

Der Bausachverständige als Privatsachverständiger und als gerichtlich beauftragter Sachverständiger im Bauprozess - Rechtsprechung

Seminar 20.04.2017 für Landesverband Sachsen öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger e.V.

RA Reiner Brumme

**Fachanwalt Bau- und Architektenrecht, Schlichter + Schiedsrichter SOBau
09113 Chemnitz, Eckstraße 1a**

Web: www.ra-brumme.de

Tel.: 0371 / 808 11 88

E-Mail: info@ra-brumme.de

Gliederung:	Seite
I. Der Bausachverständige als Privatsachverständiger	2
I. 1. Grundlagen	2
I. 2. Der SV in Vertragsvorbereitung für sich selbst und für seinen AG	4
I. 3. Der außergerichtlich für eine Partei tätige Privatsachverständige	14
I. 4. Der für beide Parteien als Schlichter, technischer Schiedsgutachter oder/und Schiedsgutachter außergerichtlich tätige Privatsachverständige	16
II. Der Bausachverständige als gerichtlich beauftragter Sachverständiger im Bauprozess	17
Selbständiges gerichtliches Beweisverfahren	23

Hinweis: Seminar knüpft an Unterlagen des vorangegangenen Seminars 28.04.2016 an - dortige Seminarunterlage wird vorausgesetzt.

I. Der Bausachverständige als Privatsachverständiger

I. 1. Grundlagen

Nochmals: Vertrag ist gegenseitig **übereinstimmende** Willenserklärung, kein einseitiges Diktat einer Partei. Angebot ist auch nur Angebot und kein Vertrag.

Verträge für Sachverständigentätigkeit sind grundsätzlich **formfrei**.

Mündlicher Vertragsabschluss reicht aus - Nachweisproblem hinsichtlich Vertragsabschluss überhaupt und vor allem beim **Inhalt** des Vertrages mit

- Untersuchungsgegenstand, (nach **konkreten** Risiko-Hinweisen eingeschränkten),
- Untersuchungsformen (wie mit oder ohne Bauteilöffnung, nur organoleptisch, mit oder ohne Feuchtemessungen, mit oder ohne Altlasten-, Baugrund-, Holzschädlings-, Taubenzecken- oder/und Umwelt-, Berg- bzw. Kriegsschädenuntersuchung),
- Vergütung und
- Abgabezeitpunkt (Risiko wegen eventueller Verjährung/Verfristung!) beachten.

Zwischen Recht haben und Recht bekommen liegt der Beweis.

Zeugen sind der unsicherste Beweis überhaupt, da diese unbekannt verzogen oder verstorben oder sprachgelähmt sein können oder/und sich wegen arbeitsrechtlicher, familienrechtlicher bzw. dienstrechtlicher oder vereinsrechtlicher Auseinandersetzung mit dem anderen nicht mehr erinnern wollen.

Im Übrigen ist es lebensnah und typisch, dass sich Personen zum meistens Jahre zurückliegenden Sachverhalt kaum oder gar nicht sicher erklären können und zur Vermeidung einer Eigenhaftung strafrechtlicher oder/und zivilrechtlicher Art nichts zur Sache aussagen.

Schriftlich auch auf Butterbrotpapier z. B. für Vertragsänderung(en) sofort noch auf der Baustelle ist diesbezüglich besser als Vertrauen auf Gott.

Empfehlung: **Schriftfassung auf einer Seite** mit allen Unterschriften, bei mehrseitiger Fassung mindestens Zusammen-Tackerung aller Seiten und Signata sowohl des Auftraggebers als auch des SV auf **jeder** Seite nach dem letzten Buchstaben bzw. der letzten Ziffer und Unterschrift auf der letzten Seite.

„Zusammenfügen“ mit Briefklammer führt nicht sicher zur Wahrung der Schriftform gemäß § 126 BGB, da die einzelnen Seiten des Vertrages ohne mechanische Zerstörung/Beschädigung voneinander lösbar sind und das Risiko des Nachweises des „einen“ Vertrages bei fehlenden Signata auf jeder Seite durch beide Vertragsparteien oder/und bei fehlender sicherer Abfolge im Vertragstext besteht.

Bei mehreren AG wie bei Eheleuten oder bei der Tätigkeit als Technischer Schiedsrichter für beide Parteien müssen alle signieren und unterzeichnen.

Risiko: Bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR), OHG und sonstigen Gemeinschaften müssen **alle** Gesellschafter unterzeichnen. Häufig behaupten GbR auf Kopfbogen, dass sie einen Geschäftsführer haben - dies ist zu fast 100 % unrichtig und führt im Zweifelsfall nicht zum ordnungsgemäßen Vertragsabschluss, da GbR kraft Gesetzes nur durch alle Gesellschafter gemeinsam vertreten werden und ein Geschäftsführer formell gar nicht existiert.

Bei Inhaberfirmen wie den meisten Handwerkerunternehmen kann es auch keinen Geschäftsführer, sondern nur einen Inhaber geben.

Bei Genossenschaften wie Wohnungsbaugenossenschaften (Beispiel: „WG Aufbau eG“), Einkaufs- und Liefergenossenschaften („ELG...“), Agrargenossenschaften, Fischereigenossenschaften müssen mindestens zwei Vorstände oder ein Vorstand und ein Prokurist unterzeichnen.

Bei Vereinen und Aktiengesellschaften (AG) muss kraft Gesetzes mindestens der **gesamte**, aus mehreren Personen bestehende Vorstand unterzeichnen.

Eventuell bestehende Satzungsregelungen zur Vertretung des Vereins/der AG durch nur zwei Vorstände aus dem Bestand einer darüber hinaus gehenden Zahl von Vorständen muss sich der SV vor Vertragsabschluss nachweisen lassen - eine bloße Behauptung des Vorliegens einer solchen Satzungsregelung ist regelmäßig schwer oder gar nicht zu beweisen und würde bei Nichtregelung in der Satzung nur zur Haftung der unterzeichnenden Vorstände persönlich, nicht jedoch des Vereins bzw. der AG führen. Wo diese Vorstände konkret wohnen und inwieweit diese zahlungsfähig sind, wäre dann auch offen.

Bei „normalen“ Sportvereinen häufig durch Satzungsregelungen Begrenzungen der Vertretungsmacht auf Geschäfte bis 5.000,- DM (!) oder € brutto - für Geschäfte darüber hinaus bedarf es eines Beschlusses der Mitgliederversammlung des Vereins, der bei entsprechender Größenordnung des absehbaren Vergütungsumfangs des SV einschließlich Auslagen vor Unterzeichnung des Vertrages und mindestens vor Beginn der Tätigkeit des SV in nachweisbarer Protokoll-Fassung des Beschlusses der Mitgliederversammlung **beim SV** vorliegen muss.

E-Mail ist nicht schriftlich, sondern gemäß § 126b BGB nur Textform. Eine E-Mail ist entgegen weiläufiger Vermutungen auch keine elektronische Form, da hierzu gemäß § 126a BGB beiderseits eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz erforderlich ist.

Fax ist gemäß § 126 Abs. 2 BGB nur dann sicher die Schriftform wahrend, wenn die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgt - also nur **eine** Seite mit Inhalt und Unterschriften. Bei tatsächlich sicher fortlaufender Seitennummerierung und Abfolge des Vertragstextes sowie Signatur beider Parteien auf jeder Seite nach dem letzten Buchstaben bzw. der letzten Ziffer kann auch ein mehrseitiges Fax die Schriftform wahren - dies ist jedoch riskant.

Wer schreibt, führt!

Der Sachverständige bietet also sinnvoller Weise selbst einen geprüften, kurz gefassten, eindeutigen und auf einer Seite/einem Blatt gefassten Vertrag an.

Allgemeine Geschäftsbedingungen = AGB

Risiko § 305c Abs. 2 BGB: Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders der AGB.

Vertragsverhandlungen und -inhalte

Alle wichtigen Regelungen gehören schriftlich in den Vertrag - also auch

- der **konkrete** Untersuchungsgegenstand mit **konkreter** vollständiger Adresse Straße, Hausnummer, ggf. Hausteil/Korpus/Etage, Postleitzahl, Ort und
- Gewerk sowie
- **tag**konkrete Zeit der Übermittlung des Gutachtens bzw. der Bautenstandsbestätigung an den AG des SV
- die konkrete **Form** (schriftlich, Textform, elektronisch als E-Mail oder/und als CD-Rom, mit welchen Rissen/Zeichnungen/Fotos Farbe oder SW)
- in **wieviele** konkreten Exemplaren an den AG
- zu welchem **Preis** netto und brutto insgesamt pauschal oder mit welchem konkreten Stundensatz netto zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer in Höhe von derzeit 19 % bei konkretem Ausweis der Höhe konkret abzurechnender oder pauschaler Nebenkosten (Reisekosten mit Fahrkosten und Tagegeld, Kopie-kosten, Telekommunikationskosten). Achtung: Angebote an Verbraucher ohne ausdrückliche andere Angabe sind immer brutto inklusive 19 % MwSt! Auch GF/Vorstände großer Firmen für ihre persönliche Sache sind Verbraucher!

Wer als potentieller SV bestimmte Untersuchungsgegenstände nicht einschätzen und bewerten kann, sollte das vor Vertragsabschluss konkret offenlegen und bei reiner Verhandlung eine Vertragslösung z.B. in Form der Genehmigung für den Einsatz eines zusätzlichen Sub-Sachverständigen für ein bestimmtes Unter-Gewerk finden.

Sonst Risiko unnötiger eigener Ausgaben, Schadenersatzforderung des potentiellen AG wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten für unnütze weitere Verhandlungen und Ertragsausfälle wegen Zeitverschiebung, **Verjährung** von Forderungen des potenziellen AG sowie späterer Vertragskündigung und Insolvenz des Gegners des AG mit Durchschlag auf die Haftung des SV.

