

### Thema: Beweissicherung / Allgemein

#### 1. Einleitung

In vielen Lebensbereichen verweisen Beteiligte bei Vorliegen von Schäden oder Mängeln auf andere Personen, bestreiten ihre Verantwortlichkeit oder wenden zumindest ein, dass die bezifferten Aufwendungen zu hoch seien. Besonders häufig treten derartige Situationen im Baurecht, aber auch im Mietrecht auf.

Es stellt sich daher für den Geschädigten die Frage, wie er vorgehen soll, wenn die Beteiligten die Verantwortlichkeit bestreiten und auf andere Ursachen verweisen.

In derartigen Situationen wäre eine Klage gegen alle eventuell in Frage kommenden Schadensverursacher mit hohen Kostenrisiken verbunden. Faktisch ist darüberhinaus eine bezifferte Zahlungsklage mangels Kenntnis der erforderlichen Maßnahmen und den dafür anfallenden Kosten unmöglich. Dem Geschädigten bleibt also letztlich nichts anderes übrig, als hier eine **“vorprozessuale Aufklärung”** zu betreiben. Dafür stehen ihm grundsätzlich drei Möglichkeiten zur Verfügung:

- **Privatgutachten**
- **Schiedsgutachten**
- **Selbständiges Beweisverfahren**

Nachfolgend werden die Auswahlkriterien (2.) sowie die Anwendungsbereiche bzw. Vor- und Nachteile der einzelnen Beweismittel (3.-5.) dargestellt:

#### **Tipp:**

Der Geschädigte sollte unabhängig von diesen drei Möglichkeiten natürlich niemals darauf verzichten, eigenständig Mängel oder Schäden zu dokumentieren, beispielsweise mit Hilfe von Videos und Lichtbildern. Bei Fehlen der Eigenkenntnis ist die Hinzuziehung von Ratgebern unerlässlich. Dies können z.B. in Technikfragen Architekten, Ingenieure oder andere Handwerker sein, bzw. in Rechtsfragen ein Rechtsanwalt mit entsprechendem Tätigkeitsschwerpunkt.

#### 2. Auswahlgesichtspunkte

Es stellt sich nun die Frage, welche der o.g. drei Möglichkeiten im konkreten Fall vorzugswürdig ist. Ein allgemeines Rezept hierfür gibt es nicht, allerdings sind bei der Auswahl zwischen Privatgutachten, Schiedsgutachten und selbständigem Beweisverfahren folgende Gesichtspunkte wichtig:

### **2.1. Eilbedürftigkeit:**

Ein entscheidender Gesichtspunkt kann die Eilbedürftigkeit sein. Beispiele hierfür sind drohende schwere Schäden (Wasser dringt über Dach in das Bauwerk ein) oder unaufschiebbare Maßnahmen (drohender Stillstand Baustelle).

Bei dieser Fallgruppe ist grundsätzlich das Privatgutachten am geeignetsten. Es kann bereits ausreichend sein, dass der Sachverständige lediglich den Ortstermin wahrgenommen hat. Der Mangel/Schaden kann dann vor Erstattung des schriftlichen Gutachtens bereits nach den mündlichen Angaben des Sachverständigen beseitigt werden.

Auch ein Schiedsgutachten kann noch in überschaubarer Zeit erstattet werden, sofern sich die Beteiligten einig sind.

Bei einem selbständigen Beweisverfahren wird in der Regel sehr viel Zeit vergehen und ist unter diesem Gesichtspunkt daher die ungeeignetste Möglichkeit.

### **2.2. Bindungswirkung/Verwertbarkeit**

Ein entscheidender Gesichtspunkt kann auch die Bindungswirkung/Verwertbarkeit für die Beteiligten sein.

Bei dieser Fallgruppe ist im Falle eines Schiedsgutachtens die stärkste Form der Bindung gegeben, auf Grund des getroffenen Schiedsgutachtervertrags.

Beim selbständigen Beweisverfahren ist zumindest die Sicherheit vorhanden, dass das erstellte Gutachten später im Hauptprozess vorliegt und in den Prozess eingeführt wird.

Ein Privatgutachten dagegen hat die geringste Bindungswirkung/Verwertbarkeit für die Beteiligten bzw. den Auftraggeber. Der Sachverständige eines Privatgutachtens kann aber unter Umständen als sachverständiger Zeuge für einen späteren Hauptprozess benannt werden, so dass das Privatgutachten vom Gericht zumindest nicht einfach übergangen werden kann.

