

Das Selbständige Beweisverfahren in Bausachen

Erfahrungen und Anwendungen in der Praxis

Rechtsanwalt **Georg-Friedger Drewsen**,
Rechtsanwalt **Thomas Peter Aschke**,
Drewsen Rechtsanwälte, Kanzlei für Baurecht, Hamburg



Zusammenfassung:

Das gerichtliche Selbständige Beweisverfahren dient im Vorfeld eines streitigen Verfahrens der Feststellung von Mängeln, Mängelursachen oder Leistungsständen zur Beweissicherung oder aber auch zur Vermeidung eines Rechtsstreites. Das zentrale Beweismittel des Selbständigen Beweisverfahrens ist das Sachverständigengutachten zum Beispiel eines öffentlich bestellten und vereidigten („ö.b.u.v.“) Sachverständigen (Architekt, Bauingenieur oder Baubetriebswirt). Beweismittel sind aber auch der „richterliche Augenschein“ oder die Zeugenvernehmung. Dem Gerichtsgutachten in einem Selbständigen Beweisverfahren kommt im späteren Gerichtsverfahren große Beweiskraft zu, denn grundsätzlich bleiben die Parteien im anschließenden Hauptverfahren an das Ergebnis des Selbständigen Beweisverfahrens gebunden. Die Qualität und die Verwertbarkeit des Gerichtsgutachtens hängt von der Kompetenz des Gutachters und von der fachlichen Präzision der rechtlich vorausschauend konzipierten Fragestellung der Parteien ab. Letzteres ist oftmals nur mit Hilfe von Privatgutachten möglich.

Ein weiterer bedeutsamer Aspekt des Selbständigen Beweisverfahrens ist die Hemmung der Verjährungsfristen.

Um diese Ziele zu erreichen, sind Kenntnisse hilfreich, die dieser Beitrag vermitteln soll; der Anwender findet einen Fahrplan.

1. Grundsätzliches zum Verfahren

Das Selbständige Beweisverfahren dient der gerichtsverwertbaren oder vergleichsfördernden Sicherung von Beweisen und kann zu jedem Zeitpunkt der Abwicklung eines

Bauvorhabens beantragt werden. Es ist ein einseitiges, vornehmlich vom Antragsteller und dem Gericht bestimmtes Verfahren, in dem der oder die Antragsgegner neben prozessualen Rechten (z.B. Ablehnung des Gutachters oder ausforschender Fragen) auch das Recht zur Stellung ergänzender Fragen an den Gutachter haben. Häufiger Gegenstand eines Selbständigen Beweisverfahrens ist die Feststellung von Mängeln vor oder nach der Abnahme sowie von Leistungsständen z.B. bei Insolvenz oder Kündigung. Insbesondere der drohende Ablauf von Gewährleistungsfristen gibt oftmals Anlass, ein Selbständiges Beweisverfahren zur Mängelfeststellung einzuleiten.

Neben der gerichtlichen Klärung eines Zustandes, einer Ursache und eines Aufwandes¹, soll das Selbständige Beweisverfahren auch zur „*Vermeidung eines Rechtsstreits*“² dienen.

2. Anwenderbezogener Fahrplan

2.1 Vorüberlegung zur Beweissicherung

Bevor eine Beweissicherung durchgeführt werden soll, stellen sich strategische Fragen: Welches Ziel soll erreicht werden? Geht es um die Vorbereitung eines voraussichtlich nicht zu vermeidenden Rechtsstreits? Muss die Verjährung zuverlässig gehemmt werden? Sind Dritte mit bindender Wirkung einzubeziehen? Bedarf es kurzfristiger Entscheidungsgrundlagen? Sind gütliche Regelungen möglich? Welche Vor- und Nachteile hat das Selbständige Beweisverfahren? Welche Alternativen gibt es?

Anschließend stellen sich taktische Fragen: Wie kann das Ziel erreicht werden? Welche Maßnahme ist zu wählen, insbesondere wann sollen welche Fragen gestellt werden? Wie kann der Zeitbedarf und die Kostenfolge der Beweissicherung beeinflusst werden?

