

Sachverständigenforum Münster
Vortrag vom 28.09.2015

Thema

Schnellere Alternative zum selbständigen Beweisverfahren
Die Rechtsprechung zum Prognoserisiko -
Keine Haftung des Privatgutachters !?

Christoph Stähler

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Arbeitsrecht



- I. Vorstellung Stähler Rechtsanwälte
- II. Vor- und Nachteile des selbständigen Beweisverfahrens
- III. Alternative: Mangelbeseitigung

Vorstellung Stähler Rechtsanwälte

Strategische Ausrichtung von Rechtsanwaltskanzleien

Allgemeinanwalt

Ein Anwalt ohne
Spezialisierung

Fachanwalt

Ein spezialisierter
(Fach-) Anwalt

Allgemeinkanzlei

Mehrere Anwälte mit jeweils
unterschiedlichen
Spezialisierungen
in einer Kanzlei

Fachkanzlei

Mehrere auf ein Gebiet
spezialisierte (Fach-) Anwälte
in einer Kanzlei



Fachkanzlei für das private Bau- und Architektenrecht



Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht

Fachanwaltschaften und Spezialisierungen

- Arbeitsrecht
- Miet- und Wohnungseigentumsrecht
- Versicherungsrecht
- Insolvenzrecht

Ausgelagerte Rechtsabteilung
für die am Bau beteiligten
Unternehmen und
Planungsbüros

Problemaufriß:

Ein Mangel wurde festgestellt, müsste eigentlich schnell behoben werden, aber es kommt zum Streit. Der Bauherr steht vor der Frage:

Mangel belassen, um keine Beweise zu verwischen?

- Durchführung eines gerichtlichen selbständigen Beweisverfahrens
- Mangelbeseitigung

Mangel beheben, um (Folge-)schäden zu vermeiden?

- Mangelbeseitigung
- Gerichtliche Geltendmachung der Kosten

1. Alternative: Mangel belassen, um keine Beweise zu verwischen.

Sicherung des Beweises durch das gerichtliche

selbständige Beweisverfahren



Vorteile des selbständigen Beweisverfahrens

Ablauf eines Verfahrens bei Gericht

Klageverfahren

Klagezustellung
Verteidigungsanzeige
Klageerwiderung
Replik
Duplik
mündliche Verhandlung
Beweisbeschluss
Vorlage SV-Gutachten

Selbständiges Beweisverfahren

Antragszustellung
↓
Antragserwiderung

↓
Beweisbeschluss
Vorlage SV-Gutachten

Zeitvorteil bis zum Beweisbeschluss: ca. 6 Monate

Nachteile des selbständigen Beweisverfahrens

**Im selbständigen Beweisverfahren werden
keine Rechtsfragen geklärt!**

Exkurs: Was ist ein Mangel?

Das Werk ist frei von Sachmängeln,
wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat.



Beispiele zur Auslegung des Vertrages

BGH, Urteil vom 04.06.2009 - [VII ZR 54/07](#)

Welcher Schallschutz für die Errichtung von Eigentumswohnungen geschuldet ist, ist in erster Linie durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln. Wird ein üblicher Qualitäts- und Komfortstandard geschuldet, muss sich das einzuhaltende Schalldämm-Maß an dieser Vereinbarung orientieren. Der Umstand, dass im Vertrag auf eine "Schalldämmung nach DIN 4109" Bezug genommen ist, lässt schon deshalb nicht die Annahme zu, es seien lediglich die Mindestmaße der DIN 4109 vereinbart, weil diese Werte in der Regel keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen sind, die üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genügen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 14.06.2007 - [VII ZR 45/06](#), IBR 2007, [473](#) ff).