### **2.3. Aufklärungsumfang**

Ein entscheidender Gesichtspunkt kann auch der Aufklärungsumfang für die Beteiligten sein.

Bei dieser Fallgruppe kann der Sachverständige eines Privatgutachtens eine selbständige Ermittlungstätigkeit ausüben, d.h. selbständig Sachfragen nachgehen, um die Ursachen für einen Mangel/Schaden herauszufinden. Der Auftraggeber allein bestimmt die Grenzen.

Beim Schiedsgutachten, das meist von mehreren Beteiligten in Auftrag gegeben wird, besteht bereits auf der unterschiedlichen Interessenlage eine Einschränkung des Umfangs der Sachverständigentätigkeit.

Bei einem selbständigen Beweissicherungsverfahren ist eine Ausforschung ausgeschlossen. Der Sachverständige darf keinerlei Tätigkeiten vornehmen, die außerhalb des Beweisbeschlusses liegen.

#### **Tipp:**

Bereits diese kurzen Ausführungen zeigen, dass die Wahl zwischen den verschiedenen Möglichkeiten der vorprozessualen Aufklärung von unterschiedlichen Faktoren abhängen. Jede der drei Möglichkeiten hat ihre Vor- und Nachteile. Je mehr Gewicht bei einem der drei genannten Auswahlkriterien im konkreten Fall liegt, desto klarer wird die Entscheidung für eines der Beweismittel ausfallen.

### 3. Privatgutachten

Eine Möglichkeit - ohne Einbeziehung des Gerichts und ohne Vereinbarung mit dem Gegner - ist das Privatgutachten. Dies entbindet aber nicht davon, auf eine entsprechende Qualifikation des ausgewählten Gutachters zu achten. Die Bestellung zum öffentlich vereidigten und bestellten Sachverständigen ist dabei ein Anhaltspunkt.

#### Praxisanwendungen:

- absolute Eilbedürftigkeit
- Überprüfung der Bauleistungen auf weitere Mängel
- Klärung der Frage, ob und welche Ansprüche letztlich gerichtlich geltend gemacht werden. Dies kann nützlich sein, weil der Antragsgegner in einem selbständigen Beweissicherungsverfahren bei Hinzuziehung eines Rechtsanwalt und negativem Ausgang für den Antragsteller einen Kostenerstattungsanspruch geltend machen kann.
- Erschütterung eines bereits erstellten Sachverständigengutachtens, beispielsweise im Rahmen eines selbständigen Beweissicherungsverfahrens oder eines Hauptsacheprozesses, um die notwendigen Voraussetzungen für eine neue Begutachtung zu schaffen.

Die Kosten eines Privatgutachtens können im Einzelfall auch erstattungsfähig sein, beispielsweise in Bausachen als Schaden nach dem § 634 Nr. 4, 280, 281 BGB bzw. § 13 Nr. 7 VOB/B. Die Beauftragung eines Privatgutachters ist beispielsweise vertretbar und erforderlich, wenn nicht unerhebliche Mängel vorliegen. Man spricht insofern von einem "materiell rechtlichen Kostenerstattungsanspruch".

Die Kosten des Privatgutachtens können auch im Rahmen einer gerichtlichen Kostenentscheidung berücksichtigt werden, wenn dieses "zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung" notwendig war. Allerdings ist hierzu die Rechtssprechung zum Umfang der Erstattungsfähigkeit im Rahmen der prozessualen Kostenfestsetzung nicht einheitlich und risikobehaftet.

#### Nachteil des Privatgutachtens:

- Ein Privatgutachten hat keinerlei Bindungswirkung. Sofern die Feststellungen eines Sachverständigen im Privatgutachten von der Gegenseite bestritten werden, ist das Gericht in der Regel verpflichtet, ein Sachverständigengutachten einzuholen, was erhebliche Verzögerungen bedeuten kann. Ein Privatgutachten ist bei einer rechtlichen Auseinandersetzung vor Gericht als Gutachten nur bei Zustimmung des Gegners verwertbar, was so gut wie nie der Fall sein wird.
- Keine Hemmung bzw. Neubeginn Verjährung
- Wirkung eines Privatgutachtens ist begrenzt, allenfalls einsetzbar als sachverständiger Zeuge bzw. qualifizierter Parteivortrag
- Kosten für einen Privatgutachter können höher sein, da kein Gebührenrahmen vorgegeben ist
- Erstattungsfähigkeit des Privatgutachtens begrenzt, nur mühsam möglich

