

Mit diesem Verfahren kann bereits im Vorgriff zu einem Rechtsstreit ein gerichtlich zu bestellender Sachverständiger damit beauftragt werden, einen bestimmten Sachverhalt (zB Mängel bei einem Bauvorhaben) zu begutachten.

- Der übergeordnete und im Gesetz auch so formulierte Zweck ist es, dass durch eine frühzeitige Klärung des (technischen) Sachverhalts ein **Rechtsstreit evtl. vermieden** werden kann.
- Anlass für ein solches Verfahren kann auch eine **Beweissicherung** sein, und zwar zu einem Bauzustand, der durch einen Baufortschritt verändert zu werden droht.

Prinzipiell kommt zur Klärung technischer Sachfragen und zur Dokumentation eines Bauzustands auch ein Privatgutachten in Betracht. Ein Privatgutachten ist aber nur qualifizierter Parteivortrag und kein förmliches Beweismittel im Prozess. Ein förmliches Beweismittel ist ein Gutachten im selbständigen Beweisverfahren. Das Beweisergebnis zu dem untersuchten Gegenstand (va Mangel) steht damit grundsätzlich fest und ein neues Gutachten ist nur unter engen Voraussetzungen einzuholen.³⁰²

Der typische Ablauf eines selbständigen Beweisverfahrens sieht wie folgt aus:

1. Der Bauherr stellt einen Antrag auf Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens.
2. Mit dem Antrag werden konkrete Fragen (zu bestimmten Mängeln, deren Ursachen und zu den voraussichtlichen Kosten für die Mängelbeseitigung) gestellt, die von einem Sachverständigen beantwortet werden sollen.
3. Das Gericht gewährt dem Antragsgegner die Gelegenheit zur Stellungnahme.
4. Das Gericht beauftragt einen Sachverständigen mit der Begutachtung.
5. In einem Ortstermin verschafft sich der Sachverständige einen Überblick (Fotos etc).
6. Sodann erstattet der Sachverständige ein Gutachten.
7. Zu dem Gutachten erhalten beide Parteien die Gelegenheit zur Stellungnahme.

³⁰² Vgl. § 412 ZPO.

8. Stattfinden kann im Anschluss ein Anhörungstermin, in welchem der Sachverständige Fragen zu dem Gutachten mündlich beantwortet; die Anhörung findet bei dem Gericht statt und wird protokolliert.
9. Evtl. findet eine Ergänzungsbegutachtung statt.
10. Im Übrigen ist das Verfahren abgeschlossen.

Der Sinn und Vorteil dieses Vorgehens besteht darin, dass bereits vor einem Klageverfahren der streitige Mängelsachverhalt untersucht wird. Damit müssen nicht zunächst die diversen Schritte im Klageverfahren (Klageschrift, Klageerwiderung, weitere Stellungnahmen, mündliche Verhandlung etc) erfolgen, bevor der gerichtliche Auftrag zur Begutachtung erfolgt. Stattdessen kann sogleich der Kernbereich des Streits (Liegt ein Mangel vor? Welche Ursachen hat der Mangel und welche Kosten sind zur Beseitigung erforderlich?) untersucht werden. Da das gerichtlich eingeholte Gutachten in einem nachfolgenden Prozess als Beweismittel verwertbar ist, können beide Parteien jeweils für sich abschätzen, wie die Chancen zum Ausgang eines Klageverfahrens in Bezug auf den Mängelsachverhalt stehen.

Eine weitere prozessuale Besonderheit in Bausachen ist die Einrichtung **spezialisierter Spruchkammern** bei den Gerichten:

§ 72a Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)

(1) Bei den Landgerichten werden eine oder mehrere Zivilkammern für folgende Sachgebiete gebildet:

1. (...)
2. Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen (...)

§ 119a Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)

(1) Bei den Oberlandesgerichten werden ein oder mehrere Zivilsenate für folgende Sachgebiete gebildet:

1. (...)
2. Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen (...)