BGH, Urteil vom 21.11.2013 - [VII ZR 275/12](#)

Ob eine Hof- und Zugangsfläche einer Wohnanlage ein Gefälle zum leichteren Abfluss von Oberflächenwasser haben muss, kann nicht allein danach beurteilt werden, dass es in der Baubeschreibung nicht vorgesehen und auch nicht zwingend erforderlich ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Besteller ein solches Gefälle nach den dem Vertrag zu Grunde liegenden Umständen, insbesondere dem vereinbarten Qualitäts- und Komfortstandard, erwarten kann.

Fazit:

Das selbständige Beweisverfahren ist nur selten das geeignete Mittel.

1. Es dauert regelmäßig sehr lange. In der Zeit kann der Bauherr den Mangel nicht beseitigen.
2. Es werden keine Rechtsfragen geklärt, sodass sich häufig ein Hauptsacheverfahren anschließt.
3. Es verursacht zusätzliche Kosten.

2. Alternative: Mangelbeseitigung

Problemaufriß

Ein Mangel wurde festgestellt, müsste eigentlich schnell behoben werden, aber es kommt zum Streit. Der Bauherr steht vor der Frage:

Warum den Mangel nicht beheben?

Weil die Gegenseite

- das Vorhandensein eines Mangels und
 - die Erforderlichkeit der Mangelbeseitigungsmaßnahme bestreiten wird.
- 

Beispiel: BGH, Urteil vom 07.03.2013 - [VII ZR 119/10](#)

Ein Bauherr beauftragt einen Tischler mit der Lieferung und dem Einbau von Fenstern. Schon während der Bauausführung kommt es zu Wasser- und Windeintritten, welche der Tischler nicht beseitigen kann. Ein privater Sachverständiger kommt zu dem Ergebnis, dass die Fenster konstruktionsbedingt nicht dicht seien und ausgetauscht werden müssten. Der Bauherr setzt dem Tischler unter Androhung der Auftragsentziehung eine Frist zum Austausch der Fenster und kündigt nach erfolglosem Fristablauf den Vertrag. Er beauftragt ein Drittunternehmen mit der Lieferung und dem Einbau neuer Fenster und verklagt den Tischler auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten.

Das Gericht erhebt Beweis. Der Gerichtsgutachter kommt zu dem Ergebnis, dass es zur Beseitigung der Mängel der Fenster ausgereicht hätte, deren Falzdichtungen auszutauschen. Daher weist das OLG die Klage des Bauherrn ab. Dagegen wendet sich der Bauherr mit seiner vom BGH zugelassenen Revision.

Erfolgreich! Der BGH hebt das OLG-Urteil auf, weil dessen Begründung die Entscheidung nicht trägt.

Der Auftraggeber kann **Erstattung der Fremdnachbesserungskosten** verlangen, die er **als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen** halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Mängelbeseitigungsmaßnahme handeln muss.

Hat sich der Auftraggeber **sachkundig beraten** lassen, kann er regelmäßig die **Fremdnachbesserungskosten verlangen**, die ihm **aufgrund dieser Beratung entstanden** sind.

Das mit der sachkundig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Dieser hat deshalb die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen.

Das OLG hat diese Grundsätze nicht zutreffend angewandt. Der Bauherr hat seine Entscheidung, zur Mängelbeseitigung die Fenster auszutauschen, auf der Grundlage sachverständiger Beratung getroffen. Der Bauherr durfte deshalb, wenn die Voraussetzungen der Ersatzvornahme vorgelegen haben, diese Maßnahme beauftragen.

„Dass der im Nachhinein vom Berufungsgericht bestellte Gutachter einen Austausch der Fenster nicht für erforderlich hielt, geht zu Lasten der Beklagten zu 2 [Anm.: des Tischlers] und kann der Klägerin [dem Bauherrn] nicht entgegengehalten werden.“

Hinweis:

Der Auftragnehmer trägt auch das Risiko eines Fehlschlags der Ersatzvornahme, sofern der Auftraggeber den anderen Unternehmer mit der gebotenen Sorgfalt ausgewählt hat.