I. 2. Der SV in der Vertragsvorbereitung für sich selbst und für seinen AG

Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis (LV) auch des SV o.ä. muss klar und vollständig sein. Gemessen wird die Klarheit je nach nachweisbarer (!) Kenntnis

des AG hinsichtlich der Bausachen normalerweise an der Kenntnis eines fachlichen Laien - ein selbst Sachkundiger wie ein Architekt braucht für eine Architektensache keinen SV, jedoch beispielhaft ein Hochbau-Architekt für eine reine Heizungssache oder Baugrund.

Der SV als Anbieter muss für ihn eben als SV erkennbare (nicht nur: erkann-te) Unrichtigkeiten/Unvollständigkeiten von Wünschen des potenziellen AG spätestens vor Fassung des LV konkret klären und fassen.

Auslegungsregelungen im Vertrag verschieben diesbezügliche Auseinandersetzungen nur auf spätere Zeit, lösen aber das Problem nicht.

Bedenken muss auch der SV rechtzeitig, schriftlich mit **konkretem** Aufzeigen nachteiliger Folgen und sich hieraus ergebenden Gefahren an AG (nicht: bevollmächtigten Empfangsboten, nicht Ehegatte, nicht redifreudiges/schönes erwachsenes Kind!) richten - OLG Bdbg, Urteil 16.03.2011 - 13 U 126/09, IBR 2011, 578.

Wirrwarr von LV und „untersetzenden“ Spezifikationen sauber in der Abfolge und Zuordnung klären, bevor Vertrag angeboten und unterzeichnet wird.

Bei Vertragsvorbereitung durch SV Empfehlung des SV an seinen AG zur Vereinbarung 10-jähriger Frist für Mängelansprüche für

- erdberührende Bauteile gegen Bodenfeuchtigkeit, nicht drückendes und drückendes Wasser,
- Dichtigkeit des Dachs, sämtliche Fugenausbildungen und Fassade,
- für alle Planungs- und Überwachungsleistungen sichern.

Vertragserfüllungssicherheit (maximal: 10 %, sicherer: 5 %) und Sicherheit für Mängelansprüche (üblicherweise 5 %) - keine überschneidende Kommulation im Abnahmezeitpunkt, da sonst alle Sicherheiten unwirksam!

Bei Vereinbarung VOB/B mit dortigem § 17 Nr. 8 Abs. 2 ist nicht verwendete Sicherheit nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben - wenn anders z. B. für 5 Jahre gewollt ist, wäre das klar zu regeln.

Bei Vereinbarung einer Erfüllungsbürgschaft und einer Mängelbürgschaft in AGB dürfen beide zusammen nur 6 - 10 % der Brutto-Auftragssumme betragen - OLG Dresden, Beschluss 15.07.2008 - 12 U 781/08; IBR 2008, 577.

Verweise auf ..., in denen wiederum andere Verweise auf ... enthalten sind, führen regelmäßig zu Missverständnissen, Ausfall eventuell gewollter Vertragsbestimmungen und in der Folge zu Vertragsauseinandersetzungen.

Keine pauschalen Regelungen für die Prüfung und Bewertung wie „Stand der Technik“ vereinbaren - das ist völlig unklar (gibt Stand der Wissenschaft, Stand der Wissenschaft und Technik, Stand der Technik, aner-

kannten Stand der Technik, allgemein anerkannten Stand der Technik, allgemein anerkannte Regeln der Technik, neuesten Stand der Technik, neuesten Standard der Technik, anerkannte Regeln der Technik - **nur** letzteres steht in § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B).

Klar regeln, was bei welchen konkreten DIN/EN und demgegenüber welchem konkreten „Stand der Technik“ Vorrang haben soll.

Scheinselbstständigkeit: Vor Vertragsabschluss: eigene Betriebsstätte, eigene Betriebsmittel und Einsatz eigenen Kapitals der Sub nachweisbar prüfen und feststellen; im Vertrag regeln: weisungsfreie Erfüllung, Nichtverpflichtung zur Annahme von Einzelaufträgen, Zulässigkeit der Tätigkeit für andere AG, Einsatz eigener Mitarbeiter oder Subunternehmer zulassen und das Ganze so **real umsetzen** - sonst: verschuldensunabhängige Haftung des AG gemäß § 13 MiLoG i.V. § 14 AEntG für Verpflichtung des Sub zur Zahlung des Mindestlohn wie Bürge auch für Scheinselbstständige wiederum des Sub (!), Beitragsnachforderungen für SV gem. § 28b Abs. 1 SGB IV mit Verjährungsfrist von 4 Jahren, bei bedingtem Vorsatz 30 Jahre und Säumniszuschläge für jeden angefangenen Monat von 1 % des rückständigen Betrags (Bsp.: 36 Monate Beschäftigung von 3 Scheinselbstständigen mit vereinbarten Werklohn 300.000 € führen zu 43.000 € KV, 6.000 € PflegeV, 54.000 € ~~Ruhen~~V, 6.000 € AIV, 56.000 € SOKABau mit Zwischensumme 177.000 €, Säumniszuschlägen von 177.000 € und Gesamtnachzahlung SV 354.000 € =**Vollrisiko Insolvenz des AG**)

Bei SV-Nachzahlungsbetrag mehr als 100.000 € i.d.R. **Freiheitsstrafe**, die zur Bewährung ausgesetzt werden kann - bei über 1 Mio € i.d.R. Freiheitsstrafe ohne Bewährung bis 5 Jahre, in besonders schweren Fällen bis 10 Jahre gem. § 266a StGB **für GF** und über § 14 StGB auch **Betriebsleiter, Bauleiter!**

Bei Freiheitsstrafe mind. 1 Jahr verliert GF Befugnis der Organstellung bis 5 Jahre ab Verurteilung und Betriebsleiter, Bauleiter kommen als GF nicht mehr in Betracht - § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG.

Bei Verurteilung nach § 266a StGB mehr als 3 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe ab 30.000 € auch Ausschluss von Vergabe öffentlicher Bauaufträge gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SchwarzArbG.

(nach: Reiserer, 49. Baurechtstagung ARGE Baurecht 11.03.2017, unveröffentlicht)

Eine Gerichtsstandvereinbarung darf gem. § 38 ZPO für Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliches Sondervermögen getroffen werden - nicht für Verbraucher.

Auch im späteren Streitfall wird der SV an seiner selbst öffentlich gemachten Sachkunde gemessen - dazu zählt auch eine ggf. notwendige konkrete Aufklärung des potenziellen und realen AG hinsichtlich notwendiger Untersuchungsgegenstände, Untersuchungsformen, Messreihen und von Bauteilöffnungen/

Bauteilzerstörungen.

Hinweis: Bei Prüfung von Bautenständen in noch im Bau befindlichen Baukörperobjekten ist regelmäßig die Baukörperfirma Grundstückseigentümer und damit Hauseigentümer, nicht der Erwerber, der egal wieviel Prozent/100.000,- € des Kaufpreises schon an die Baukörperin gezahlt hat - für Bauteilöffnungen/Bauteilzerstörungen und selbst das Betreten des Baugrundstückes bedarf es der nachweisbaren Genehmigung des Grundstückseigentümers/Hauseigentümers hier in Person der Baukörperin, sonst strafrechtlich Hausfriedensbruch und zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch der Baukörperin gegen den SV.

Den Vertrag insgesamt muss sowohl ein baufachlicher Laie in Person des AG als auch der SV verstehen und nachvollziehen können.

In dann vom SV zu prüfenden Objekten sind Normen wie DIN, EN, ISO, VDI/VDE Richtlinien häufig nur die Mindest-Anforderungen darstellend, weil **vertragliche** Regelungen häufig **höhere Qualitäten als Vertragssoll** aufweisen.

Der SV hat also nicht die Erfüllung des Mindest-Maßes von DIN, sondern die Erfüllung des ggf. deutlich darüber hinaus gehenden **Vertragssolls** (!) zu prüfen und zu bewerten.

Bei Baukörperverträgen wegen der Kombination dieser Verträge als Grundstückskauf- und Bauvertrag Besonderheit, da gem. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch die **Prospekte/Zeitungsanzeigen** der Baukörperin oder deren Gehilfen wie Finanzanlageberater, Grundstücksmakler in Form von Verkaufsanzeigen in Zeitungen, Hochglanzbroschüren für die Auslegung des Vertragssolls heranzuziehen sind („exklusive Ausführung“ ist mindestens zwei Qualitätsstufen höher als DIN - Mindeststandard, „höchste Qualität“ ist höchste erreichbare Qualität).

Das Vorlegen dieser Prospekte oder eine **konkrete** Negativ-Erklärung sind im SV-Vertrag als AG-Pflicht tagkonkret zu regeln. Bei Unterlassung der Abfrage sonst drohende Eigenhaftung des SV.

Ohne andere vertragliche Regelung sind die zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen (vorhersehbaren) Normen kraft Gesetzes Vertragsbestandteil - BGH, Urteil 14.05.1998 - VII ZR 184/97; KG, IBR 2008, 509.

Trotz einzelner vom AN nominell vertragskonform ausgeführter Leistungen **schuldet** der AN ein **funktionsfähiges Gesamtwerk** - BGH, Urteil 10.06.2010 - Xa ZR 3/07; IBR 2010, 556 mit Praxishinweis Illies. Deshalb keine Teil-Abnahmen von Etagen/Rohbau o. ä., sondern bei Zutreffen nur eine Bautenstandsbestätigung!

Der eigentliche Bauvertrag/Baukörpervertrag ist vom SV als Vorlage vom AG für die SV-Tätigkeit komplett (!) schon im Vertragsangebot abzufordern - dies

betrifft die eigentlichen Verträge, **sämtliche** Anlagen wie LV und Pläne sowie die Baugenehmigung mit **sämtlichen** Anlagen, Auflagen, Bedingungen und dem Bauantrag sowie der Statik/Prüfstatik; Baugrundgutachten, bei Bauträgerverträgen auch Grundlagenurkunde mit Baubeschreibung und Teilungserklärung sowie Abgeschlossenheitsbescheinigung und Verkaufsprospekt(e).

