

PROF. DR. DIETER KAINZ\*)\*)  
DR. A. NEUMEISTER \*)  
CORNELIUS HARTUNG\*)  
WOLFGANG JUNGHEHN\*)\*)  
ANJA BINDER \*)  
ULF RÜDIGER KLAUS  
\*) Honorarprofessor an der  
Hochschule München (FH)  
\*) Lehrbeauftragter an der  
Hochschule München (FH)  
\*) Fachanwalt für Bau- und Archi-  
tektenrecht

## **Fachgespräch**

### **im Bauzentrum München**

**Thema :**

**Bau + Konflikt = Lösung ?**

**am**

**17.04.2012  
14.00 – 18.00 Uhr**

**„Das Schiedsgutachten als wirksames Mittel  
der außergerichtlichen Streitbeilegung“**

**Referent**

**RA Prof. Dr. Dieter Kainz**

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Honorarprofessor für Baurecht an der Hochschule München  
Schlichter, Schiedsrichter und juristischer Sachverständiger  
nach der SOBau und der SGOBau  
Wirtschaftsmediator (IHK)  
Mitglied des Netzwerkes Bau Kompetenz München (BKM)

---

Telefon: (089) 21 66 66 - 0  
Telefax: (089) 21 66 66 - 21

[www.kainz-partner.de](http://www.kainz-partner.de)

Maximiliansplatz 18/ III  
D - 80333 München

---

Informationen DL-InfoV:  
[www.kainz-partner.de](http://www.kainz-partner.de)  
Rubrik: Impressum

---

Schlichtungsstelle (BaySchlG)  
Hartung, Junghenn  
Schiedsrichter (SO Bau)  
Dr. Kainz, Dr. Neumeister, Junghenn  
Jur. Sachverständiger (SGO Bau)  
Dr. Kainz, Klaus, Dr. Neumeister  
Wirtschaftsmediator (IHK)  
Dr. Kainz, Dr. Neumeister

---

**Kooperationspartner für  
öffentliches Baurecht:**

RA KARL SCHWAB  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Maximiliansplatz 18/ I  
D - 80333 München

---

**Bankverbindungen:**

Hypovereinsbank AG München  
Konto Nr. 2 4 8 0 6 2 0 (BLZ 700 202 70)

Münchner Bank eG  
Konto Nr. 4 4 4 6 6 (BLZ 701 900 00)

## **Das Schiedsgutachten als wirksames Mittel der außergerichtlichen Streitbeilegung** **- wenn man gewisse Besonderheiten beachtet !**

### **Die Schiedsgutachtenvereinbarung**

#### **I. Einführung:**

Schiedsgutachtenvertrag und Schiedsgutachtervertrag sind streng vom Schiedsvertrag bzw. von einer getroffenen Schiedsgerichtsvereinbarung zu unterscheiden. Mit einer Schiedsgerichtsvereinbarung ist in der Regel der Gang zum Gericht ausgeschlossen. Mit dem Schiedsgutachtenvertrag/Schiedsgutachtervertrag ist der ordentliche Rechtsweg hingegen nicht ausgeschlossen. Ganz im Gegenteil wollen die Parteien sich grundsätzlich hierbei sogar den ordentlichen Rechtsweg offen halten und nur punktuell ein Streitproblem geklärt haben.

Mit dem Schiedsgutachtenvertrag sollen lediglich Tatbestandselemente mit verbindlicher Wirkung auch für ein späteres Prozessgericht festgestellt werden. An die vom Schiedsgutachter nach dem Willen der Parteien getroffenen oder zu treffenden Tatsachenfeststellungen ist ein späteres Gericht jedoch gebunden.

#### **II. Vorteile einer Schiedsgutachtenvereinbarung**

1. Möglichkeit der Auswahl eines kompetenten, erfahrenen und für die jeweilige Streitproblemantik prädestinierten Sachverständigen, der das Vertrauen der Parteien genießt.
2. Reduzierung des Streitpotentials auf die wesentlichsten Ursachen/Problem.
3. Zeitnahe Entscheidung (unter Umständen sogar noch während der Bauausführung)
4. Geringere Kosten
  - Gericht/Sachverständige/Rechtsanwälte
  - Indirekte Kosten/Reduzierte Managementkosten

#### **III. Bei Abschluss einer Schiedsgutachtenvereinbarung zu beachtende Kriterien :**

1. Frühzeitige Kontaktaufnahme/Einschaltung der Haftpflichtversicherung
2. Vorsicht bei beteiligten Dritten (Subunternehmer, Sonderfachleute etc.)
3. Im Einzelfall ungeeignet, wenn Sachverhalt erst durch Beweisaufnahme von Zeugen zu ermitteln ist.
4. Evtl. Unwirksamkeit einer AGB-Klausel, wenn Vertragspartner ein Verbraucher ist.