All diese Fragen stellen sich dem Antragsteller wie auch dem Antragsgegner eines Selbständigen Beweisverfahrens und natürlich oftmals in erster Linie dem Berater der Parteien, dem Architekten, beratenden Ingenieur, Projektsteuerer oder Anwalt.

2.2 Auswahl des geeigneten Verfahrens

Aus der Sicht des Architekten, beratenden Ingenieurs oder Projektsteuerers ist mit dem Auftraggeber (z.B. Bauherr oder Bauunternehmer) zu allererst das Ziel und die geeignete Maßnahme zu beraten. Die Rechtsprechung erwartet zum Beispiel von dem mit der Objekt-

¹ § 485 Abs. 2 Ziffer 1-3 Zivilprozessordnung (ZPO)

² § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO

betreuung (Leistungsphase 9) beauftragten Architekten, dass er beim Auftreten von Mängeln angemessene Maßnahmen wie die Einleitung eines Selbständigen Beweisverfahrens oder alternative Beweissicherungen anregt und die Hinzuziehung des Anwalts zur Abklärung der rechtlichen Möglichkeiten empfiehlt. Alternativ zum gerichtlichen Selbständigen Beweisverfahren kommen für eine Beweissicherung in Betracht

Auswahl an Alternativen	Kurzbewertung
A eine gemeinsame, schriftlich protokollierte und von den Parteien unterzeichnete Feststellung (z.B. Aufmaß oder Mängelprotokoll),	→ schnell, aber nicht immer möglich
B ein Privatgutachten,	→ schnell, aber nur Parteivortrag
C ein Schiedsgutachten,	→ regelmäßig nicht überprüfbar
D ein Schlichtungsverfahren (z.B. die baubegleitende Schlichtung nach der Schlichtungsordnung des Vereins zur Förderung der alternativen Streitbeilegung im Baubereich (ASIB) ³ oder gemäß der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten der ARGE Baurecht des Deutschen Anwaltvereins (SOBau) ⁴).	→ zügig, sachkundig, überprüfbar

Die zuverlässige Unterbrechung der Verjährung erreicht nur das rechtzeitige, vor Fristablauf zugestellte gerichtliche Selbständige Beweisverfahren, gegebenenfalls mit einer Streitverkündung an Dritte (Ankündigung des Regresses).

Schneller und oftmals auch kostengünstiger sind Privatgutachten, die aber nur zur Stärkung des Parteivortrages dienen und als solche nur eine „geringere“ Beweissicherungswirkung und niemals eine verjährungsunterbrechende Wirkung haben. Dennoch sind sie oftmals Grundlage für eine Einigung oder einen erfolgreichen Prozessvortrag.

Schiedsgutachten haben den Vorteil, eine endgültige Regelung herbeiführen zu können, sind aber nur in Ausnahmefällen durch ein Gericht überprüfbar.

³ www.asibev.de.

⁴ www.ar-ge-baurecht.com

Schlichtungsverfahren gewinnen zunehmend an Bedeutung, da sie – zumindest bei interdisziplinärer Besetzung (Ingenieure und Juristen) – hohe Fach-Entscheidungskompetenz mit der Möglichkeit einer kurzfristigen und von Gerichten auf Antrag einer Partei überprüfbareren Entscheidung verbinden.

2.3. Beweisantrag, Beweisbeschluss und Auswahl des Sachverständigen

Das Selbständige Beweisverfahren wird durch einen Antrag, z.B. eine Auflistung der zu begutachtenden Leistungen, Mängel, Ursachen und Kosten der Mängelbeseitigungsmaßnahmen eingeleitet. Das Gericht prüft die Zulässigkeit des Antrages und erlässt nach Anhörung des Antraggegners einen Beweisbeschluss, in dem es auch einen Sachverständigen vorschlägt. Der Gutachter soll nach Möglichkeit öffentlich bestellt und vereidigt (ö.b.u.v.) sein. Zur Auswahl eines Sachverständigen greifen die Gerichte auf die Listen und Vorschläge der zuständigen Handels-, Handwerks-, Ingenieur- und Architektenkammern zurück oder wählen aufgrund ihrer Erfahrungen in vorangegangenen Verfahren einen Sachverständigen aus.

