Herget in Zöller, § 492, Rn. 9

¹¹⁴ Grieger in Kufer/Wirth, 8. Kapitel A Rn. 24

¹¹⁵ Karlsruhe MDR 82, 1026

kann die Sache nicht in den Zuständigkeitsbereich desselben Richters gelangen, was sehr misslich sein kann.

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

Bei einem Parteigutachten bestehen alle diese Notwendigkeiten nicht. Der Auftragnehmer kann mit dem Parteigutachter direkten Kontakt aufnehmen, die Aufgabenstellung und das Honorar absprechen und, wenn dieser Willens und in der Lage ist, den Auftrag anzunehmen, umgehend beauftragen. Beim Privatgutachter besteht ein Vertragsverhältnis zum Sachverständigen woraus sich zwangsläufig ergibt, dass der Antragsteller eine Vielzahl von Möglichkeiten der Beschleunigung des Verfahrens hat. Dass der Privatgutachter ein besonderes eigenes Interesse an einer den Wünschen des Auftraggebers entsprechenden Arbeit hat, versteht sich von selbst.

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 vernommen zu werden. Daraus folgt, dass es nicht nur möglich sondern sogar wünschenswert ist, dass dem Gericht mit der Antragstellung Sachverständige vorgeschlagen werden. Von diesem Vorschlagsrecht sollte der Antragsteller auch Gebrauch machen. In der Praxis ist es auch üblich und wird von den einschlägigen Kommentaren auch empfohlen, dass eine Abstimmung zwischen Gericht und Parteien zu dem zu bestellenden Sachverständigen erfolgt.¹¹⁶

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

¹¹⁶ Greger in Zöller, § 404, Rn. 1

Sachverständiger gewählt werden soll, haben¹¹⁷ und es kein Beschwerderecht gibt, wenn das Gericht bei der Auswahl des Sachverständigen nicht dem Vorschlag der Partei folgt.¹¹⁸

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.

Bevor der Antragsteller dem Gericht einen oder mehrere geeignete Sachverständige vorschlägt, sollte er mit diesen absprechen, ob sie befangen sind, Zeit haben und den Auftrag annehmen würden. Allein diese Anfrage macht den Sachverständigen nicht befangen. Vielmehr kann mit dem Vorschlag des Sachverständigen im Antrag diese Absprache genutzt werden, um Gericht und Gegner davon zu überzeugen, dass der Vorschlag sehr wohl überdacht und begründet ist. Der Vorschlag, einen bestimmten Sachverständigen zu beauftragen, sollte auch sehr wohl begründet sein. Es gilt nicht nur, das Gericht von einem vorgeschlagenen Sachverständigen zu überzeugen, sondern vielmehr Bedenken auf der Gegenseite zu zerstreuen. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Antragsgegner von vornherein kategorisch jeden Sachverständigen ablehnt, den der Antragsteller vorschlägt. Eine gute Vorbereitung eines selbstständigen Beweisverfahrens beinhaltet also nicht nur die Auswahl eines Sachverständigen vorab, die Nachfrage bei demselben, ob er zeitlich in der Lage ist, den Fall zu übernehmen, sondern vielmehr auch die Rücksprache mit der Gegenseite und Überzeugungsarbeit dahingehend, dass es beiden Parteien dienlich sein kann, wenn ein Sachverständiger gefunden wird, der die Qualifikation, Erfahrung und die Zeit hat, das geforderte Gutachten zu erstellen. Gelingt es dem Antragsteller, sich mit dem Gegner auf einen bestimmten Sachverständigen zu einigen, ist das Gericht gemäß § 404 Abs. 4 ZPO sogar an diesen Vorschlag gebunden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Vorschlag gemäß § 404 Abs. 4 ZPO um eine Prozesshandlung handelt mit der Folge, dass im Anwaltsprozess Anwaltszwang gemäß § 78 ZPO herrscht.¹¹⁹

2.5 Kosten

Entscheidet sich der Auftragnehmer zur Beweissicherung und Beweisführung seiner Ansprüche aus einem gestörten Bauablauf ein Gutachten einzuholen, ohne den Weg des selbstständigen Beweisverfahrens zu gehen, so beauftragt er einen Baubetriebler als

¹¹⁷ BGHZ 131,76/80

¹¹⁸ Herget in Zöller § 490, Rn. 4.

¹¹⁹ Greger in Zöller, § 404, Rn. 4.

