

## **Schiedsgutachten (J.K.)**

1. Bei den Meinungsverschiedenheiten und Streitfragen am Bau und zwischen den am Bau Beteiligten handelt es sich in der Regel nicht um komplizierte Rechtsfragen, die von Juristen und insofern vom Gericht entschieden werden müssen, sondern um Sachverständigenfragen, die deshalb am Besten unmittelbar vom Sachverständigen beantwortet werden sollten. In vielen Fällen ist deshalb der Umweg und der Gang zum Gericht nicht notwendig und man kann sich diesen ersparen, wenn man sich gleich an den hierfür ausgewählten Sachverständigen wendet, man sich von diesem unmittelbar sagen lässt, was er von der Sache hält und man sich dann natürlich auch dem sachkundigem Urteil dieses Schiedsgutachters unterwirft. Ein Urteilspruch des Gerichts ist ohnehin bei solchen Sachverständigenfragen meist auf die Aussage des gerichtlichen Sachverständigen angewiesen und nicht selten ist festzuhalten, dass das Gericht dem Gutachten des von ihm beauftragten Sachverständigen folgt, ohne sich mit der zu Grunde liegenden Sachverhaltsfrage wirklich auseinanderzusetzen .

Haben deshalb die zu Grunde liegenden Meinungsverschiedenheiten ihre Ursache und ihre Kernproblematik in von Sachverständigen zu beantwortenden Sachverhalten, bietet sich zur Lösung dieser Streitfragen das Schiedsgutachtenverfahren durch einen Sachverständigen förmlich an.

2. Die Vorteile eines solchen Schiedsgutachtenverfahrens liegen auf der Hand. Es sind

- . die kürzere Verfahrensdauer,
- . die geringeren Verfahrenskosten . und insbesondere
- . die Möglichkeit der Auswahl eines kompetenten, erfahrenen und für die jeweilige Streitproblematik prädestinierten Sachverständigen.

Die Bedeutung des zuletzt genannten Vorteils kann nicht hoch genug hervorgehoben werden. Ein erheblicher Frust des gerichtlichen Beweisverfahrens bei allen Beteiligten liegt insbesondere darin, dass der vom Gericht bestellte Sachverständige nach Auffassung der Parteien für die zu Grunde liegende Sachverhaltsproblematik nicht ausreichend sachkundig ist, insofern also die Zufallsentscheidung des Gerichts, diesen für dieses Verfahren ausgewählt zu haben, »in die Hose ging«.

Dem gegenüber sind die Nachteile eines solchen Verfahrens abwägbar. Die Schwierigkeiten bei einer eventuellen Befangenheit des Sachverständigen können vertraglich geregelt werden (s. unten). Die mangelnde Bindungswirkung eines solchen Schiedsgutachtens mit verbindlicher Wirkung gegenüber Dritten muss in der Tat manchmal dazu führen, dass ein gerichtliches Beweisverfahren zwingend durchgeführt werden muss, da nur auf diese Weise das Gutachtenergebnis durch eine Streitverkündung gegenüber dem Dritten Bindungswirkung hat.

3. In der Praxis ist häufig festzustellen, dass die Parteien oder zumindest eine Partei Angst vor einer Bindungswirkung eines solchen Sachverständigengutachtens hat und wegen dieser Angst, dass man nicht weiß, welches Ergebnis der Gutachter herausbekommt, Abstand von diesem Schiedsgutachtenverfahren nimmt. Insofern ist man deshalb lieber bereit, das »Lotterielos« vor Gericht mit dem Ergebnis des vom Gericht beauftragten Sachverständigen - teilweise losgelöst von dessen Sachwissen - als »gottgewollt« zu akzeptieren.

Schon der Vergleich mit dem in einem Gerichtsverfahren erzielten Gutachten und der dadurch eintretenden Bindungswirkung zeigt, dass diese Angst als Argument gegen das Schiedsgutachtenverfahren wenig logisch ist. Diese Angst ist auch deshalb nicht begründet, da der Inhalt und der Gegenstand dieses Schiedsgutachtenverfahrens beschränkt werden und, darüber hinaus man durch zu treffende Vereinbarungen (s. unten) diese Angst zurückschrauben kann.