Auch diese Regelungen sind neu, nämlich zum 01.01.2018 zusammen mit der Reform des Bauvertragsrechts, eingeführt worden. Sie ermöglichen es, die häufig komplexen Bauprozesse mit baurechtlich spezialisierten Spruchkörpern zu bewältigen. Entsprechende Spezialisierungen bei den Gerichten gibt es auch für andere Rechtsgebiete (zB für das Versicherungsrecht).

Teil D

Rechtsprechung

Nachfolgend werden die in den obigen Kapiteln zitierten Gerichtsentscheidungen in Auszügen wiedergegeben.³⁰³ Auf Basis der vorangegangenen Erläuterungen können die rechtlichen Formulierungen nachvollzogen, insbesondere die verwendeten Begriffe (Baugenehmigung, Bebauungsplan, Innen-/Außenbereich, HOAI, VOB/B, Vertragsstrafe etc) eingeordnet werden. Die Volltexte zu den allermeisten Entscheidungen sind über entsprechende Internet-Recherchen³⁰⁴ verfügbar.

Betont werden muss, dass sich die einzelnen Entscheidungen nicht ohne Weiteres auf andere Fälle übertragen lassen. Die Sachverhalte „im wahren Leben“ sind unterschiedlich und die Gerichte berücksichtigen die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls. Die Entscheidungen bieten aber Leitlinien und Orientierungshilfen für die unterschiedlichen Konstellationen in der Praxis.

I. Entscheidungen zum Teil „Öffentliches Baurecht“

1. BVerwG, 16.1.2014 – 4 B 32.13 – Legalisierungswirkung einer Baugenehmigung

Dass ein Wohngebäude im Sinne des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 Buchst. a BauGB auch bei materieller Illegalität zulässigerweise errichtet worden ist, wenn es baurechtlich genehmigt ist, findet seine Begründung in dem feststellenden Teil der Baugenehmigung, der die verbindliche Feststellung umfasst, dass das genehmigte Vorhaben mit dem im Zeitpunkt ihrer Erteilung geltenden öffentlichen Recht übereinstimmt (Urteil vom 8. Juni 1979 – BVerwG 4 C 23.77 – BVerwGE 58, 124 [127]). Findet dagegen – wie hier für die Wohnnutzung – eine bauaufsichtliche Kontrolle der einschlägigen materiell-rechtlichen

³⁰³ Soweit in den Entscheidungen Paragraphen zitiert werden, ist zu beachten, dass diese von den aktuell geltenden Fassungen evtl. abweichen.

³⁰⁴ Vgl. zB [https:// www.openjur.de](https://www.openjur.de).

Vorschriften nicht statt, trägt der Bauherr in Bezug auf die materielle Rechtmäßigkeit seines Vorhabens selbst die Verantwortung.

2. VG Würzburg, 8.11.2016 – W 4 K 15.1304 – Bestandsschutz ohne Baugenehmigung

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt Bestandsschutz voraus, dass das Vorhaben formell und materiell rechtmäßig ist bzw. war (BVerwG, Beschluss vom 18.7.1997 – 4 B 116/97 – NVwZ-RR 1998, 357; vgl. auch BayVGh, Urteil vom 17.10.2006 – 1 B 05.1429 – juris Rn. 24). Die materielle Legalität einer Anlage über einen „namhaften“ Zeitraum ist folglich nur mehr dann ausreichend, wenn die Anlage verfahrensfrei errichtet werden konnte. Dementsprechend genießt eine Anlage und die mit ihr verbundene Nutzung nur dann Bestandsschutz, wenn sie seit ihrem Entstehen in irgendeinem – namhaften – Zeitraum dem maßgebenden materiellen Recht entsprochen hat, sofern in diesem Zeitraum eine förmliche Genehmigung nicht erforderlich war, bzw. wenn die (bauliche) Anlage förmlich genehmigt worden ist (BVerfG, Beschluss vom 15.12.1995 – 1 BvR 1713/92 – NVwZ-RR 1996, 483; BVerwG, Urteil vom 13.6.1980 – 4 C 98/77 – NJW 1981, 473; Decker in Simon/Busse, BayBO, Stand: Januar 2016, Art. 76 Rn. 117 mwN).