Bei Bauträgerverträgen häufig für das gleiche Objekt verschiedene Vertragsfassungen (!) mit verschiedenen Inhalten der Baubeschreibung **als dem geschuldeten Vertrags Soll**. Darauf hat der SV schon bei Vorbereitung seines Angebotes für den SV-Vertrag nachweisbar (!) die eventuelle AG in Person der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) hinzuweisen - er hat sich sowohl bei sechs als auch bei sechzig Miteigentümern einer WEG schlichtweg alle vertraglich vereinbarten Baubeschreibungen tagkonkret vorlegen zu lassen, zu prüfen und zu bewerten oder ebenso konkret unter konkretem (!) Hinweis auf die damit verbundenen deutlichen Risiken des Verlusts von Ansprüchen auch in 6-stelliger Größenordnung nur eine konkrete Baubeschreibung eines Miteigentümers unter Angabe der Notarurkunde Nr... des Notars ... in ... vom ... mit ... Blatt zur Prüfung und Bewertung vorlegen zu lassen.

Enormes Haftungsrisiko wegen Ausfall von Prüfungen und Bewertungen, weil immer wieder durch Erfahrung aus Vor-Objekten klug gewordene Erwerber einzeln bessere Vertragsregeln vereinbart haben als die Masse der anderen Erwerber. Zu Gunsten der WEG muss die Bauträgerin in solchen Fällen beim Gemeinschaftseigentum die beste überhaupt vereinbarte Qualität auch nur eines Erwerbers von 100 Erwerbern als Vertrags Soll erbringen und der SV das so prüfen und bewerten.

Eine im Bauvertrag/Bauträgervertrag enthaltene Vereinbarung „Einhaltung aller gesetzlichen und sicherheitstechnischen Bestimmungen durch den AN“ gilt als zugesicherte Eigenschaft im Bau – BGH, Urteil 05.12.1995 - X ZR 14/93; IBR 1996, 491. Der SV hat dies bei der Prüfung/Bewertung umzusetzen.

Da die gesetzliche Regelung unklar ist, sind die Voraussetzungen für Abschlagszahlungen nach welchem Teil-Abschnitt mit welchem Bautenstandsnachweis wieviel Euro netto zu zahlen sind, deutlich zu regeln.

Der Privat-SV muss also auch den Bauvertrag konkret prüfen, bevor er **Bautenstände** als „erfüllt“ einschätzt - sonst Eigenhaftung des SV bei Überzahlung des Bau-AN und dessen Insolvenz gegenüber seinem Auftraggeber und auch gegenüber dem Kreditgeber (OLG Saarbrücken, Urteil 15.05.2008 - 8 U 119/07, IBR 2008, 660; OLG Celle, Urteil 19.11.2009 - 8 U 29/09, IBR 2010, 1001). Das wäre beim SV auch nicht versichert - OLG Dresden, Beschluss 14.08.2012 - 4 W 734/12, IBR 2012, 610; LG Chemnitz, Urteil 13.06.2013 - 6 S 11/13, IBR 2013, 1336.

Vertragsstrafenregeln häufig wegen Nichtanknüpfung an Verschulden und auch Widersprüchen zwischen Vertrag, ATV, ZVB, ZTV gemäß § 305c Abs. 2

BGB unwirksam (im Vertrag 0,2 % pro Werktag, in ZVB 0,2 % pro Arbeitstag) - ebenso bei Fehlen einer Obergrenze überhaupt oder einer zulässigen Obergrenze (5 %) und Überschreiten zulässiger Höhe pro Arbeitstag (rund 0,2 %). Da Vertragsstrafen nicht gesetzlich geregelt sind, ist dann gar keine Vertragsstrafe durchsetzbar - Schaden müsste **konkret** bis zum letzten Cent nachgewiesen werden. Haftungsrisiko des SV bei Vertragsvorbereitung und bei Abnahme!

Vertragsklauseln mit Möglichkeit der Geltendmachung der Vertragsstrafe bis zur Zahlung der Schlussrechnung als AGB häufig unwirksam, wenn diese an unwirksame Fälligkeitsregeln anknüpft - an und für sich nach BGH, Urteil 23.01.2003 - VII ZR 210/01; IBR 2003, 293 zulässig.

Baugrundrisiko kann beim AN liegen - OLG München, Urteil 11.02.2014 - 9 U 5582/10; BGH, Beschluss 18.12.2014 - VII ZR 44/14, IBR 2015, 114.

Der SV müsste hier konkrete Vertragsprüfung vornehmen, die er häufig nicht realisieren kann - also rein fachliche Einschätzungen unter konkretem Hinweis auf notwendige Prüfung der Rechtslage der Verantwortlichkeit vornehmen.

Vom AG/durch dessen Architekt erstelltes LV führt zur Planungsverantwortung des AG - bei Änderungen oder Zusätzen auf Anordnung AG muss AG die notwendigen Planungen erbringen - OLG Brandenburg, Urteil 02.12.2015 - 11 U 102/12, IBR 2016, 71.

Fachliche Unrichtigkeiten dieser Planungen und deren Änderungen muss der SV gegenüber seinem AG konkret **intern** mit deren Auswirkungen angeben.

Bei Begleitung der Inbetriebnahme durch den SV wie bei Heizung, Klima, Sanitär sollte dieser vorher den Vertrag seines AG hinsichtlich Funktionslauf mit Tests und Messungen in bestimmten Zeiten unter bestimmten Bedingungen geprüft und auf ggf. vorhandene Unrichtigkeiten/Lücken konkret **intern** gegenüber seinem AG hingewiesen werden.

Bei **Bautenstand**sermittlung muss SV nicht nach **Hausschwamm suchen** - KG, Urteil 13.09.2005 - 14 U 17/04; BGH, Beschluss 11.05.2006 - VII ZR 290/05; IBR 2006, 454. Gilt auch für Verkehrswertgutachter - OLG Naumburg, Urteil 03.08.2005 - 11 U 100/04; IBR 2006, 1497. Aber: bei Feststellung von Indizien im Bautenstand/Gutachten konkret offenlegen und AG Handlungsempfehlung erteilen - OLG Stuttgart, Urteil 26.03.1998 - 19 U 97/96; IBR 1999, 32.

Architekt muss bei Altbausanierung Indizien für Hausschwammbefall nicht selbst umfassend klären - konkrete Feststellung und Beseitigung darf mit dem LV auf GU übertragen werden (KG, Urteil 25.07.2014 - 21 U 40/13; IBR 2014, 681).

Unterschied zu Seite 14 beachten!

Abnahme

Abnahme ist Erklärung des **AG**, dass das Werk insgesamt voll **vertragsgerecht** hergestellt wurde - § 640 BGB. Einhaltung der DIN häufig ungenügend!

Unwesentliche Mängel berechtigen nicht zur Abnahmeverweigerung.

Vorbehaltlose Rechnungszahlung ist keine schlüssige Abnahme, wenn Leistung noch nicht voll funktionsfähig ist - BGH, Urteil 05.06.2014 - VII ZR 276/13, IBR 2014, 550.

Bei Rügen wesentlicher Mängel führt Nutzung nicht zur konkludenten Abnahme - BGH, Urteil 05.11.2015 - VII ZR 43/15, IBR 2016, 78.

Fehlen einer geschuldeten vollständigen Dokumentation ist Grund zur Abnahmeverweigerung. Bauträger muss mindestens Energieausweis, Kanaldichtigkeitsnachweis und Bedienungsanleitungen herausgeben, bei ausdrücklicher Erwähnung der Werkplanung in der Baubeschreibung auch Abzüge der Werkplanung - OLG Köln, Urteil 13.05.2015 - 11 U 96/14, IBR 2015, 491.

Auch bei LV kann Leistungsumfang durch **Schlüsselfertigkeits-**, **Komplettheits-** oder **Vollständigkeitsklausel** auf Ausführung notwendiger, nicht ausdrücklich aufgeführter Leistungen erweitert werden (ist nicht AGB-rechtlich unwirksam) - OLG Düsseldorf, Urteil 27.05.2014 - 23 U 162/13; IBR 2015, 3.

In Bauträgerevertrag ist Regelung der Abnahme Gemeinschaftseigentum für Erwerber durch einen SV unwirksam gemäß § 307 Abs. 1 BGB, wenn im Vertrag nicht ausdrücklich die freie Widerruflichkeit und keine Möglichkeit zur Eigenabnahme durch Erwerber oder einen von ihm Bevollmächtigten geregelt ist - OLG Stuttgart, Urteil 31.03.2015 - 10 U 46/14, IBR 2015, 364; OLG Düsseldorf, Urteil 23.10.2012 - 23 U 112/11, IBR 2013, 280; IBR 2013, 473; Volltext IBRRS 2013, 2371.

Keine Abnahme Gemeinschaftseigentum durch Erstverwalter oder einen von ihm zu bestimmenden SV - OLG München, Urteil 06.12.2016 - 28 U 2388/16 Bau, IBR 2017, 81. **Drastisches Haftungsrisiko für SV bei Abnahmeerklärung durch den SV, kostenaufwendigem Gerichtsverfahren und Insolvenz des Bauträgers sowie wegen Verjährung von Ansprüchen der WEG bzw. der Erwerber.**

Ist das Werk wesentlich mangelhaft, muss AG entscheiden, ob er abnimmt oder die Abnahme verweigert. Nimmt er in Kenntnis von Mängeln ab, muss er sich seine Mängelrechte bei der Abnahme ausdrücklich konkret vorbehalten - sonst Untergang von Mängelansprüchen außer Schadenersatz.

SV muss seinem AG konkret die Handlungsempfehlung in Form der Einschätzung „wesentlicher Mangel“ oder nicht geben - Vielzahl unwesentlicher Mängel kann wiederum wesentlich sein.

Verzugsvertragsstrafe muss **bei Abnahme** mindestens „vorsorglich“ vorbe-

halten werden - also nicht vorher und nicht hinterher, da sonst nicht mehr durchsetzbar.