Die Parteien können Gründe zur Ablehnung des Sachverständigen geltend machen. Es ist möglich, dass sich die Parteien auf einen Sachverständigen einigen, den das Gericht dann auch ernennen wird. Der vom Gericht benannte Sachverständige (Gerichtsgutachter) muss zunächst prüfen und mitteilen, ob er für die Beantwortung der Beweisfragen die notwendige Sachkunde besitzt. Fehlt diese ganz oder teilweise, bestimmt allein das Gericht, ob der Gerichtsgutachter selbst einen Dritten hinzuziehen darf oder ob ein anderer bzw. zusätzlicher Gerichtsgutachter beauftragt wird. Der Gerichtsgutachter ist nicht befugt, den Auftrag auf einen anderen zu übertragen.

2.4. Die Bestellung, Beweiserhebung und der Ortstermin

Mit der Bestellung durch das Gericht ist der Gerichtsgutachter gesetzlich zur Erstattung eines gerichtlichen Gutachtens verpflichtet. Wird die Begutachtung erheblich verzögert, kann das Gericht ein Ordnungsgeld gegen den Gerichtsgutachter festsetzen.

Der Gerichtsgutachter darf – im Gegensatz zum Privatgutachter – für die Erstellung seines Gutachtens nur verwenden, was er selbst feststellt und dokumentiert oder die Parteien während des gerichtlichen Beweisverfahrens vortragen (Inhalt der Gerichtsakte) oder dem Gerichtsgutachter im Rahmen eines Ortstermins zu Protokoll erklären. Zusätzliche Unterlagen, die der Gerichtsgutachter zur Beantwortung der Beweisfragen für notwendig erachtet, soll er

über das Gericht oder sinnvollerweise direkt anfordern. Immer jedoch muss der Gerichtsgutachter darauf achten, dass seine Fragen und die ihm erteilten Informationen im Verfahren „öffentlich“ gemacht werden, also in Protokollen mit Herkunftsnachweis in Kopien an alle Verfahrensbeteiligten gelangen. Anderenfalls setzt sich der Gerichtsgutachter dem Vorwurf der mangelnden Neutralität oder gar Befangenheit aus.

Ist die Durchführung eines Ortstermins sinnvoll, muss der Sachverständige die Parteien rechtzeitig laden (soweit keine Eilbedürftigkeit vorliegt, in der Regel 10 Tage vorher)⁵. Sind nach Auffassung des Gerichtsgutachters für die Begutachtung Maßnahmen erforderlich, die in die Substanz des Gebäudes eingreifen (Bauteilöffnungen), sollte der Gerichtsgutachter eine gerichtliche Weisung für den Eingriff einholen.

Die umfassende und sorgfältige Protokollierung der Ortstermine ist notwendig. Dies beginnt mit der Notierung der anwesenden Personen. Besonders exakt sollte die Befundaufnahme dokumentiert werden. In Beweisverfahren, die baubegleitend erfolgen, ist die gerichtsfeste Verwertbarkeit der gutachterlichen Feststellungen von der detailgetreuen, von den Beteiligten nachvollziehbaren Dokumentation der Vorort vorgefundenen Situation abhängig, weil der begutachtete Bauzustand sich nach dem Ortstermin verändert und nicht mehr – oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand – ein weiteres Mal zu überprüfen ist. Beschreibungen wie zum Beispiel „*mehre ca. 1,5 bis 2 m lange Risse*“ sind viel zu unpräzise, um darauf verlässliche Ausführungen zu Ursachen und Kosten zu stützen und nachzuvollziehen. Aus Gutachten, in denen zum Beispiel detaillierte Rissbilder mit Angaben zum Rissverlauf, zu Länge, Breite und Tiefe der Risse, zu den Rissflanken und dem Verschmutzungsgrad enthalten sind, sowie aus dokumentiert entnommenen Proben und Laboruntersuchungen, die das Alter bestimmen und aus dokumentiert gesetzten Gipsmarken, die die Bewegungen der Risse erfassen, lassen sich verwertbare, weil nachvollziehbare Ergebnisse gewinnen.