4. Für den Bauvertrag bietet sich die Vereinbarung eines Schiedsgutachtenverfahrens bei folgenden Streitfragen an:

- . Meinungsverschiedenheiten über Abrechnungsmengen (Aufmasse, Anzahl von Stunden etc.);
- . Meinungsverschiedenheiten über den tatsächlich erbrachten Leistungsstand z. B. bei Kündigung, Baustopp, Insolvenz;
- . Meinungsverschiedenheiten über die übliche Vergütung;
- . Meinungsverschiedenheiten über die fachgerechte Herstellung der Leistungen, d. h. ob Leistungen mangelhaft sind, ob und inwieweit Mangelbeseitigungsmaßnahmen möglich sind und welche ggf. durchzuführen sind;
- . Meinungsverschiedenheiten über die Höhe von Minderungen bei Mängeln, die nicht beseitigt werden können;
- . Meinungsverschiedenheiten über den

gegenwärtigen Bautenstand;

- . Meinungsverschiedenheiten über das Vorhandensein und über die Ursachen eines Schadens, einer Behinderung oder Bauverzögerung.

Insbesondere bei all den Baustellen, in denen - gleich aus welchem Grund - der gegenwärtige Iststand auf der Baustelle festgehalten und fachkundig dokumentiert werden muss und an dem dokumentierten Iststand sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer Interesse haben, ist es geboten, sich auf einen Sachverständigen in Form eines Schiedsgutachters zu einigen, um nicht später in die Gefahr zu laufen, dass jede Partei einen eigenen Parteigutachter hat und die beiden Parteigutachten verschiedene Ergebnisse aufweisen.

5. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Haftpflichtversicherer von Bauunternehmern, Architekten oder Ingenieuren ohne ihre Zustimmung nicht an ein solches Schiedsgutachten gebunden sind. Die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens ohne zuvor den Versicherer gefragt zu haben gilt zwar per se noch nicht als Obliegenheitsverletzung, welche den Versicherer zur Versagung der Deckung berechtigen würde. Der Versicherer ist jedoch an das Gutachten nicht gebunden und kann es auf den Deckungsprozess ggf. ankommen lassen, in dem dann über die Richtigkeit des Schiedsgutachtens Beweis erhoben werden muss.

### **Die Schiedsgutachtenvereinbarung**

1. Begrifflich unterscheidet man den Schiedsgutachtenvertrag von dem Schiedsgutachtervertrag. Der Schiedsgutachtenvertrag bzw. die Schiedsgutachtenvereinbarung regelt das Verhältnis der Streitparteien untereinander. Der Schiedsgutachtervertrag regelt die Rechtsbeziehung zwischen dem Schiedsgutachter und den Parteien. Häufig werden allerdings beide vertragliche Regelungen zu einer Vereinbarung zusammengezogen.

2. Die Parteien müssen sich bei einer wirksamen und sinnvollen Schiedsgutachtenvereinbarung darüber im Klaren und natürlich auch einig sein, auf welche Weise bzw. durch wen der zu benennende Schiedsgutachter bestimmt wird, welchen Umfang das Schiedsgutachten haben soll und mit welchem Umfang es zwischen den Parteien verbindlich ist. Ferner sollten in einer Schiedsgutachtenvereinbarung auch Regelungen über die Kostentragungspflicht und über die Ablehnung des Sachverständigen aus Besorgnis der Befangenheit aufgenommen werden, da es sich bei dem Schiedsgutachtenverfahren nicht um ein gerichtliches Verfahren handelt und deshalb hierauf weder die Bestimmungen über die Ablehnung eines Richters gem. § 42 ZPO noch über die Ablehnung eines Schiedsrichters gem. § 1036 ZPO zur Anwendung kommen können. Ferner empfiehlt es sich auch, eine Klausel über die Mitwirkungs- und Förderungspflicht der Parteien und über die Verpflichtung des Schiedsgutachters, auf die Vergleichsbereitschaft der Parteien einzuwirken, in den Vertrag aufzunehmen.

3. Eine allgemeine Schiedsgutachtenvereinbarungsklausel in einem Bauvertrag könnte wie folgt aussehen:

Schiedsgutachtenvereinbarung Entsteht zwischen den Vertragsparteien ein Streit darüber;

- . ob ein Mangel am Bauwerk vorliegt; . ob die ausgeführten Arbeiten dem vertraglich festgesetzten... Leistungsumfang entsprechen;
- . welche Ursache ein festgestellter Mangel hat bzw. in welchen Verantwortungsbereich dieser Mangel fällt;
- . welchen Leistungsstand die vom AN erbrachten Bauarbeiten haben,

so entscheidet hierüber mit verbindlicher Wirkung für beide Parteien ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger im Wege eines Schiedsgutachtens, der wie folgt bestellt wird:

Soweit die Parteien sich nicht auf einen Sachverständigen einigen, benennt der Auftraggeber drei Sachverständige, die nach seiner Auffassung für die Erstellung der gewünschten gutachterlichen Stellungnahme bereit und fachlich geeignet sind. Aus diesen drei genannten Sachverständigen wählt dann der Auftragnehmer den aus, der die gutachterliche Stellungnahme mit verbindlicher Wirkung für beide Parteien erstellt.