Auch bei nachträglicher **Schwarzgeldabrede** ist **Vertrag** gemäß § 134 wegen Verstoß gegen Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz insgesamt **nichtig** und es können **keine Vergütungsansprüche** des AN, **keine Mängelansprüche** des AG oder/und Honoraransprüche des SV/Architekten durchgesetzt werden - OLG Stuttgart, Urteil 10.11.2015 - 10 U 14/15, IBR 2016, 96; für Werkvertrag allgemein BGH, Urteil 10.04.2014 - VII ZR 241/13, IBR 2014, 327; **BGH, Urteil 16.03.2017 - VII ZR 197/16, IBRRS 2017, 1305.**

Schwarz bezahlter AN muss Vergütung nicht zurückzahlen - BGH, Urteil 11.06.2015 - VII ZR 216/14, IBR 2015, 405; OLG Jena, Beschluss 26.05.2015 - 5 U 833/14; BGH, Beschluss 05.11.2015 - VII ZR 134/15, IBR 2016, 131.

„Üblich“ sind hier „Verzichte“ auf MwSt. und Zahlungsnachweise auch für geringere Beträge innerhalb der Leistung.

Zur Schwarzarbeit zählen auch Werkleistungen bei Nichterfüllung steuerlicher Pflichten durch den AN wie Nichtausstellung einer Rechnung innerhalb von 6 Monaten nach Bauleistung und Nichtausstellung einer Rechnung innerhalb von 6 Monaten bei Bargeldzahlung mit der Folge, dass dem AN **kein** Werklohn zusteht - BGB §§ 134, 139, 631 f.; SchwarzArbG § 1 Abs. 2 Nr. 2; UStG § 14 Abs. 2, 5; OLG Hamm, Urteil 07.06.2016 - 24 U 152/15; IBRRS 2017, 0525.

Verstoß gegen Schwarzarbeitsverbot wird bei Annahme des Gerichts wegen verschiedener Umstände des Verfahrens **von Amts wegen berücksichtigt** mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrages und des Ausschlusses vertraglicher Vergütungsansprüche sowie auch Ansprüche auf Wertersatz oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag - OLG Schleswig, Beschluss 20.12.2016 - 7 U 49/16; IBR 2017, 181 (im Anschluss an BGH, IBR 2014, 327 und BGH, Urteil 20.05.1992 - VIII ZR 240/91, NJW 1992, 2348, 2350).

„Ohne-Rechnung-Abrede“ nach Abschluss Architektenvertrag und nach Leistungserbringung umfasst nicht nur den Abänderungsvertrag, sondern das gesamte Vertragsverhältnis, so dass aus dem Vertrag keine Gewährleistungsrechte oder Honoraransprüche mehr hergeleitet werden können - OLG Stuttgart, Urteil 10.11.2015 - 10 U 14/15; IBR 2016, 96.

Rechnungsprüfung und -freigabe äußerst haftungsträchtig.

Zurückbehaltungs**recht** des **vollen** Rechnungsbetrages bei Nichterfüllung steuergesetzlicher Vorschriften wie § 14 UStG mit monatsgenauer Angabe Leistungszeitraum, dem AN erteilter **Steuernummer**/Umsatzsteuer-Identifikationsnummer, fortlaufender einmaliger Rechnungs**nummer**, Menge und Art der Leistung, anzuwendenden USt-**Steuersatz** und USt-**Steuerbetrag**, vollständiger Name und vollständige Anschrift des leistenden Unternehmers und des Lei-

stungsempfängers nach BGH, Urteil 26.06.2014 - VII ZR 247/13, IBR 2014, 578; BGH, Beschluss 08.03.2005 - VIII ZB 3/04, www.bundesgerichtshof.de; OLG Düsseldorf, Urteil 15.05.2008 - 5 U 68/07, IBR 2009, 460 und

Nichtzahlungspflicht bei fehlenden oder/und **unrichtigen** Rechnungsangaben wie unvollständiger Anschrift eines der beiden Vertragspartner oder unrichtiger Steuernummer. **Kein Gutgläubensschutz** - BFH, Urteil 02.09.2010 - V R 55/09; BStBl II 2011, 235 und BFH, Urteil 08.10.2008 - V R 59/07, openJur 2011, 85682; BFH, Urteil 08.10.2008 - V R 63/07; BFH/NV 2009, 1473; FG Hamburg, Urteil 28.06.2012 - 2 K 196/11, IBR 2013, 1194 (SV darf Prüfungsrisiko **diesbezüglich** vertraglich auf AG und dessen StB verlagern).

Eigenangaben des SV in seiner Rechnung oder des AN bei Rechnungsprüfung durch den SV wie „für technische Beratung und Kontrolle im Jahr 1996“ reichen nicht zur Leistungsidentifizierung mit der Folge der Nichtberechtigung zum Vorsteuerabzug - BFH, Urteil 08.10.2008 - V R 59/07 aaO.

Rechnungsberichtigung muss mit neuer fortlaufender Nummer und neuem Datum unter Stornierung konkret anderer Rechnung erfolgen - § 31 Abs. 5 UStDV. Nichtunternehmerischer Leistungsempfänger muss in der Rechnung auf Aufbewahrungspflicht der Rechnung 2 Jahre **beginnend mit Schluss des Kalenderjahres, in dem die Rechnung ausgestellt worden ist**, hingewiesen werden - § 14 Abs. 3 Nr. i.V. § 14b Abs. 1 UStG (GF/Vorstand auch einer Baufirma für eigenes Eigenheim ist Verbraucher!).

Mängelrügen

Rügen darf nur der AG - Architekt/SV müsste Vollmacht **dafür** sofort **mit** Rüge nachweisen - sonst keine Verlängerung der Verjährungsfrist! OLG Jena, Urteil 26.11.2015 - 1 U 209/15, IBR 2016, 213.

Zu rügen ist beim konkreten AN mit vollständiger **richtiger Firmierung** und zwar beim Geschäftsführer einer GmbH oder Inhaber einer Inhaberkfirma, nicht beim Polier/Bauleiter des AN (KBV ist eine andere Firma als K.B.V., Max Müller Investitions GmbH & Co. KG Carée 12 ist eine andere Firma als Max Müller Investitions GmbH Carée 12, Aplus Meyer ist eine andere Firma als APLUS Meyer, Max Müller ist ggf. eine andere Firma als MaxMüller, Müller GmbH ist eine andere Firma als Müller AG - der SV haftet für seine Schriftstücke auch bei Fehlern seiner Sekretärin, da die Einrede unwirksamer Mängelrügen erst Jahr später nach Eintritt der Verjährung im Prozess erfolgt).

Zu rügen ist die **Mangelercheinung**, nicht die Mangelursache. Die Mangelercheinung muss jedoch konkret beschrieben werden. Richtig: „Der Oberputz am Westgiebel blättert ab ca. 1 m Höhe ab Gelände-Oberkante bis zum Dachfirst hin unregelmäßig mit Stellen von 1 - 5 mm in Länge und Breite ab.“ - ungenügend wäre: „Der Putz ist mangelhaft.“

Schon das Risiko künftigen Schadens ist Mangel - OLG Karlsruhe, Urteil 29.11.2013 - 13 U 80/12, BGH, Beschluss 26.03.2015 - VII ZR 15/14, IBR 2015, 354.

Mangel auch, wenn Abweichung vom Vertrag **nicht zur Beeinträchtigung des Werts** oder der Gebrauchstauglichkeit führt - BGH, Beschluss 10.07.2015 - VII ZR 70/14, IBR 2015, 539.

Frist für die Mängelbeseitigung ist tagkonkret aufzugeben: „Die o.g. Mängel wollen Sie bis 14.05.2017 abstellen und mir bis dahin die Abstellung schriftlich anzeigen.“

Fristsetzung mit „Wir bitten um Beseitigung **in nächster Zeit**.“ ist ungenügend und **unwirksam! Keine Mängelrechte!** - OLG Düsseldorf, Urteil 18.12.2015 - 22 U 84/15; IBR 2016, 84. **Drastisches Haftungsrisiko für SV wegen dann eintretender Verjährung und durchschlagender Einrede des AN erst im Prozess nach Ablauf der Verjährungsfrist.**

Eine Ersatzvornahme durch Dritte muss seit 2002 nicht mehr angedroht werden. Gerügt werden muss im Regelfall schriftlich, da häufig so vereinbart (wie VOB/B § 13 (5) 1.).

Strittig, ob einfache E-Mail dem Schriftformerfordernis genügt. Empfehlung: In Vertrag konkret regeln oder nachweisbar per Brief/Fax rügen - OLG Jena, Urteil 26.11.2015 - 1 U 209/15, IBR 2016, 144.

Schriftform wird bei Unterschrift, Einscannen und E-Mail-Versand gewahrt - OLG Frankfurt, Beschluss 16.03.2015 - 4 U 265/14; BGH, Beschluss 10.09.2015 - VII ZR 69/15, ibr-online: IBR 2016, 2472.

Nach Anzeige des AN zur Mängelbeseitigung muss der AG über die **Abnahme der Mängelbeseitigung** entscheiden und dies dem AN mitteilen.

Wiederholte Mängelrüge des gleichen Mangels um des lieben Friedens willen: „Wir möchten Ihnen nochmals Gelegenheit geben, den Mangel des sich am Westgiebel lösenden Oberputzes zu beseitigen und bitten Sie um Bestätigung bis 03.05.2017.“ ist nicht nur entbehrlich, sondern verursacht beim AG regelmäßig dramatische Irrtümer wegen vermeintlich noch laufender Hemmung der Verjährungsfrist, die jedoch bereits bei erster Ablehnung des AN nach der ersten Mängelrüge nicht mehr gehemmt wird - **Verjährungsfalle!** Im Übrigen wird hier keine wirksame Frist der Mängelbeseitigung vorgegeben - Mängelrüge ist unwirksam.

Mündliche Ablehnungen gerügter Mängel sind wirksam - beiderseits Beweisrisiko.

Mängel an **gelieferten** Bauteilen sind bei Vertrag zwischen Kaufleuten (z. B. AN und dessen Sub) **sofort** zu rügen, sonst gilt gemäß § 377 HGB Ware als genehmigt - subjektive Fähigkeiten des Käufers sind irrelevant (OLG Düsseldorf, Beschluss 08.05.2015 - 22 U 11/15, IBR 2015, 691).