3. VG Sigmaringen, 8.12.2005 – 8 K 1663/03 – Wegfall des Bestandsschutzes

So erlischt die Schutzwirkung der Baugenehmigung nach dem oben Ausgeführten nur dann, wenn zwischen dem genehmigten und dem ausgeführten Vorhaben keine Identität mehr besteht. Bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise fehlt es an dieser Identität jedoch nicht bereits dann, wenn bei der Bauausführung in irgendeiner Weise von der Baugenehmigung abgewichen wurde, sondern nur dann, wenn bei einer natürlichen Betrachtungsweise das ausgeführte Vorhaben sich als ein anderes Vorhaben (aliud) darstellt. Die Identität des genehmigten Bauvorhabens mit dem realisierten Bauvorhaben beurteilt sich dabei danach, ob das gegenüber der Genehmigung verändert ausgeführte Bauvorhaben die Genehmigungsfrage in baurechtlicher Hinsicht erneut aufwirft. Veränderte Bauabsichten sind immer dann durch eine bereits erteilte Baugenehmigung nicht mehr gedeckt, wenn eine andere bauplanungsrechtliche oder bauordnungsrechtliche Beurteilung in Betracht kommt als diejenige, die bei dem genehmigten Vorhaben anzustellen war. Als für die Identität wesentlichen Merkmale werden in der Rechtsprechung ua Standort, Grundfläche, Bauvolumen, Zweckbestimmung, Höhe, Dachform, Höhenlage sowie Konstruktion oder maßgebliches Erscheinungsbild herausgestellt. Nur wenn in diesen Punkten

eine erhebliche Abweichung zwischen genehmigtem und ausgeführtem Vorhaben vorliegt, handelt es sich um ein aliud, und entfällt die Schutzwirkung der Baugenehmigung (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 4.5.1988 – 3 S 2835/87 –).

4. OVG NRW, 31.1.2020 – 7 B 1318/19 –

Genehmigt ist nur, was grün gestempelt ist

Zur Bestimmung des Regelungsgehaltes einer Baugenehmigung kann grundsätzlich nicht – auch nicht ergänzend – auf solche vom Bauherrn vorgelegten Unterlagen abgestellt werden, die von der Baugenehmigungsbehörde nicht mit Zugehörigkeitsvermerk zum Bauschein versehen worden sind. An einem derartigen Zugehörigkeitsvermerk fehlt es vorliegend. Der von der Antragstellerin erwähnte Stempel auf dem Schreiben der Feuerwehr vom 8.6.1998 ist kein „Grünstempel“, sondern lediglich der Eingangsstempel der Stadt E.

5. OVG NRW, 18.1.2001 – 10 B 1898/00 –

Eigentümer muss Baugenehmigung beweisen

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist beweispflichtig für das Vorliegen einer Baugenehmigung nicht die Bauaufsichtsbehörde, sondern der Bürger, wenn er sich gegenüber einer Beseitigungsanordnung darauf beruft, das Bauwerk sei genehmigt und deshalb formell baurechtmäßig. Er macht nämlich im Wege einer Einwendung ein Gegenrecht geltend. Abgesehen davon wäre die Behörde, gerade wenn sie über keinerlei Bauakten für ein bestimmtes Bauvorhaben verfügt, in der Regel schon deswegen nicht in der Lage, positiv das Nichtvorliegen einer Baugenehmigung nachzuweisen.

6. VG Düsseldorf, 24.5.2011 – 25 L 778/11 –

Verfügung auch nach vielen Jahren möglich

Ermessensfehler ergeben sich ferner nicht aus dem Umstand, dass die Diskothek schon seit vielen Jahren genutzt worden ist und auch von anderen Dienststellen der Antragsgegnerin überprüft worden ist. Der Antragsgegnerin ist die bestehende brandschutzrechtliche Gefahrenlage erst durch den im November 2010 gestellten Bauantrag der Antragstellerin zu 1. betreffend Einbau einer neuen Trennwand zwischen Diskothek und vorgelagerter Spielhalle bewusst geworden. Seitens des Ordnungsamtes der Antragsgegnerin erteilte gaststättenrechtliche Genehmigungen ersetzen keine Baugenehmigung; die Erteilung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis begründet auch nicht den Einwand widersprüchlichen Verhaltens, wenn dieselbe Behörde bauaufsichtlich einschreitet, da das jeweilige

Fachamt die Zulässigkeit des Objekts nur anhand der Vorschriften prüft, für die das Fachamt zuständig ist.