4. Einer bestimmten Form bedarf eine solche Schiedsgutachtenvereinbarung, auf welche die Vorschriften der §§ 317 ff. BGB anzuwenden sind, nicht. Eine solche Vereinbarung kann deshalb auch mündlich und stillschweigend getroffen werden. Das Schriftformerfordernis und das Erfordernis des Vertragsabschlusses in einer gesonderten Urkunde bedarf nur die Schiedsgerichtsabrede mit einem Verbraucher (siehe insoweit § 1031 Abs. 5 ZPO).

Natürlich ist es zu Beweis Zwecken sinnvoll, die Schiedsgutachtenvereinbarung schriftlich abzuschließen. Nur aufgrund einer solchen schriftlichen Vereinbarung dürfte im Streitfall der Beweis zu führen sein, dass tatsächlich zwischen den Parteien eine Schiedsgutachtenabrede mit verbindlicher Wirkung getroffen wurde.

5. Mit Urteil vom 10.10.1991 hat der BGH entschieden, dass eine formularmäßige Schiedsgutachtenklausel in einem Fertighausvertrag den Erwerber unangemessen im Sinne vom § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB bzw. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB benachteiligt. Dies deshalb, da der BGH für den Verbraucher durch eine solche Klausel eine erhebliche Schlechterstellung zum staatlichen Rechtsschutz sieht. Auch eine Schiedsgutachtenvereinbarung in einem Bauvertrag mit dem Verbrauch über die schlüsselfertige Errichtung eines Einfamilienhauses ist von der Rechtsprechung für unwirksam erklärt worden.<sup>6</sup>

Auch für einen Bauträgervertrag, obwohl es sich hierbei um einen notariellen Vertrag handelt, gilt entsprechendes<sup>7</sup>. Eine Schiedsgutachtenklausel in einem Bauträgervertrag über die Errichtung eines Geschäftshauses ist dagegen gemäß Urteil des BGH vom 27.11.2003 wirksam. Insofern hält der BGH in diesem Urteil die Grundsätze, die er zu einer Schiedsgutachtenklausel in einem Fertighausvertrag für die zu Lasten des Unternehmers vorzunehmende Inhaltskontrolle entwickelt hat, auf die Inhaltskontrolle zu Lasten des Auftraggebers eines Vertrages über die Erstellung eines Geschäftshauses nicht anwendbar.

Insofern ist festzuhalten, dass formularmäßige Schiedsgutachtenklauseln im Verhältnis Bauträger zum Verbraucher im Regelfall nicht zulässig sind. Dies deshalb, da bei diesen Klauseln bei dem Verbraucher der Eindruck entstehen könnte, dass für ihn eine gerichtliche Überprüfung des Festgestellten unmöglich ist. Dies muss jedoch u. U. anders gesehen werden, wenn eine solche Schiedsgutachtenregelung im Rahmen einer gemeinsamen außergerichtlichen Streitbeilegungsklausel vereinbart wird, bei der insoweit auch der Verbraucher Einfluss nehmen kann. Individuell ausgehandelte Schiedsgutachtenvereinbarungen nach Auftreten einer Streitigkeit sind ohnehin stets zulässig.

#### **Der Schiedsgutachtervertrag mit den Gutachtern**

Ist entsprechend der genannten Klausel eine Schiedsgutachtenabrede zwischen den Parteien getroffen und kommt es dann zu einer Streitigkeit oder ist eine solche Klausel bislang nicht vereinbart, ist man sich jedoch einig, dass diese Streitigkeit durch eine Schiedsgutachtenvereinbarung einer Klärung zugeführt werden soll, empfiehlt es sich, z. B. für eine Baumangelproblematik folgenden Schiedsgutachtervertrag zu treffen:

#### *Schiedsgutachtervertrag*

*zwischen*

*Fa. ....*

*und*

*Fa. .... " .....*

*und*

*dem Schiedsgutachter.....*

#### *1. Bauvertrag und Mängelbehauptung*

*Die Fa.....hat mit der Fa..... am..... einen Bauvertrag über.....in..... geschlossen. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob nachfolgend aufgeführte Mängel, an dem Bauwerk vorliegen:*

*.....*

*.....*

*".....*

#### *2. Schiedsgutachter*

*Die Parteien beauftragen mit der Mängelbegutachtung gemeinsam als Schiedsgutachter*