Verstoß gegen **Herstellervorschriften** allein sind kein Mangel, können aber bei Erhöhung des Risikos und Gefahr des Verlusts der Herstellergarantie Mangel

sein - OLG München, Urteil 08.07.2015 - 13 U 4157/14; BGH, Beschluss 22.10.2015 - VII ZR 189/15, IBR 2016, 79.

Empfehlung: Herstellervorschriften als Beschaffenheit im Vertrag vereinbaren.

Einschätzungs- und **Prognoserisiko** für Mangelbeseitigung liegt **beim AN**.

Unrichtige Einschätzungen eines Bau-SV gehen auch bei erfolglosem und unverhältnismäßig teurem Mangelbeseitigungsversuch zu Lasten des AN - OLG Hamm, Urteil 25.11.2014 - 24 U 64/13; IBR 2015, 140.

Architekt darf in AGB nicht Übertragung der Beseitigung des Schadens am Bauwerk (Mangel) verlangen - BGH, Urteil 16.02.2017 - VII ZR 242/13; IBRRS 2017, 0878 (nach Mangleintritt einzelvertraglich zulässig).

I. 3. Der außergerichtlich für eine Partei tätige Privat-SV

Baubegleitung

Am Anfang steht die **Vertragsprüfung**, nicht nur die Prüfung technischer Vorschriften wie DIN/EN und gesetzliche Vorschriften wie EnEV und SchfHWG!

Vertragsinhalte regeln häufig höhere Qualität als in technischen Vorschriften.

Mindestens bei Bauträgerverträgen, jedoch auch bei sonstigen Bauvorhaben mit **Prospektwerbung** sind Verkaufsprospekte oder/und Zeitungsanzeigen mit Inhalten wie „Wir garantieren höchste Qualität.“ zur Auslegung des Vertrags-Solls heranzuziehen - § 434 Absatz 1 Satz 3 BGB. Hier wegen „**garantieren**“ **verschuldensunabhängige** Haftung auch noch für „höchste Qualität“ und damit nicht nur Mindestqualität nach DIN und auch nicht nur Standardqualität für Wohnungseigentum mittlerer Preislage.

Baubegleitende Qualitätskontrolle ist erfolgsbezogener **Werkvertrag**, kein Dienstvertrag auch bei nur baubegleitender Qualitätskontrolle einzelner Arbeiten (Gründung, Mauerwerk, Abdichtung, Dämmung, u. a.) - OLG Brandenburg, Urteil 14.10.2015 - 4 U 6/12; IBR 2016, 24.

Bei Insolvenz des Bau-AN haftet Qualitätskontrolleur allein, sonst gesamtschuldnerisch mit Bau-AN.

Bei Sanierungsarbeiten an **Altbau** muss Architekt/Ingenieur vor Arbeitsbeginn die Bausubstanz auf **Schwammbefall überprüfen**. Stichprobenartige Überprüfung durch Sub reicht nicht aus. Architekt/Ingenieur haftet dann für Zusatzkosten, die nicht entstanden wären, wenn Schwammsanierung im Rahmen der Sanierungsarbeiten ausgeführt worden wären - OLG Rostock, Urteil 11.07.2006 - 4 U 128/04; IBR 2007, 144.

Arbeiten mit Signalwirkung wie Drainage, Bodenplatte, Abdichtung, Deckenkonstruktion, Außenputz auf Porenbeton, Sanierputz bei Altbausanierung,

Wärmedämmverbundsystem sind intensiv **persönlich** zu **überwachen** - OLG Hamm, Urteil 17.06.2014 - 24 U 20/13, IBR 2015, 438; OLG Celle, Urteil 18.10.2006 - 7 U 69/06, IBR 2007, 630; OLG Brandenburg, Urteil 01.02.2007 - 12 U 138/06, IBR 2007, 379; OLG Dresden, Urteil 01.07.2008 - 10 U 736/07, IBR 2008, 661.

Einfache Putzarbeiten innen sind nicht besonders überwachungsbedürftig und müssen daher nicht im einzelnen überwacht werden - OLG Dresden, Urteil 28.01.2010 - 10 U 1414/08; BGH, Beschluss 10.03.2011 - VII ZR 37/10, IBR 2011, 283.

Gutachten muss umfassend und in sich nachvollziehbare Darstellung des Erkenntnis- und Wertungsprozesses des Gutachters beinhalten.

Dazu gehören Angaben der herangezogenen und ausgewerteten Erkenntnismittel sowie der hierdurch erlangten Informationen. Bleutge, NJW-aktuell 12/2010, 43 f. und KG Berlin, Beschluss 11.12.1998 - 5 WS 672/98; NJW 1999, 1797.

Teilt der Gutachter nur ein nicht nachvollziehbares Ergebnis mit, ist das Gutachten unbrauchbar - OLG Düsseldorf, Beschluss 06.03.1997 - 10 W 33/97; IBR 1997, 439.

Privatgutachten

Rein private Beweismittel wie Privatgutachten im Auftrag nur einer Partei sind im Streifall zwar zulässiges Prozessmittel als substantiiertes Parteivorbringen (BGH, NJW 1992, 1459), jedoch kein unmittelbar gerichtlich verwertbares SV-Gutachten.

Ein vorgetragenes Privatgutachten ist vom Gericht auch zu beachten und auch gem. § 286 ZPO frei zu würdigen. Im - wahrscheinlichen - Zweifelsfall wegen dann substantiiertem gegnerischen Vortrag wird das Gericht jedoch eine vom Gericht veranlasste Beweiserhebung durch einen von den Parteien unabhängigen SV und ggf. die Einvernahme vorher von der Partei konkret schriftsätzlich mit Beweisthema zu benennenden sachkundigen Zeugen vornehmen lassen.

Die im Ergebnis der Beweiserhebung vorzunehmende Beweiswürdigung ist dann allerdings wieder einzig Sache des erkennenden Gerichtes.

Ein Privatgutachten hemmt keine Verjährungsfristen!

Auftraggeber von Privatgutachten sollten im Übrigen nur solche Gutachter beauftragen, die auch persönlich für ihr Gutachten haften. Gutachten mit Haftungsausschluss „wegen institutioneller Regelung“ sind mindestens bei beabsichtigter Außenverwendung nicht das Papier wert, auf dem sie geschrieben sind.

Merkantiler Minderwert

Auf die Unterlage „Merkantiler Minderwert“ mit dem Artikel in der GuG 2015, 274 ff. in der Homepage www.ra-brumme.de im Button „Tätigkeit“ und dort „Baurecht“ wird hingewiesen.

Der merkantile Minderwert ist nach BGH, Urteil vom 23.11.2004 - VI ZR 357/03 (NJW 2005, 277) eine Minderung des Verkehrswertes, die **trotz völliger und ordnungsgemäßer Instandsetzung** eines bei einem Unfall beschädigten Kraftfahrzeuges verbleibt, weil bei einem großen Teil des Publikums, vor allem wegen des **Verdachts** verborgen gebliebener Schäden, eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb unfallgeschädigter Kraftfahrzeuge besteht. Die Grundsätze des merkantilen Minderwertes lassen sich auf Bauwerke übertragen. Beim merkantilen Minderwert handelt es sich also um einen Schaden, der auf einer **subjektiven und** eventuell sogar **objektiv unrichtigen Bewertung von Marktteilnehmern** beruht.

Während der technische Minderwert immer durch Tatsachen belegbar ist, handelt es sich bei dem **merkantilen Minderwert** laut Wunderlich um einen sogenannten **Verdachtsminderwert**.

Bei Unterlassung gebotener **konkreter** Hinweise auf merkantile Minderwerte kann der SV selbst in Haftung geraten - allgemeine Angstklausel schützt nicht.

Ansatz für die Betrachtung merkantiler Minderwerte ist nomineller **Verkehrswert des gesamten Objektes** mit Grundstück und auferichtetem Gebäude - also nicht nur das Gebäude bei Gebäudemängeln und auch nicht nur das Grundstück bei Grundstücksmängeln und auch nicht nur die Höhe voraussichtlicher Mangelbeseitigungskosten.

Nach OLG München, Urteil 17.12.2013 - 9 U 960/13, IBR August 2014, 483 Anspruch auf merkantilen Minderwert auch, wenn aus technischer Sicht die Mängel vollständig beseitigt sind. Dieser Minderwert bildet die - **bautechnisch unzutreffende** - Einschätzung der beteiligten Verkehrskreise ab.

Hinsichtlich der Höhe merkantiler Minderwerte bei verschiedenen Mängeln wie Echem Hausschwamm, Verstrahlung, Bergschäden, Putzschäden, Bodenplatte, Tiefgarage, Undichtigkeiten Keller und Dach, Altlasten wird auf Beitrag des Unterzeichners in GuG 2015, 274 ff. sowie der Homepage www.ra-brumme.de im Button „Tätigkeit“ und dort bei „Baurecht“ verwiesen.

I. 4. Der für beide Parteien als Schlichter, technischer Schiedsgutachter oder/und Schiedsgutachter außergerichtlich tätige Privat-SV

Schiedsgutachten

Ein zulässiges Schiedsgutachten als Mittel einer Beweiserhebung setzt eine vor-

herige vertragliche Vereinbarung der Parteien voraus, dass das Ergebnis des Schiedsgutachtens für beide Parteien verbindlich sein soll.

Vorteil liegt darin, dass es bei Einführung in einem streitigen Verfahren eine Bindung des Gerichtes daran gibt.

Nachteile des Schiedsgutachterverfahrens liegen im Wesentlichen darin, dass bei offenbar unbilligem Ergebnis das Schiedsgutachten überhaupt nicht verwertbar ist und eine „Heilung“ durch Anhörung des Gutachters entsprechend § 411 ZPO nicht möglich ist. Auch unrichtiges Schiedsgutachten bindet beide Parteien und das Gericht.

Maßstab „offenbar unrichtig“ kann vertraglich abbedungen werden (OLG Düsseldorf, Urteil 28.03.2008 - 16 U 88/07, IBR 2008, 550).