#### Vorteile des Privatgutachtens:

- Verfahren ist nicht gesetzlich geregelt, damit sind keine Formalitäten zu beachten
- zeitsparend und kurzfristiger Erhalt des Gutachtens als gerichtliches Beweisverfahren und Schiedsgutachterabrede, da Gericht überhaupt nicht beteiligt ist und Verhandlungen über einen Schiedsgutachtervertrag entfallen

- Privatgutachter in Tätigkeiten nicht begrenzt, kann ausforschen und auch andere Ursachen aufklären, um zielführendes Vorgehen zu ermöglichen
- Auftraggeber kann Person des Privatgutachtens frei bestimmen

#### 4. Schiedsgutachten

Eine Möglichkeit, Streitigkeiten von Parteien über bestimmte Tatsachen ohne ein gerichtliches Verfahren beizulegen, ist die Schiedsgutachtervereinbarung. Der Schiedsgutachtervertrag wird als vertragliche Vereinbarung der Parteien, durch die sie die Feststellung von einzelnen Tatsachen, einzelnen Tatbestandselementen und die Ergänzung bzw. Abänderung des Parteiwillens einem oder mehreren außenstehenden Dritten (Schiedsgutachter) übertragen, definiert. Das Schiedsgutachten dient der Streitentscheidung und der Streitvorbeugung. Es ist eine Sonderform eines Streitbeilegungsmechanismus.

#### Praxisanwendungen:

- Feststellung eines Aufmasses als Voraussetzung für die Berechnung der Vergütung
- Preisermittlung bei Änderung der Bauausführung oder Nachtragspositionen
- Feststellung von Schäden/Mängeln, den erforderlichen Beseitigungsmaßnahmen und Kosten sowie der Verantwortlichkeit der Beteiligten
- Feststellung des Bautenstandes bei Kündigung oder Insolvenz

Die Kosten des Schiedsgutachtens sollten vertraglich geregelt werden. Regelmäßig wird vereinbart, dass die Kosten des Schiedsgutachters und die außergerichtlichen Kosten der Parteien nach dem entsprechenden Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien getragen werden. Die auf die jeweilige Partei entfallende Kostenquote wird vom Sachverständigen gemäß § 317, 319 BGB bestimmt.

Es sollte auch vereinbart werden, dass die Vertragsparteien einen vom Sachverständigen evtl. angeforderten Kostenvorschuß jeweils zur Hälfte bezahlen, bis die Kosten nach Abschluß des Schiedsgutachtens verbindlich vom Schiedsgutachter festgelegt werden.

#### Nachteil des Schiedsgutachtens:

- Kosten für einen Schiedsgutachter können höher sein, da der Gutachter nicht an Gebührenordnung gebunden ist.
- Ein offenbar unrichtiges oder unbilliges Schiedsgutachten, ist überhaupt nicht verwertbar und nicht heilbar.
- Eine nachträgliche Einbeziehung Dritter durch eine Partei ist nicht möglich.
- Einem Schiedsgutachten müssen sämtliche Beteiligte zustimmen, was schwierig sein kann.
- Schiedsgutachter kann nicht wegen Befangenheit abgelehnt werden, da die § 1032, 1045 ZPO nicht entsprechend anwendbar sind.
- keine Bindung des Haftpflichtversicherers an Schiedsgutachten, weil es sich um keine "Entscheidung" i.S.d. § 3 Ziff. II 1, I AHB handelt. Rücksprache des Versicherungsnehmers mit Versicherung notwendig, falls Deckung besteht, um Deckungsprozeß zu vermeiden!

#### Vorteile des Schiedsgutachtens:

- Das Schiedsgutachtenverfahren ist gesetzlich nicht geregelt, damit auch keinen lästigen Formalitäten unterworfen.
- Zeitsparender und kurzfristiger Erhalt eines Gutachtens als das gerichtliche Beweisverfahren, da ein Gericht überhaupt nicht beteiligt ist.
- Kostentragung ist beim Schiedsgericht zwischen den Parteien frei vereinbar.

- Bindungswirkung/Verwertbarkeit ist ähnlich wie bei einem gerichtlichen Sachverständigengutachten, da das Gericht an die Feststellung des Schiedsgutachtens gebunden ist.
- Verjährungshemmung, § 205 BGB

### **5. Selbständiges Beweisverfahren**

Eine Möglichkeit, Streitigkeiten zweier Parteien über bestimmte Tatsachen beizulegen, ist das selbständige Beweisverfahren nach dem § 485 ff ZPO. Es unterscheidet sich von Schiedsgutachtenabreden durch die Beteiligung des Gerichtes. Allerdings haben diese beiden Verfahren trotzdem ähnliche Züge, da das gerichtliche Beweisverfahren nach § 485 Abs.2 ZPO ebenfalls einer vorprozessualen Aufklärung dient.