*Zwischen den Parteien und dem Schiedsgutachter besteht Einigkeit darüber; dass § 1036 Abs. 1 und 2 ZPO (Bestimmung über die Ablehnung eines Schiedsrichter) analog zur Anwendung kommen.*

#### *3. Vergütung*

*Es wird ein Zeithonorar vereinbart. Pro Stunde erhält der Sachverständige einen Betrag in Höhe von EUR pro Stunde, pro angefangene Zeiteinheit von 6 Minuten einen Betrag von hiervon. (Weitere Ausführungen über Auslagen Reisekosten etc.)*

#### *4. Verbindlichkeit der gutachterlichen Feststellungen/Überprüfung*

*Der von den Parteien benannte Sachverständige wird als Schiedsgutachter im Sinne von § 317 Abs. 1 BGB tätig. Die von ihm getroffenen Feststellungen und der Inhalt des von ihm zu erstellenden Schiedsgutachtens sind für die Parteien verbindlich, vorbehaltlich lediglich der etwaigen gerichtlichen Überprüfung wegen offenkundiger Unrichtigkeit gemäß § 319 Abs. 1 BGB. Die Parteien sind sich jedoch darüber einig, dass im Falle einer gerichtlichen Überprüfung das Gericht gern. § 412 ZPO auch eine neue Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen kann, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.*

#### *5. Weitere Feststellungen*

*Der Schiedsgutachter ist befugt, über die Tatsachenfeststellung nach Ziffer 1 hinaus folgende Feststellungen zu treffen: . Auf welche Ursachen die Schäden/Mangelercheinungen zurückzuführen sind;*

*. Welche Sanierungsarbeiten nach technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten*

*durchzuführen sind;*

*. Welche geschätzten Kosten der Sanierung zu veranschlagen sind - unter gesondertem Ausweis etwaiger Sowieso - Kosten oder Schätzbeträgen einer Wertverbesserung;*

*. Welche Mängelbereiche unter technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten sowie unter dem Gesichtspunkten der Zumutbarkeit für den AN durch Wertminderung zu erledigen sind und welche Minderungsbeträge hierbei jeweils anzusetzen sind;*

*. Welche Quotenaufteilung bei mehreren Verursachern von Schäden/Mängeln als Verursachungsbeitrag angemessen ist;*

*.....  
(Nicht gewünschte Feststellungen des Schiedsgutachters in den Vorziffern sind zu streichen).*

#### *6. Förderung der Vergleichsbereitschaft durch den Schiedsgutachter*

*Der Schiedsgutachter hat die Parteien anzuhalten, den Sachverhalt umfassend und rechtzeitig darzustellen, damit das Schiedsgutachterverfahren möglichst zügig abgeschlossen werden kann. Der Schiedsgutachter soll die Vergleichsbereitschaft der Parteien fördern, jederzeit auf eine gütliche Beilegung des Streits oder einzelne Streitpunkte bedacht sein und Vergleichsvorschläge und pragmatische Streitleösungen unterbreiten.*

#### *7. Mitwirkungs- und Förderungspflichten der Parteien*

*Die Parteien verpflichten sich, das Schiedsgutachtenverfahren zu fördern und den Gutachter in der von ihm gewünschten Weise kostenfrei zu unterstützen, sowie die von ihm angeforderten Vorschüsse einzuzahlen.*

*Kommt eine Partei der ihr obliegenden Mitwirkungs- und Förderungspflichten im Schiedsgutachten trotz schriftlicher Nachfristsetzung durch die andere Partei nicht nach, so gelten die von der anderen Partei behaupteten Umstände tatsächlicher und rechtlicher Art als zugestanden, soweit sie nicht von dem Schiedsgutachter aufgrund eigener Sachkenntnis oder die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen selbst ermittelt werden können.*

#### *8. Kosten*

*Die Kosten des Schiedsgutachtens tragen die Vertragsparteien als Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis tragen die Vertragsparteien die entstehenden Kosten nach dem Verhältnis, in dem ihre tatsächlichen Angaben vom Gutachter bestätigt worden sind. Der Schiedsgutachter entscheidet über die Kostenverteilung im Rahmen des Schiedsgutachtens. Unabhängig davon, ist ein vom Schiedsgutachter angeforderter Vorschuss von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte innerhalb einer Frist von 14 Kalendertagen ab Zugang der Aufforderung zu zahlen.*

*Der Schiedsgutachtervertrag ist von der Rechtsnatur ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 BGB. Es ist jedoch höchststrichlerlich noch nicht geklärt, ob es sich hierbei um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt. Für die Baubegleitende Begutachtung dürfte der werkvertragliche Charakter im Vordergrund stehen .Lo*