7. BGH, 30.4.2003 – V ZR 100/02 – Arglistiges Verschweigen fehlender Baugenehmigung

Arglistig handelt ein Verkäufer, wenn er den Fehler mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, daß sein Vertragspartner den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (Senat, Urteil vom 3. März 1995, V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550; Urteil vom 14. Juni 1996, V ZR 105/95, NJW-RR 1996, 1332; Urteil vom 22. November 1996, V ZR 196/95, NJW-RR 1997, 270). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt; insbesondere wußte die Beklagte bereits auf Grund des an sie gerichteten Schreibens der Baubehörde vom 8. März 1994, daß für keine der beiden Blockhütten die erforderliche Baugenehmigung erteilt worden war.

8. OVG NRW, 11.9.2003 – 10 A 4694/01 – Gegenstand des Bauvorbescheids

Die Fragen des Bauvorhabens können alle diejenigen sein, über die im bauaufsichtsrechtlichen Genehmigungsverfahren entschieden werden muss, wenn ein Bauantrag gestellt wird. (...) Gegenstand des Vorbescheides ist aber grundsätzlich nicht die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit des Vorhabens in vollem Umfang, sondern nur hinsichtlich bestimmter einzelner Zulässigkeitsfragen des Bauvorhabens. Allein die vom Antragsteller aufgeworfenen Zulässigkeitsfragen bestimmen den Prüfungsrahmen der Bauaufsichtsbehörde. Beantragt der Antragsteller die Erteilung eines bauplanungsrechtlichen Vorbescheides, so ist nur die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den §§ 30 bis 38 BauGB zu prüfen, für die es auf das Vorliegen einer landschaftsschutzrechtlichen Genehmigung nicht ankommt. Der Vorbescheid ist gerade nicht der Schlusspunkt der öffentlichrechtlichen Zulässigkeitsprüfung, sondern er markiert nur einen Zwischenschritt.

9. VG Hamburg, 4.5.2010 – 7 E 206/10 – Bindungswirkung eines Bauvorbescheids

Der Vorbescheid ist ein Ausschnitt aus dem feststellenden Teil der Baugenehmigung (vgl. BVerwGE 69, 1). Er stellt sich nicht nur als bloße Zusage nach § 38 HmbVwVfG dar, sondern ist vielmehr ein abgetrennter, ein vorweggenommener Teil der späteren Baugenehmigung (vgl. BVerwGE 69, 1; Alexejew/Haase/Großmann, § 63 Rn. 5 m.w. Nachw.). Die Bauaufsichtsbehörde stellt

durch ihn verbindlich fest, dass dem Vorhaben hinsichtlich der zur Entscheidung gestellten Einzelfragen nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden öffentlich-rechtlichen Recht keine Hindernisse entgegenstehen (vgl. Alexejew/Haase/Großmann, § 63 Rn. 3). Anders ausgedrückt, wird mit dem Vorbescheid bereits über einen Teil der für die Baugenehmigung beachtlichen Anforderungen vor Stellung eines Bauantrags und vor Erteilung der Baugenehmigung endgültig entschieden (vgl. Alexejew/Haase/Großmann, § 63 Rn. 6). Er erlaubt zwar im Unterschied zur Baugenehmigung noch nicht die Ausführung des Vorhabens, hat aber ebenso wie die Baugenehmigung eine Feststellungs- oder Legalisierungswirkung. Dieser Charakter des Bauvorbescheids ergibt sich aus dem Vertrauensschutzprinzip. Wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Verfahrensgliederung anbietet und keine die Bindungswirkung beschränkenden Vorschriften schafft, muss der Bauherr darauf vertrauen können, dass abschließend über den zur Prüfung gestellten Teilkomplex entschieden ist und der Vorbescheid während seiner Geltungsdauer Bestand hat (Ortloff, NVwZ 1983, 705). (3) Auf Grund dieses Charakters gilt für den Bauvorbescheid das gleiche wie das oben zur Baugenehmigung aufgeführte, mit der Einschränkung, dass sich die Legalisierungswirkung auf die gestellten Fragen beschränkt. Gegenstand eines Vorbescheids sind nur einzelne Fragen des Bauvorhabens, so dass auch nur hinsichtlich der gestellten Fragen eine Bindungswirkung in Betracht kommt (vgl. Simon/Busse, Art. 71 Rn. 103). Sofern im Vorbescheid positive Feststellungen zu Fragen getroffen wurden, sind sie für das nachfolgende Baugenehmigungsverfahren mit Bindungswirkung entschieden (vgl. Alexejew/Haase/Großmann, § 63 Rn. 17).