Zudem ist das Schiedsgutachterverfahren **unzweckmäßig**, wenn an der Entstehung bestimmter Zustände rechtlich oder tatsächlich mehrere Personen beteiligt sind - eine einseitige Einbeziehung von **Dritten** durch eine Partei ist hier nicht möglich.

Daneben ist zu beachten, dass ein Schiedsgutachter nur **rein technische** Fragen zu klären hat. Eine rechtliche Beurteilung durch ihn hat nicht zu erfolgen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.03.2009 - 23 U 82/08, www.ibr-online.de).

Die Schiedsgutachten-Vorschriften der VOB/B §§ 18 Nr. 3, 3 Nr. 4 **bei** wirksamer Vereinbarung der VOB/B nutzen.

II. Der Bau-SV als gerichtlich beauftragter SV im Bauprozess - Berater und dann weisungsgebundener Helfer des Gerichts

Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige (öbuv SV) hat einschlägige Kenntnisse des deutschen Rechts bereits als Bestimmungsvoraussetzung - u.a. DIHK-MSVO 2012 Punkt 3.2.8., SV-Ordnung AK Sachsen 2014 § 3 Nr. 2 lit. i), SV-Ordnung IK Sachsen 2015 § 3 Nr. 2. lit. i).

Der Architekt muss erhebliche Kenntnisse des Baurechts besitzen und anwenden - OLG Brandenburg, Urteil 26.09.2002 - 12 U 6302, IBRRS 2003, 1625; BGH, 10.04.2003 - VII ZR 378/02, IBR 2003, 426 und IBR 2004, 1080.

Gericht hat öbuv SV bevorzugt zur Gutachtenerstattung heranzuziehen - § 404 Abs. 2 ZPO.

Der **öbuv SV muss** gerichtliche Aufträge innerhalb seines Beststellungsgebietes **annehmen und realisieren** - § 404 Abs. 2 ZPO. Ggf. ist mit konkreten Hinweisen des SV eine verfahrensleitende Verfügung des Gerichtes einzuholen.

Hinderungsgründe z.B. wegen Befangenheit durch persönliche Gegebenheiten des SV zu einer Partei oder im Ausnahmefall zum Anwalt einer Partei oder wegen umfangreichen Beratungstätigkeiten für eine Partei hat der SV selbst sofort ungefragt zu offenbaren.

Beweisfrage muss in das **Sachgebiet des Gutachters** fallen - anderenfalls wesentlicher Verfahrensfehler wegen mangelhafter Beweiserhebung mit Anfechtbarkeit des Urteils allein deshalb - OLG Celle, Urteil 30.11.2016 - 14 U 136/16; IBR 2017, 61.

Die Bestellung als gerichtlich bestellter Sachverständiger ist **höchstpersönlich** bindend, sonst Grund zur Ablehnung - OLG Koblenz, Beschluss 08.12.2009 - 14 W 769/09; DS 2010, 157.

Ein von einem Dritten erstelltes Gutachten wird weder verwertet noch vergütet, auch nicht bei Mit-Unterzeichnung durch den ernannten SV - OLG Koblenz, Beschluss 14.11.2012 - 14 W 621/12; IBR 2013, 57 (Bestellung des öbuv SV Meier durch das Gericht ist nicht die Bestellung der Meier-GmbH).

Gutachten durch Gehilfen erstellt: Verlust des Vergütungsanspruchs - OLG Bremen, Beschluss 19.05.2008 - 3 W 36/07; IBR 2008, 698.

Auch hier: **Vertragssoll** einschließlich Prospekt ist entsprechend Beweisbeschluss hinsichtlich Mangel gemäß § 633 BGB bzw. § 13 VOB/B zu prüfen und zu klären.

Dazu gehören der Vertrag selbst, der Leistungsbescrieb, das LV, die Pläne, AVB, ZVB, BVB, ATV, ZTV und ggf. die VOB/C, DIN, EN.

Das **Werk muss in jedem Fall nachhaltig funktionstauglich** und zweckentsprechend **sein** - BGH, Urteil 08.11.2007 - VII ZR 183/05 BauR 2008, 344; BGH-Urteil 21.04.2011 - VII ZR 130/10, IBR 2011, 399 m.w.N..

Daneben muss es (mindestens) den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen - BGH, Urteil 07.03.2013 - VII ZR 134/12, IBR 2013, 269.

Auslegung des Vertrages zu geschuldeten Qualität und der DIN stellt rechtliche Würdigung dar, die dem **Richter** und nicht dem SV **obliegt**. Gericht ist nicht an unrichtige rechtliche Annahmen des SV gebunden. Richter ist aber auf Beratung durch SV angewiesen - OLG Koblenz, Urteil 19.05.2016 - 1 U 204/14; IBR 2016, 497.

Frage, ob bestimmte Ausführungsart in Hinblick auf gerügte Mangelerscheinung den a.a.R.d.T. entspricht und die einschlägigen DIN eingehalten sind, ist zulässig - OLG Karlsruhe, Beschluss 16.01.2017 - 15 W 170/16; IBR 2017, 174.

Danach ist die Ist-Beschaffenheit festzustellen.

Wiederum danach hat eine Bewertung der Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit stattzufinden.

Gemäß § 404a Abs. 2 ZPO soll vor der richterlichen Formulierung der Beweisfrage durch den Richter eine auch telefonische Besprechung mit dem SV zur

Abfassung der Beweisfrage erfolgen, um zielführende Beweisfragen zu formulieren und den SV sachgerecht einzuweisen - Liebheit, IBR 2014, 1251.

Es ist nicht Aufgabe des SV, Rechtsfragen zu entscheiden. Eine technische Soll-Beschaffenheit nach Mindeststandard Q_3 ist nicht die vertraglich geschuldete Qualität Q_2 .

Bei **Zweifeln** des SV **zum Vertrags-Soll** muss er dies gemäß § 407a Abs. 3 ZPO **mit dem Richter** - **nicht** später erst im Ortstermin **mit den Parteien** (!) - klären.

Häufig stecken hinter Baumängeln vom AG gegenüber dem AN zu vertretende Planungsmängel, die wiederum der Planer gegenüber dem AG zu vertreten hat - hier ist notwendige interne Aufklärung des SV zunächst mit dem Richter vorzunehmen, da er sonst möglicherweise bei ungefragter Begutachtung des Planungsmangels auch in Form „verdeckter“ Hinweise befangen wird und Vergütungsanspruch verliert.

Gerichtsgutachter hat anhand ihm vorgegebener oder ermittelter Tatsachen (Anknüpfungstatsachen) seine Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen treffen. SV kann auch Fragen zur technischen Verantwortlichkeit beantworten. Aufgabe des Gerichtes ist es dann, die SV-Ausführungen eigenständig der ihm allein obliegenden Rechtsprüfung zu unterziehen - OLG Düsseldorf, Urteil 13.12.2013 - 22 U 67/13; IBR 2014, 183.

Will SV von gerichtlich vorgegebener Vergleichswertmethode **abweichen** und Ertragswertmethode wählen, muss er **sofort schriftlich** beim **Gericht** nachfragen und dessen **Entscheidung** gem. § 407a Abs. 3 S. 1 ZPO **einholen** - OLG Naumburg, Beschluss 12.12.2013 - 10 W 43/13; IBR 2014, 380.

SV entscheidet, wie er die Symptome am Bauwerk dokumentiert und welche Hilfsmittel er hierfür benutzt - dies ist nicht Aufgabe des Gerichts (LG Gera, Beschluss 17.07.2015 - 3 OH 54/12; IBR 2015, 1109).

Formuliert das Gericht im Beweisbeschluss eindeutig den Sachverhalt, den der SV seiner Begutachtung zugrunde legen soll, begründet der SV die Besorgnis der Befangenheit, wenn er die geschilderten Abläufe als „völlig unvorstellbar“ ansieht - OLG Naumburg, Beschluss 27.03.2014 - 10 W 1/14; IBR 2014, 701.

Erweitert SV den Beweisbeschluss von sich aus um aus seiner Sicht relevante Aspekte, kann er als befangen abgelehnt werden - OLG Dresden, Beschluss 26.05.2015 - 9 W 130/15; IBR 2015, 458.

SV darf auch zum Umfang der technischen Verantwortlichkeit im Rahmen von Verursachungs- bzw. Verantwortungsquoten Ausführungen treffen, die das

Gericht in weiteren Schritt eigenständig rechtlich zu bewerten hat - OLG Düsseldorf, Urteil 22.11.2013 - 22 U 32/13; IBR 2014, 184.

SV darf bei einzelnen Mängeln Einschätzung, Zuordnung und Abgrenzung von Planungs- oder Bauüberwachungsfehlern vornehmen, da dies keine Rechtsfrage, sondern Beantwortung einer ggf. entscheidungserheblichen tatsächlichen Vorfrage ist - OLG Frankfurt, Beschluss 29.06.2000 - 25 W 134/99; IBR 2000, 470.

Es bleibt eine vom Gericht zu entscheidende Rechtsfrage, ob eine bestimmte Baugestaltung in der Vor-, Entwurfs- oder Ausführungsplanung hätte vorgesehen oder bei der Bauaufsicht hätte angefordert werden müssen - OLG Frankfurt, Beschluss 30.11.2010 - 10 W 53/10; IBR 2011, 500.

Konkrete Mangelbeseitigungsmethode ist im Vorschussprozess grundsätzlich bereits festzulegen.

Wenn richtige Sanierungsart bzw. notwendiger Sanierungsumfang im Voraus nicht zu bestimmen ist, dürfen nur die Mindestkosten zuerkannt werden - ungeklärter Rest ist mit Feststellungsantrag bzw. Abrechnungsverfahren vorzubehalten. Mitverantwortung des AG bei Nichtplanung von Teilbereichen und Mangelursache die unterlassene Planung ist - OLG Düsseldorf, Urteil 08.04.2016 - 22 U 164/15; IBRRS 2017, 1226.