#### **Praxisanwendungen:**

- Feststellung eines Aufmasses als Voraussetzung für die Berechnung der Vergütung
- Preisermittlung bei Änderung der Bauausführung oder Nachtragspositionen
- Feststellung von Schäden/Mängeln, den erforderlichen Beseitigungsmaßnahmen und Kosten sowie der Verantwortlichkeit der Beteiligten
- Feststellung des Bautenstandes bei Kündigung oder Insolvenz

Die Kosten eines Beweisverfahrens gehören zu den Kosten der Hauptsache und werden von der dortigen Kostenentscheidung erfaßt. Je nach Obsiegen bzw. Unterliegen trägt die Partei die Kosten.

Nicht abschließend geklärt ist es, wenn es zu keinem Hauptprozess kommt. Dies betrifft die Fälle eines unzulässigen Antrags auf Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens bzw. den Fall einer Erledigungserklärung bzw. Rücknahme eines Beweisantrags.

Nach Abschluß eines selbständigen Beweisverfahrens kann der Antragsgegner nach § 494 a ZPO eine Fristsetzung zur Klageerhebung beantragen. Wird diese nicht eingehalten, hat der Antragsteller die Kosten des Antragsgegners zu tragen.

Dies bedeutet, im Falle eines negativen Ausgangs eines Beweissicherungsverfahrens muss der Antragsteller mit Auferlegung der Kosten des Antragsgegners rechnen. Es kann daher sehr gefährlich für den Antragsteller sein, jeden theoretisch möglichen Antragsgegner in das Verfahren zu ziehen, auch wenn seine mögliche Verantwortung völlig unrealistisch ist. Die Folge kann eine erhebliche Kostenlast sein.

#### **Nachteile** des selbständigen Beweisverfahrens:

- Antragsteller muss eine Reihe von Formalitäten beachten
- Gericht kann Antrag auf ein gerichtliches Beweisverfahren ablehnen
- Ein gerichtliches Beweisverfahren kann sehr zeitaufwendig sein im Verhältnis zum Privatgutachten oder Schiedsgutachten, da die Gerichte stark belastet sind und die Sachverständigen an einen vorgeschriebenen Gebührenrahmen gebunden sind.
- Kosten für ein selbständiges Beweisverfahren können sehr hoch sein, wenn das Verfahren gegen mehrere Antragsgegner geführt wird und diese Rechtsanwälte einschalten und das Gutachten negativ ausfällt.

#### **Vorteile** des selbständigen Beweisverfahrens:

- Verfahren ist gesetzlich geregelt, damit ist auch Rechtssicherheit gegeben
- Kosten bleiben für den Gutachter im Rahmen, da Gebührenrahmen vorgeschrieben ist
- Geringe Kostenlast, da kein Hauptsacheverfahren stattfindet mit den dort erheblich höher anfallenden Gebühren und man sich evtl. ein derartiges gerichtliches Verfahren erspart.

- Unmittelbare Verwertbarkeit des Ergebnisses des selbständigen Beweisverfahrens im Hauptsacheverfahren, § 493 Abs. 1 ZPO
- Einvernehmliche Regelung mit Antragsgegner oder sonstigen Dritten ist nicht erforderlich
- Keine nachträgliche Einbeziehung Dritter durch eine Partei ist mittels Streitverkündung nach § 72 ff ZPO möglich.
- Sachverständiger kann wegen Befangenheit gem. § 492 in Verbindung mit § 406 ZPO abgelehnt werden.
- Verjährungshemmung, § 205 BGB

#### **6. Zusammenfassung:**

Im Ergebnis zeigt sich, dass vorprozessuale Aufklärung notwendig ist. Jedes der genannten drei Möglichkeiten, sei es Privatgutachten, Schiedsgutachten oder selbständiges Beweisverfahren hat ihre Vor- oder Nachteile. Welches Mittel letztlich gewählt wird, hängt von einer Reihe Faktoren ab, ein Allheilmittel gibt es nicht. Die Gewichtung zwischen Eilbedürftigkeit, Bindungswirkung/Verwertbarkeit und Erforderlichkeit der Ausforschungen sind ausschlaggebend.