10. BVerwG, 26.6.1970 – IV C 99/67 –

abstrakte Gefahr und konkrete Gefahr

Eine konkrete Gefahr liegt danach vor, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall irgendwann, freilich in überschaubarer Zukunft, mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden muß; eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, daß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt (vgl. zB Drews-Wacke, aaO S. 390) und daher Anlaß besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz, insbesondere einer PolizeiVO zu bekämpfen, was wiederum zur Folge hat, daß auf den Nachweis der Gefahr eines Schadenseintritts im Einzelfall verzichtet werden kann.

11. OVG Berlin-Brandenburg, 16.5.2019 – 2 S 18.19 – fehlender zweiter Rettungsweg

Der Antragsgegner hat den Antragstellern mit Bescheiden vom 22. März 2018 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Nutzung der von ihnen als Mieter bewohnten Dachgeschosswohnung im Gebäude H... Straße 12, ... untersagt, da die Wohnung nicht über einen zweiten Rettungsweg verfüge (§ 33 Abs. 1 BbgBO). Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragsteller auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer nach erfolglosem Widerspruch erhobenen Klage abgelehnt. 1. Ohne Erfolg machen die Antragsteller geltend, das Verwaltungsgericht verkenne den Bestandsschutz aus der ua für die Errichtung der Dachgeschosswohnung erteilten Baugenehmigung vom 3. Mai 1993. Das Verwaltungsgericht hat zugrunde gelegt, die von den Antragstellern bewohnte Dachgeschosswohnung sei auf der Grundlage dieser Baugenehmigung mit einem zweiten Rettungsweg hergestellt worden, und zwar in Gestalt einer Rettungsmöglichkeit mit Rettungsgeräten der Feuerwehr über die in der Baugenehmigung vorgesehene Balkonanlage, die über die ursprünglich angelegte rückseitige Zufahrt zu dem Gebäude zu erreichen gewesen sei. Dieser Rettungsweg sei jedoch im Zuge der Errichtung einer Tiefgaragenanlage für die Gebäude H... Straße 12 und 13 weggefallen.

12. OVG NRW, 19.6.2006 – 7 B 676/06 – Anordnung einer Spindeltreppe

Die Forderung des Antragsgegners stellt auch keine „Überregulierung“ dar. Nach der Rechtsprechung des Senats rechtfertigen die erheblichen Risiken für Leib und Leben Dritter im Falle eines Brandes es auch bei nachträglichen Anforderungen an den Brandschutz, solche Schutzmaßnahmen zu fordern, die in jeder Hinsicht auf der sicheren Seite liegen. Die Bauaufsichtsbehörde ist daher nicht etwa gehalten, sich allein im finanziellen Interesse des Ordnungspflichtigen auf die Forderung der Anbringung von Notleitern zu beschränken. Vgl.: OVG NRW, Beschluss vom 15. Dezember 2004 – 7 B 2142/04 – BRS 67 Nr. 152. In der genannten Rechtsprechung ist auch näher dargelegt, dass die von der Antragstellerin – ersichtlich allein aus Kostengründen – favorisierte Anlage einer Notleiter mit Rückenschutz gerade kein gleichwertiger Ersatz für eine Spindeltreppe ist.