Sachverständigen. Auch wenn diese Gutachten sehr teuer sind, so ist er doch sicher, dass er keine weiteren Kosten zu erwarten 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.¹²⁰ Diese Gebühr kann sich der Antragsteller natürlich sparen, wenn er ein Parteigutachten einholt.

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.¹²¹ Allerdings lassen sich die Parteien auch im selbstständigen Beweisverfahren in der Regel immer von einem Anwalt vertreten. Es fallen also nicht nur beim Antragsteller selbst die Gebühren für einen Rechtsanwalt an sondern auch auf der Gegenseite.

Mit dem Rechtspflegevereinfachungsgesetz ist § 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, sodass es dem Antragsteller möglich ist, Kosten gegenüber dem Antragsgegner geltend zu machen. Dem Streithelfer steht diese Möglichkeit nicht zur Verfügung.¹²²

Im Gegensatz zum Parteigutachten, entstehen also Kosten in Form einer Gerichtsgebühr und es kann dazu kommen, dass der Antragsteller bei schlechtem Ausgang der Beweissicherung auch noch die Rechtsanwaltskosten des Antragsgegners zu tragen hat.

2.6 Kein Regress gegen den Sachverständigen

In selbstständigen Beweisverfahren wird der Sachverständige vom Gericht bestellt. Dementsprechend entsteht zwischen dem Sachverständigen und den Verfahrensbeteiligten kein zivilrechtliches Vertragsverhältnis.¹²³ Ein vertraglicher Haftungsanspruch scheidet daher aus. Die Bestellung des Sachverständigen ist ein Hoheitsakt. Durch diesen Hoheitsakt wird ein auf das jeweilige Verfahren beschränktes

¹²⁰ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 81

¹²¹ Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 19

¹²² Keldungs in Kuffer/Wirth, 13. Kapitel, B., Rn. 84

¹²³ Kamphausen in BauR 1998,505

öffentlich - rechtliches Verhältnis auf dem Gebiet des Prozessrechts begründet.¹²⁴

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. Auf die zuvor geltende Rechtslage, wo Schadensersatzansprüche ausschließlich nach dem allgemeinen Deliktsrecht, §§ 823 ff. BGB geltend gemacht werden konnten, braucht an dieser Stelle nicht mehr eingegangen zu werden.

Diese Rechtslage macht es für die Verfahrensbeteiligten nahezu unmöglich, den Sachverständigen in Regress zu nehmen. Dies ist sicherlich ein Nachteil gegenüber den Privatgutachtern. Der Privatgutachter steht zu seinem Auftraggeber in einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis. Hierbei handelte es sich in der Regel um einen Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB.¹²⁵ Neben den Gewährleistungsrechten stehen dem Auftraggeber Schadensersatzansprüche nach den allgemeinen Grundsätzen der culpa in contrahendo (nun § 311 Abs. 2 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB) bzw. der positiven Vertragsverletzung (§§ 280, 241 BGB) zu.

Dieser Nachteil des selbstständigen Beweisverfahrens im Vergleich zum Privatgutachter kann meines Erachtens aber vernachlässigt werden, da zum einen bei Einleitung eines solchen Verfahrens nicht schon an mögliche Regressansprüche gedacht werden sollte. Normalerweise geht man davon aus, dass der Sachverständige keine Fehler macht und einem auch keinen Schaden zufügt. Zum anderen wird es ohnehin so gut wie unmöglich sein, einem Sachverständigen ein grob fahrlässiges Verhalten und einen Schaden, der sich aufgrund des Gutachtens ergibt, nachzuweisen.

VI. Schlussfolgerungen

Es kann im Ergebnis festgestellt werden, dass es zulässig ist, durch Sachverständigenbeweis im selbstständigen Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO die Behinderungen 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

¹²⁴ BGH, Urteil vom 20.05.2003 - VI ZR 312/02; BauR 2003,1599

¹²⁵ Schmidt in Kuffer-Wirth, 13. Kapitel F, Rn. 6ff
54

bei einem gestörten Bauablauf zu erhalten, um den Anforderungen der Rechtsprechung an seine Darlegungs- und Beweislast nachzukommen.

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 und von der bisher geübten Praxis Abstand zu nehmen.

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 Ergebnis, einen Vergleich abzuschließen, nicht erkannt und dementsprechend 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 gegenständlicher 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.

Hiermit versichere ich, dass ich die Arbeit selbstständig verfasst habe und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel und Quellen benutzt wurden, alle Stellen der Arbeit, die wortwörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen, als solche kenntlich gemacht wurden und die Arbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner Prüfungsbehörde vorgelegt wurde.

Perleberg, den

.....

Wolf Quensell