2.5 Die Gutachtenerstellung

Nach Feststellung und Prüfung der Fragestellung des gerichtlichen Beweisbeschlusses und ggf. nach Durchführung des Ortstermins, erstellt der Gerichtsgutachter sein schriftliches Gutachten. Die Ergebnisse des Gutachtens müssen nach wissenschaftlichen Kriterien nachvollziehbar begründet sein, Annahmen oder Rückschlüsse von Folgen auf Ursachen sind kenntlich zu machen, alle zur Begutachtung verwendeten Unterlagen (Fotos, Pläne, Proto-

⁵ Vgl. Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, S. 57.

kolle, Schriftwechsel) dem schriftlichen Gutachten beizufügen. Angewendete Methoden (z.B. zur Feuchtemessung in Bauteilen) sind zu erläutern und die das gutachterliche Urteil tragenden technischen Regelwerke aufzuführen und gegebenenfalls zu erklären, weshalb sie nicht oder nur eingeschränkt Anwendung finden können.

Das Gutachten erhält das Gericht und leitet es an die Parteien, regelmäßig mit einer Fristsetzung zur Stellungnahme, weiter.

2.6 Beendigung des Selbständigen Beweisverfahrens

Nach Zugang des Gutachtens können die Parteien innerhalb der gerichtlichen Frist Ergänzungsfragen an den Gerichtsgutachter richten und auch dessen mündliche Befragung beantragen. Diese Phase hat für die Parteien oftmals sehr weit reichende Bedeutung:

Da das Selbständige Beweisverfahren grundsätzlich die Beweisaufnahme in einem Hauptverfahren ersetzen soll und kann, bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung der im späteren Hauptverfahren zur Durchsetzung der jeweiligen Rechtsposition beweis erheblichen Tatsachen. Diese gilt es deshalb noch im Selbständigen Beweisverfahren zu sichern, das heißt, festzustellen und ihre Ursachen und Kosten bewerten zu lassen. Enthält das Gutachten aus der Sicht der betroffenen Partei un schlüssige, missverständliche oder unzutreffende Aussagen, müssen unmittelbar nach Vorlage des Gutachtens fristgemäß entsprechend konkrete Fragen an den Gerichtsgutachter gestellt werden, von deren Beantwortung sich die Partei eine Unterstützung ihrer Position erwartet. Dies zu beurteilen erfordert in der Regel die Hinzuziehung eines Ingenieurs und eines Anwaltes, um sämtliche später eventuell rechtlich notwendigen Fragen auch fachlich zutreffend zu formulieren.