Kommen für Werkmangel mehrere selbstständige, alternative Ursachen in Betracht muss grundsätzlich der AG darlegen und beweisen, dass der AN für alle Ursachen mindestens mitursächlich haftet - OLG Düsseldorf, Urteil 29.07.2016 - 22 U 24/16; IBRRS 2017,0958.

AN muss Richtigkeit seines Aufmaßes darlegen und beweisen und bei Geltendmachung geänderter Vergütung für geänderte Leistung im VOB/B-Vertrag Preisfortschreibung anknüpfend an die Auftragskalkulation vornehmen und dafür die Urkalkulation offen legen - OLG Stuttgart, Urteil 10.05.2016 - 10 U 51/15; IBR 2017, 2454

SV kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er für einen nicht unmittelbar und mittelbar am Rechtsstreit beteiligten Dritten ein entgeltliches Privatgutachten zu gleichartiger Fragestellung in gleichartigen Sachverhalt erstattet hat und die Interessen der jeweiligen Parteien in beiden Fällen in gleicher Weise kollidieren können - Möglichkeit, das gerichtliche Gutachten dem Privatgutachten allein deshalb folgt, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, dass der SV im Privatgutachten einen Fehler bzw. eine vertragliche Pflichtverletzung begangen habe (BGH, Beschluss 10.01.2017 - VI ZB 31/16; IBR 2017, 228).

SV kann abgelehnt werden, wenn er in der selben Sache bereits in einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung als SV mitgewirkt hat - BGH, Beschluss 13.12.2016 - VI ZB 1/16; IBRRS 2017, 0332.

1 x Vogel-Zeigen in der mündlichen Befragung: SV befangen und verliert Vergütungsanspruch wegen grob fahrlässigen Fehlverhaltens - OLG Stuttgart, Beschluss 30.07.2014 - 8 W 388/13; IBR 2014, 581.

„Ihre Fragerei geht mir auf die Nerven“: SV befangen - OLG Nürnberg, Beschluss 11.04.2013 - 13 W 616/13; IBR 2013, 498.

SV erhält für Stellungnahme zu Befangenheitsantrag keine Vergütung - OLG Naumburg, Beschluss 14.08.2012 - 10 W 39/12; IBR 2013, 1069; OLG Celle, Beschluss 28.06.2012 - 2 W 171/12; IBR 2012, 485.

Gerichtlich beauftragter Honorar-SV, der begründete Einzelfallbewertung vornimmt, die von der herrschenden Fachmeinung abweicht, ist nicht befangen - OLG Köln, Beschluss 26.09.2014 - 19 W 31/14; IBR 2015, 286.

Weiterarbeit an Gutachten trotz Befangenheitsantrag möglich - Risiko des SV bei erfolgreichem Ablehnungsgesuch hinsichtlich Vergütungsverlust (OLG München, Beschluss 26.03.2012 - 1 W 260/12; IBR 2014, 1234).

Allgemeiner fachlicher Austausch mit Privatgutachter im Rahmen eines Kompetenzzirkels macht gerichtlichen SV nicht befangen - LG Stuttgart, Beschluss 16.06.2016 - 27 O 73/13; IBR 2016, 739.

Wenn der SV nicht die jahrelange wissenschaftlich-kollegiale **Zusammenarbeit** mit einem Beklagten ungefragt anzeigt, besteht Besorgnis der Befangenheit - OLG Celle, Beschluss 10.02.2016 - 1 W 2/16; IBR 2016, 371.

Berufliche Kontakte des SV mit Beklagten auf Fachkongressen, gemeinsamer Mitgliedschaft in Arbeitsgemeinschaften oder Mitarbeit in Forschungsprojekten allein machen SV nicht befangen - OLG München, Beschluss 27.10.2006 - 1 W 2277/06; IBR 2007, 1076; NJW 2007, 1540.

Bei Lücken der Dokumentation und „sachverhaltlicher Fiktion“ zu Gunsten einer Partei und ausdrücklichem Hinweis darauf im Gutachten sowie Erläuterung und Bereitschaft zur Selbstkorrektur bei voller Dokumentation kann SV ursprünglich berechtigtes Misstrauen ausräumen - OLG Frankfurt, Beschluss 17.11.2016 - 8 W 68/16; IBR 2017, 108.

Bei Gerichtsbeschluss zur Ablehnung des SV wegen Besorgnis der Befangenheit kein Rechtsmittel - BGH, Beschluss 22.07.2015 - XII ZB 667/14; IBR 2015, 647.

Bei begründeten Ablehnungsantrag und Unverwertbarkeit des Gutachtens durch Nichtbeantwortung gestellter Ergänzungsfragen Verlust des Vergütungs- und Entschädigungsanspruchs - OLG Naumburg, Beschluss 16.04.2015 - 10 W 57/14; IBR 2015, 640.

Zur Befangenheit wird weiter auf die Seminarunterlage 28.04.2016 Seite 24 f. hingewiesen.

Der **gerichtliche SV muss die Mitarbeit Dritter** an der Gutachtenerstellung, die nicht nur Hilfskräfte sind, vorher **mit dem Gericht abstimmen**. SV kann im Gutachten, das nur er höchstpersönlich erstatten darf, nur eigene Feststellungen mitteilen, da sonst Unverwertbarkeit mit der Folge des Vergütungsverlusts besteht.

Im Fall der Unverwertbarkeit erhält die bloße telefonische Abstimmung mit dem Gericht über notwendige Zuarbeit Dritter gegebenenfalls den Vergütungsanspruch nach JVEG - OLG Celle, Urteil 11.11.2015 - 2 W 229/15; IBR 2016, 50.

Die Äußerung des SV im Rahmen der mündlichen Erstattung und Erläuterung seines Gutachtens, die Stellung eines Beweisantrages durch eine Partei stelle sich als „**Prozesshantel**“ dar, **führt zur Besorgnis der Befangenheit** des SV. Wird das Problem der Befangenheit des SV in der mündlichen Verhandlung erörtert und beantragt die Partei diesbezüglich die Gewährung einer Stellungnahmefrist, liegt keine rügelose Verhandlung zum Ergebnis der Beweisaufnahme und zur Sache vor mit der Folge, dass der Rechtsgedanke des § 43 ZPO nicht entsprechend herangezogen werden kann - OLG Hamm, Beschluss 28.07.2015 - 9 U 160/13; IBR 2016, 51.

Im Ablehnungsverfahren gegen SV wird § 43 ZPO entsprechend angewendet. Lässt sich Partei **nach Anhörung des SV rügelos** zur Sache **ein**, verliert sie ihr **Ablehnungsrecht**, soweit sie nicht Gründe geltend macht, die eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Gutachten erfordern - OLG Bamberg, Beschluss 02.05.2016 - 4 W 38/16; IBR 2016, 555.

Verlust des Ablehnungsrechts gemäß § 43 ZPO tritt **nicht** dadurch ein, dass sich eine Partei **nach Ablehnung des Richters** wegen Besorgnis der Befangenheit auf die weitere Verhandlung einlässt - BGH, Beschluss 26.04.2016 - VIII ZB 47/15; IBR 2016, 557.

Im Fachbereich des SV sind die entsprechenden DIN-Normen Regelwerke, die unabdingbar sind für sachgerechte Gutachtenerstattung. **DIN-Normen** sind als berufliche Grundausstattung des SV **nicht erstattungsfähig** im Rahmen des JVEG - OLG Düsseldorf, Beschluss 04.08.2016, 10 W 235/16; IBR 2017, 55.

Kein Ordnungsgeld gegen SV ohne ihm gemäß § 411 Abs. 2 S. 1 ZPO gesetzte erste Frist und ohne Androhung eines Ordnungsgeldes unter Festsetzung einer

Nachfrist gemäß § 411 Abs. 2 S. 1 ZPO - OLG München, Beschluss 10.01.2017 - 28 W 19/17; IBR 2017, 2307.

Voraussetzung für Einholung eines **Obergutachtens** ist Darlegung der beanstandeten, grundsätzlich methodischen Mängel der Begutachtung - reicht nicht aus, die Ausführungen des SV lediglich als falsch zu rügen (LG Frankfurt/Main, Beschluss 19.07.2016 - 3-09 OH 3/12; IBR 2017, 236).

Selbständiges gerichtliches Beweisverfahren

Dieses Verfahren ermöglicht dem Antragsteller in Person entweder des Bauherrn für die Feststellung von (nicht erreichten) Bautenständen oder Vorhandensein von Mängeln mit Schätzbeträgen der Fertigstellung/Beseitigung oder auch dem AN für die Feststellung von Bautenständen zur Nachweisführung der Fälligkeit von Abschlagszahlungen isolierte und vorweggenommene gerichtliche Beweisaufnahme entsprechend der Zivilprozessordnung (ZPO).

Im selbständigen gerichtlichen Beweisverfahren besteht kein Anwaltszwang (§§ 486 Abs. 4, 78 Abs. 5 ZPO), solange es nur schriftlich durchgeführt wird. Beauftragung und Bevollmächtigung eines branchenkundigen Anwaltes ist zu empfehlen. Im Fall mündlicher Verhandlung besteht Anwaltszwang - OLG Schleswig Beschluss 05.12.1995 - 16 W 224/95, BauR 1996, 590 f..

Antragsgegner dürfen ein oder mehrere konkrete AG oder AN oder/und z. B. der planende/überwachende Architekt des AG jeweils mit vollständiger richtiger (!) konkreter ladungsfähiger Firma, Anschrift und Angabe des gesetzlichen Vertreters mit vollständigem Vornamen und Zunamen sowie Straßen- und Hausnummernanschrift einschließlich PLZ und Ort (keine Postfachanschrift!) sein.

Insbesondere auf Zusätze in der Firmierung wie „& Co. KG“ oder „& Co. KG Carée 1“ achten - in solchem Fall wäre die Angabe einer Firma nur mit „GmbH“ unrichtig und damit hinsichtlich der Beweisergebnisse bei Schweigen der eventuell richtigen Firma nicht verwertbar.

Alle Voraussetzungen eines selbständigen gerichtlichen Beweisverfahrens und das rechtliche Interesse an der Durchführung eines solchen müssen gegenüber jedem einzelnen Antragsgegner dargelegt und glaubhaft gemacht werden.