#### IV. Inhalt einer Schiedsgutachtenklausel

Die Parteien müssen sich bei einer wirksamen und sinnvollen Schiedsgutachtenklausel darüber 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 sollte in einer Schiedsgutachtenklausel auch bereits eine Kostenregelung aufgenommen werden. Eine allgemeine Schiedsgutachtenklausel könnte deshalb wie folgt aussehen:

##### **Schiedsgutachtenvereinbarung**

Entsteht zwischen den Vertragsparteien ein Streit darüber,

- ob ein Mangel am Bauwerk /an den Architekten-/Bauingenieurleistungen 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/ erbrachten/ Bauingenieurleistungen haben,
- welche Vergütung bei Honorarstreitigkeiten angemessen ist,

auch möglich :

- ob ein gesellter Nachtrag des AN gemäß § 2 VOB/B dem Grunde (und/oder der Höhe nach) berechtigt ist,

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.

Kommt es auf diese Weise – gleich aus welchen Gründen – nicht zu einer Sachverständigenbenennung, so entscheidet hierüber ein von der Industrie- und Handelskammer von .....ein von der Bayerischen Ingenieurekammer-Bau ...zu benennender Sachverständiger. In einem solchen Fall kann der Antrag auf Benennung bei .....von jeder Vertragspartei gestellt werden.

## V. Vertragsmuster: „Schiedsgutachtenvertrag“

Ist 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 eine Streitigkeit durch eine Schiedsgutachtenvereinbarung einer Klärung zugeführt werden soll, empfiehlt es sich, z. B. für eine Baumangelproblematik folgenden Schiedsgutachtenvertrag zu treffen:

### Schiedsgutachtenvertrag

zwischen

Firma .....

und

Firma.....

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

.....

Dieser soll ausschließlich in technischer Hinsicht einer Überprüfung unterziehen, ob die in Ziffer 1 aufgelisteten Mängel vorliegen. Eine rechtliche Beurteilung soll von ihm ausdrücklich nicht vorgenommen werden.

Zwischen den Parteien und dem Schiedsgutachter besteht Einigkeit darüber, dass die Bestimmungen der §§ 1036 bis 1039 ZPO (Bestimmungen über die Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Befangenheit) 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 offener Unbilligkeit gemäß § 319 BGB.

Die Parteien sind sich jedoch darüber einig, dass

- es den Parteien nicht ausgeschlossen ist, nach Zugang des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen binnen eines Monats ihre Einwendungen gegen das Gutachten vorzubringen oder Ergänzungsfragen zu stellen. Die hierauf gegebenen Antworten, bzw. hierauf abgegebene ergänzende Stellungnahme des Gutachters sind Teil von dessen Schiedsgutachten und ebenfalls zwischen den Parteien verbindlich. Eine zusätzliche weitere Anhörung des Schiedsgutachters ist nicht mehr zulässig.

und

- im Falle einer gerichtlichen Überprüfung das Gericht gem. § 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 / Mängelercheinungen 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 ist verpflichtet, die Arbeiten zur Erstellung des Gutachtens umgehend aufzunehmen und zügig durchzuführen. Er hat die Parteien anzuhalten, den Sachverhalt umfassend und rechtzeitig darzustellen, damit das Schiedsgutachtenverfahren 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 Streitlösungen 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 Schiedsgutachtenverfahren trotz schriftlicher Nachfristsetzung durch den Schiedsgutachter oder 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. Ist dies nicht möglich oder ist ohne Mitwirkung der anderen Partei eine Fortsetzung der Begutachtung durch den Sachverständigen nicht möglich, so ist bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen die andere Partei berechtigt, die Schiedsgutachtenvereinbarung aus wichtigem Grund zu kündigen.

## 8. Verfahren bei notwendiger Beteiligung Dritter

Ist es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für eine der Parteien oder für beide erforderlich, dass die Verbindlichkeit des zu beauftragenden Schiedsgutachtens sich auch auf Dritte erstreckt, gilt Folgendes :

- der oder die Dritten sind von der betreffenden Partei aufzufordern, sich binnen einer angemessenen Frist schriftlich darüber zu erklären, ob sie sich gleichfalls hinsichtlich der dieser Schiedsgutachtenvereinbarung zugrundeliegenden Mängelpunkte den von dem Schiedsgutachter in seinem Schiedsgutachten getroffenen Feststellungen und Erklärungen mit verbindlicher Wirkung unterwerfen.
- lehnt der Dritte/die Dritten eine solche Unterwerfung ab oder erklären sie sich nicht innerhalb der gesetzten Frist, wird das Schiedsgutachtenverfahren der Parteien im Wege eines selbständigen Beweisverfahrens vor dem zuständigen Zivilgericht mit dem vereinbarten Gutachter und den vereinbarten Fragestellungen mit Zustimmung der Gegenseite gemäß § 485 Abs. 1 ZPO durchgeführt und dem/den Dritten von der betreffenden Partei gemäß § 72 ff ZPO der Streit verkündet.

## 9. Kosten

Die Kosten des Schiedsgutachtens tragen die Vertragsparteien gegenüber dem Schiedsgutachter als Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis tragen die Vertragsparteien die entstehenden Kosten

- a) ( ) zu gleichen Teilen  
oder
- b) ( ) 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. Kommt eine Partei dieser Zahlungsverpflichtung trotz angemessener Nachfristsetzung nicht nach, ist die andere Partei berechtigt, die Schiedsgutachtenvereinbarung aus wichtigem Grund zu kündigen.

.....  
( Partei Firma 1 )

.....  
( Partei Firma 2 )

.....  
( Schiedsgutachter )