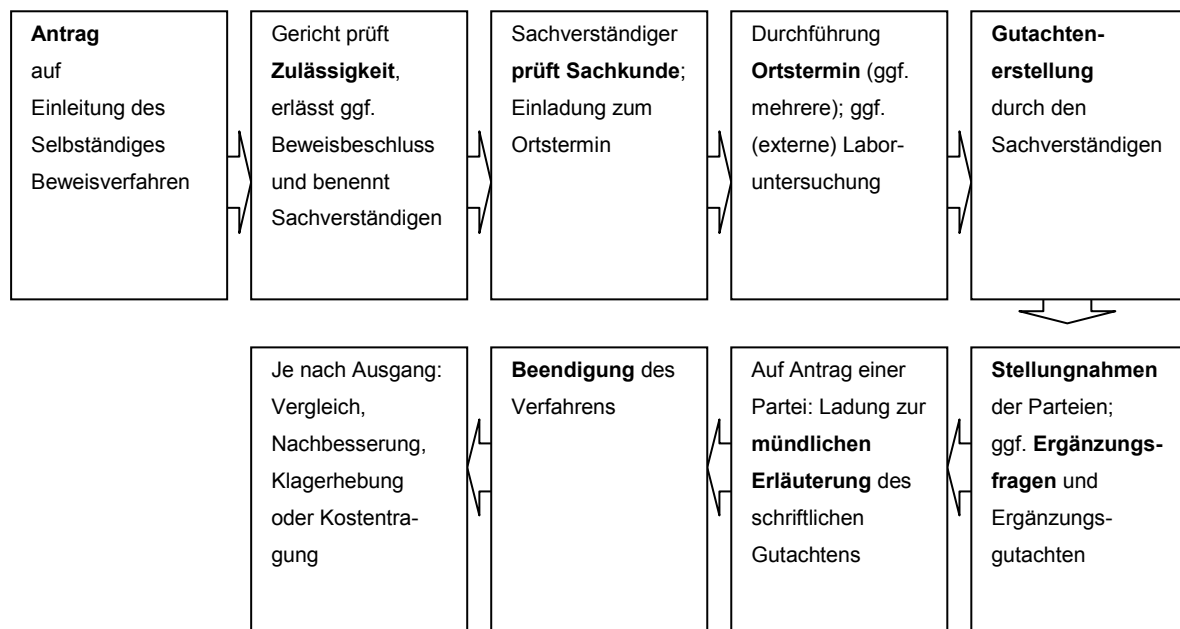
Werden in einem späteren Hauptverfahren Ansprüche aus Mängeln hergeleitet, die Gegenstand des Selbständigen Beweisverfahrens waren, verwertet das Gericht das Ergebnis des Selbständigen Beweisverfahrens von Amts wegen. Hat eine Partei das Ergebnis einer Mängelfeststellung im Selbständigen Beweisverfahren widerspruchslos bzw. ohne ergänzende Fragen an den Gerichtsgutachter hingenommen, trifft sie im Hauptprozess die volle Beweislast dafür, dass das im Selbständigen Beweisverfahren erzielte Ergebnis unzutreffend ist. Der „Gegenbeweis“ kann nur mit einem „neuen Gerichtsgutachten“⁶ geführt werden und dazu bedarf es regelmäßig eines Gegen-Privatgutachtens, das das Gericht von der Notwendigkeit eines „neuen Gerichtsgutachtens“ überzeugt.

⁶ § 412 Abs.1 ZPO

Selbständige Beweisverfahren sind deshalb stets von allen Parteien in rechtlicher und fachlicher Hinsicht mit größter vorausschauender Sorgfalt zu führen.

Werden keine Ergänzungsfragen gestellt, endet das Selbständige Beweisverfahren mit Zugang des Gutachtens bzw. des Protokolls von der mündlichen Anhörung des Gerichtsgutachters oder mit der Festsetzung des Streitwertes durch das Gericht.

Führt das Selbständige Beweisverfahren nicht zu einer gütlichen Lösung, kann der Antragsgegner, wenn das Gutachten zu seinen Gunsten ausgegangen ist und Klage deshalb nicht erhoben wird, bei Gericht beantragen, dass der Antragsteller Klage erheben oder die Kosten des Selbständige Beweisverfahrens tragen möge.



Schematische Darstellung des Ablaufes eines Selbständigen Beweisverfahrens

Während der Durchführung des Selbständigen Beweisverfahrens ist der Ablauf der Verjährung z.B. der Gewährleistungsrechte gehemmt, allerdings nur betreffend derjenigen Mängel, die Gegenstand des Beweisgutachtens gewesen sind.

Mit der Beendigung des Selbständigen Beweisverfahrens endet in der Regel 6 Monate später auch die Wirkung der Verjährungshemmung.

2.7 Die Einbeziehung Dritter und Verjährungshemmung

In Bausachen besteht nahezu regelmäßig die Notwendigkeit, weitere am Bauvorhaben Beteiligte in die Beweissicherung einzubeziehen. Wird beispielsweise das Selbständige Beweisverfahren vom Bauherrn wegen Rissen gegen den Rohbauer geführt, stellt sich die Frage, ob nicht auch der Erdbauer, der Tragwerksplaner oder der Grundbauingenieur als eventuell letztlich Verantwortliche, Mitverursacher oder Gesamtschuldner in das Verfahren einbezogen werden sollten, um diesen das Ergebnis des Verfahrens entgegenhalten zu können und auch ihnen gegenüber den Ablauf der Verjährungsfristen zu hemmen.