Dies sind z. B. konkrete Darlegung der Mangelercheinungen/Bautenstände durch den eigenen Planer.

Pauschale Allgemeinbehauptungen wie „das Dach ist mangelhaft“ wäre für eine notwendige konkrete Tatsachenbehauptung nicht ausreichend. Der zumutbare Kenntnisstand des regelmäßig von spezialisierten Planungsbüros beratenen Antragstellers ist zu dessen Lasten zu berücksichtigen.

Die **Fragestellung** „wer dieses mangelhafte Dach **verursacht hat**“, ist **keine konkrete Behauptung**. Es muss konkret dargelegt werden, dass der Antragsgegner die konkret zu bezeichnenden Mangelerscheinungen verursacht hat.

Ausforschungsanträge wie „Antragsgegner als AN belastet mein Nachbargebäude unzulässig“ sind zu unbestimmt und daher unzulässig.

Im Antrag sind gem. § 487 Abs. 3 ZPO die zulässigen Beweismittel konkret zu benennen. Urkundenbeweis und Parteieinvernahme sind unzulässig.

Zulässig sind Einholung SV-Gutachten als fast ausschließlich zulässiges Beweismittel, daneben Inaugenscheinnahme und auch Hörung eines konkreten Zeugen mit vollständigem Namen und ladungsfähiger Anschrift (Benennung mit „N. N.“ ist unzulässig).

Die Zulässigkeitsvoraussetzung hier in Form Besorgnis des Beweismittelverlustes wegen Veränderung des Bau-Feldes sind glaubhaft zu machen, regelmäßig mit Einholung SV-Gutachten, Urkunden und Versicherung an Eides statt (§ 294 ZPO).

Die Auswahl des SV obliegt dem Gericht. Dieses muss einen konkreten SV namentlich (!) benennen - eine Firma/ein Verein ist kein SV.

Der für die Gutachtenerstellung in Frage kommende Personenkreis ist aufgrund der Spezifik des Beweisthemas tatsächlich begrenzt.

Es dürfen keinerlei Gründe für die Ablehnung des SV wegen Befangenheit in Form wirtschaftlicher oder persönlicher Bindungen zu einer Partei oder wegen eigenwirtschaftlicher Betätigung z. B. bei der vorherigen, parallelen oder schon vertraglich gebundenen Planung, der Prüfung der Planung oder Objektüberwachung der Anlagen des Antragstellers und/oder des Antragsgegners vorliegen.

Gerichtlich ernannte SV haften für ihr Gutachten kraft Gesetzes gemäß § 839a BGB unabhängig davon, ob sie beeidigt worden sind oder nicht.

Haftungsbegrenzungen durch Verwendung z.B. von Kopfbögen einer öffentlichen Institution mit der dortigen Angabe eines Haftungsausschlusses greifen nicht. Solche Kopfbögen wären vielmehr Anlass zumindest für die Prüfung der Geeignetheit des SV, der offenbar entgegen der gesetzlichen Regelung nicht für sein Gutachten haften will.

Mit dem Antrag ist eine Gerichtsgebühr sofort einzuzahlen. Diese beträgt bei einem vom Antragsgegner anzugebenden Wert von 500.000,- € dann 2.956,- € und bei 5 Mio. € dann 16.456,- € jeweils rein Netto

Bei der Festsetzung des Streitwertes des selbständigen Beweisverfahrens sind auch vom Antragsteller behauptete, dann jedoch vom SV nicht festgestellte Tatsachen mit Kostenfolgen zu berücksichtigen - BGH, NJW 2004, 3488; OLG Stuttgart, IBR 2006, 310; OLG Naumburg, IBR 2008, 61.

Nach ordnungsgemäßer Einreichung eines vollständigen Antrages beim Gericht wird der Antragsgegner bzw. werden die Antragsgegner regelmäßig zum Antrag gehört.

Das Gericht wird dafür üblicherweise eine Anhörungsfrist von 2 - 3 Wochen festlegen.

Der Antragsgegner muss sich nicht zum Antrag äußern oder an den vom SV anberaumten Ortsterminen oder dem Beweistermin des Gerichtes teilnehmen.

Er ist jedoch auch bei Nichtäußerung und Nichtteilnahme an das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens gebunden (§ 493 ZPO) - Antragstellung gegen den richtigen Antragsgegner und mit richtigem vollständigen Beweisthema vorausgesetzt.

Der Antragsgegner darf gegen den/die Antragsteller einen eigenen **Gegenantrag** stellen (OLG München, Beschluss 07.02.1996 - 27 W 303/95, BauR 1996, 589 f.; OLG Stuttgart, Beschluss 23.02.2004 - 13 W 6/04 Volltext nur ibr-online.de). Dies kann z. B. ein Gegenantrag wegen Bauschäden am Nachbarhaus/ Nachbargrundstück Beeinflussung des Antragsgegners durch den Bau des Antragstellers sein.

Eine **Streitverkündung** gegen Dritte ist auch **zulässig** (BGH, IBR 1997, 172).

Nach Hörung der Antragsgegner entscheidet das Gericht auch bei Nichtäußerung durch den Antragsgegner über den Antrag durch Beschluss.

Im Regelfall wird dabei ein Beweisbeschluss zur Beweisaufnahme durch Beauftragung eines SV nach Einzahlung eines dafür notwendigen weiteren Vorschusses durch den Antragsteller erfolgen.

Der notwendige weitere Vorschuss für die Tätigkeit des gerichtlich beauftragten SV wird sich nach der voraussichtlich notwendigen Tätigkeit des SV richten.

Das Gericht wird regelmäßig die Schätzungsangaben des SV für die Beschlussfassung über die Höhe des dafür vom Antragsteller zu zahlenden weiteren Vorschusses zugrunde legen.

Der SV wird von den Parteien zunächst die aus seiner Sicht notwendigen weiteren Unterlagen wie vollständige Baugenehmigung mit Bauantrag, Statik, Prüfstatik, Baugrundgutachten, Feuerstättenbescheid, Kkehrbuch, wasserrechtliche Erlaubnis in kurzer Frist von regelmäßig 2 - 4 Wochen abfordern.

Nach Eingang der Unterlagen wird er einen Ortstermin zur Inaugenscheinnahme des Baus vornehmen und anhand der dabei getroffenen Feststellungen die eigentlichen Untersuchungen selbst durchführen und ggf. Analysen von akkreditierten (Material-) Labors durchführen lassen.

Es wird hier darauf hingewiesen, dass aus dem zivilprozessual geregelten Prozedere die Beeinflussungsmöglichkeiten der Antragstellerpartei für ein zügiges Verfahren ersichtlich sind - diese sollten auch genutzt werden.

So ist es für die Antragstellerpartei bei Interesse an einem zügigen Verfahrensablauf sinnvoll, die o. g. Unterlagen sofort mit der Antragstellung schon an das Gericht zu übermitteln und einen vorhersehbaren weiteren Kostenvorschuss für den Sachverständigen neben den eigentlichen Gerichtskosten sofort mit einzuzahlen.

Nach Erstellung des Gutachtens und Übermittlung desselben vom SV an das Gericht und vom Gericht an die Parteien ist das selbständige gerichtliche Beweisverfahren dem Grunde nach beendet.

Die Parteien dürfen in einer zumutbaren Frist von ca. 4 Wochen Anträge zur Erläuterung des Gutachtens durch den SV in Form der Beantwortung aufgegebenen Fragen stellen oder allgemein die Anhörung des SV in einem anzuberaumenden Termin im Gericht beantragen. Dann läuft das Verfahren weiter.

Das Gericht wird eine weitere Tätigkeit des SV abhängig von der Abrechnung des SV ggf. von einer weiteren Vorschusszahlung der den jeweiligen Antragstellenden Partei an das Gericht über die Justizkasse machen.

Ein selbständiges gerichtliches Beweisverfahren unterliegt als öffentliches Verfahren keiner Geheimhaltung. Die Parteien verhandeln den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich und damit unter möglicher Beteiligung allgemein oder konkret interessierter Zuschauer.

An der Gerichtstafel werden die laufenden Verfahren einschließlich Angabe der Parteien und mit Termin veröffentlicht.

Ortstermine sind **parteioffentlich** gemäß §§ 357, 404a Abs. 4 ZPO. Daran dürfen also auch neben den Parteien und Anwälten auch sachkundige Berater jeder Partei, jedoch keine Zuschauer teilnehmen.

Die Parteien haben über die Nutzung des örtlich zuständigen Gerichtes im Bezirk des Baus und durch die Anrufung der normalen Zivilkammer oder - bei entsprechender Gerichtsstandvereinbarung bzw. Kaufmannseigenschaft auf beiden Seiten der speziellen Kammer für Handelssachen am jeweiligen Landgericht geringe Möglichkeiten zur Beeinflussung, welcher Richter das Verfahren führt.

Stehen das Landgericht und die betreffende Kammer konkret fest, richtet sich die Bearbeitung des Verfahrens durch welchen Richter nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichtes und dem Eingang des Antrages einschließlich Anfangsbuchstaben der Antragsgegnerfirma.

Bei Kenntnis der konkreten örtlichen Richterschaft kann daher im Prinzip von der Antragstellerpartei nur entschieden werden, welche Kammer und damit welche Richter das Verfahren nicht führen sollen.

Bei Ablehnung eines Obergutachtens im Selbstständigen Beweisverfahren kein Rechtsmittel - OLG Celle, Beschluss 28.09.2010 - 4 W 168/10; IBR 2011, 123.

Für ein Gerichtsverfahren muss die Kriegskasse gefüllt sein!

Die Kosten eines gerichtlich zu beauftragenden SV zwecks Beweisaufnahme sind meistens die höchsten Kosten des Verfahrens überhaupt und übersteigen die eigentlichen Gerichtskosten sowie die Anwaltsvergütung deutlich.

Bei genehmigungspflichtigen Bauvorhaben gibt es in Deutschland **keine Rechtsschutzversicherung** für Baustreitigkeiten.