OLG Hamm, Urteil vom 25.11.2014 - [24 U 64/13](#)

Der Bauträger veräußert an die Erwerberin eine Eigentumswohnung. Es kommt zu Feuchtigkeit in der Wohnung wegen Abdichtungsmängeln im Übergangsbereich zur Dachterrasse. Einer ergebnislosen Nachbesserungsfrist folgt die Selbstvornahme der Erwerberin, die durch einen Privatgutachter beraten war. Hierbei wird die ursprünglich gefällelos verlegte Dachkonstruktion durch eine Gefälledämmung ersetzt. Das führt dazu, dass der ursprünglich ebenerdige Terrassenausgang mit einer ca. 40 cm hohen Schwelle erhöht und die ursprünglich großzügig angelegte Fensterfront ausgetauscht und verkleinert wird.

Die Schadensersatzklage der Erwerberin weist das Landgericht Münster ab. Der Austausch der Terrassentürelemente sei nach den Feststellungen des Gerichtsgutachters nicht erforderlich gewesen und stelle einen Verstoß gegen Schadensminderungspflichten dar.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Erwerberin.

Das OLG Hamm gibt der Erwerberin Recht.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit von Mängelbeseitigungsmaßnahmen ist auf den Aufwand und die Kosten abzustellen, die der Besteller bei **verständiger Würdigung** im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als **vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr** aufgrund **sachkundiger Beratung oder Feststellung** für erforderlich halten durfte und konnte, wobei es sich insgesamt um **vertretbare Maßnahmen** der Schadensbeseitigung oder Mängelbeseitigung handeln muss.

Der **Erstattungsanspruch** des Bestellers ist **erst dann gemindert**, wenn die **Grenzen des von ihm für erforderlich haltbaren Aufwands überschritten** sind und er **bei der Auswahl des Drittunternehmers die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet** hat.

Praxishinweis:

Auf die objektive Erforderlichkeit teurer Sanierungsarbeiten kommt es somit nicht an. Entscheidend ist im Rahmen der benannten Grenzen, was der **Besteller subjektiv für erforderlich halten durfte**.

Folge im konkreten Fall:

Kosten der Gefälledämmung

Kosten des kleineren Fensters

=> ca. 7.000,00 €

Schadenersatz Nutzungsbeeinträchtigung/-ausfall für die Bauzeit

(Minderung Wohnwert 45 % = 500,00 €/Monat)

=> 1.500,00 €

Wertminderung (Minderung des Verkehrswertes der Wohnung)

Problemaufriß

Warum den Mangel nicht beheben?

Weil die Gegenseite

- das Vorhandensein eines Mangels und
- die Erforderlichkeit der Mangelbeseitigungsmaßnahme bestreiten wird.

Das Vorhandensein eines Mangels muss der Auftraggeber immer beweisen.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Mangelbeseitigung trägt der Auftragnehmer das Einschätzung- und Prognoserisiko!

Fazit:

Das selbständige Beweisverfahren kostet Zeit und Geld.

Bei der Mangelbehebung geht der Auftraggeber mit den Kosten in Vorleistung. Aber bekommt sie wieder, wenn er das Vorhandensein eines Mangels beweist (was er ohnehin beweisen muss).

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Mangelbeseitigung trägt der Auftragnehmer das Einschätzung- und Prognoserisiko!

Und was ist mit der Haftung des Privatgutachters im Falle einer Fehleinschätzung?

Auftraggeber ← → Auftragnehmer



Sachverständiger

- Gerade weil der Auftragnehmer das Prognoserisiko, also das Risiko der Fehleinschätzung des Privatgutachters trägt, hat der Auftraggeber keinen Schaden.
- Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch gegen den Sachverständigen, weil er keinen Vertrag mit dem Privatgutachter hat.

Stähler Rechtsanwälte



Stähler Rechtsanwälte

Johann-Krane-Weg 10

48149 Münster

Fon: 0251 919180

Fax: 0251 9191819

Mail: info@staehler-rae.de