Dies kann mit einem Schriftsatz an das Gericht erfolgen, der einen möglichen Regressanspruch ankündigt und kurz begründet (Streitverkündungsschrift). Der Streitverkündete muss sich dann am Ergebnis des Gerichtsgutachtens festhalten lassen, hat aber auch die Möglichkeit, durch einen Beitritt zum Verfahren selber Fragen an den Gerichtsgutachter zu stellen und dadurch auf das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Der Streitverkündete kann auch seinerseits Streitverkündungen ausbringen, zum Beispiel gegenüber seinen Subunternehmern.

2.8 Vergütung des Sachverständigen

Die Vergütung des im Selbständigen Beweisverfahren eingeschalteten Gerichtsgutachters richtet sich nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG). Im bautechnischen Bereich bewegen sich die Vergütungssätze meist zwischen 70 € und 75 € pro Stunde. Allerdings ist es in einzelnen Fällen für den Sachverständigen möglich, einen höheren Stundensatz zu fordern. Voraussetzung dafür ist die vorherige Zustimmung der Parteien. Bei Zustimmung nur einer Partei kann das Gericht sich über die Ablehnung der anderen Partei hinwegsetzen.

Erkennt der Sachverständige während der Begutachtung, dass die Kosten (z.B. für Bauteilöffnungen oder weiterführende Laboruntersuchungen) höher als erwartet ausfallen, trifft ihn hierfür eine Hinweispflicht gegenüber dem Gericht als seinem Auftraggeber. Das Gericht prüft die Vergütung. Stellt sich heraus, dass der Gerichtsgutachter die notwendige Sachkunde nicht besaß, kann sein Vergütungsanspruch entfallen. Deshalb sieht das Gesetz vor, dass der Gerichtsgutachter „unverzüglich“ prüft, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt⁷.

⁷ § 407a Abs.1, Satz 1 ZPO

2.9 Haftung des Sachverständigen

Seit der am 01.08.2002 eingeführten Regelung des § 839a BGB haftet der Gerichtsgutachter als Verfasser des Gutachtens für grob fahrlässige oder vorsätzlich fehlerhaft erstellte Gutachten, soweit ein Gerichtsurteil darauf beruht. Verursacht der Gerichtsgutachter anlässlich seiner Begutachtung Schäden, die nicht durch seinen Gutachterauftrag abgedeckt sind, wie z.B. Bauteilöffnungen, trifft ihn die gesetzliche Haftpflicht. Schäden, die ein vom Sachverständigen beauftragter Unternehmer verursacht, muss der Sachverständige im Wege des Schadensersatzes für den Geschädigten geltend machen oder dem Geschädigten seine Ansprüche gegenüber dem schadenverursachenden Unternehmer abtreten.

3. Schlussbemerkung

Das Selbständige Beweisverfahren ist ein ernstzunehmendes gerichtliches Verfahren zur meist bindenden Klärung beweisrelevanter Anspruchsvoraussetzungen in einem gerichtlichen Hauptverfahren. Es ist ein oftmals aufgrund seines formellen Charakters (allseitige Informationspflichten, Fragerechte der Parteien usw.) langwieriges aber sicheres, gerichtsfestes Verfahren mit definierter Verjährungshemmung und Bindung für Streitverkündete.

Schnelle gutachterliche Klärungen und Entscheidungen lassen sich besser durch die aufgezeigten Alternativen erreichen. Verjährungshemmende Wirkungen und Bindungen Dritter wären dann allerdings vertraglich zu regeln.

Die Empfehlung des einen oder anderen Verfahrens kann nur einzelfallbezogen erfolgen und bedarf immer umfassender und vorausschauender technisch-fachlicher und rechtlicher Kompetenzen, um eine effiziente Lösung zu erreichen.