

I. Die Strukturierung des Bauprozesses

Literatur: (i. d. F. ZVN 2002) *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁴ Rz 46 ff.; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶; Rz 514 ff.; zur alten Rechtslage: *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1032; Zur Nebenintervention: *Deixler/Hübner*, Die Nebenintervention im Zivilprozess (1993); *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁴ Rz 42 ff., *Fasching*, Lehrbuch² Rz 393 ff.; *Fucik in Rechberger*, ZPO² zu §§ 17-20 ZPO; *Klicka*, Wirkungen der Streitverkündigung und Nebenintervention, ecolex 1995, 397; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 215 ff.; *Walder-Richli*, Prozessbeitritt und streitgenössische Nebenintervention, FS *Gaul* (1997) 779.

1. Einleitung

Die nachfolgenden Überlegungen zur Strukturierung des Bauprozesses betreffen grundsätzlich sowohl die Rolle des Klägers als auch des Beklagten und des Nebenintervenienten. Je früher bereits an die Vorbereitung und Abwehr möglicher bauvertragsrechtlicher Ansprüche gedacht wird, desto größer wird grundsätzlich die Erfolgsaussicht sein.

Bereits lange vor Einleitung eines möglichen Bauprozesses wird die Frage entschieden, ob nachfolgend entstehende Baustreitigkeiten in einem ordentlichen Gerichtsverfahren oder in einem Schiedsverfahren entschieden werden sollen. Je nachdem, ob die Vertragsparteien eine Schiedsvereinbarung getroffen haben (s. § 581 Abs. 1 ZPO), findet sodann der Bauprozess vor einem Schiedsgericht oder den ordentlichen Gerichten statt. Wird in einer Sache, die hingegen bereits Gegenstand einer formgültigen Schiedsvereinbarung ist, vor dem Gericht Klage erhoben, weist das ordentliche Gericht die Klage zurück, sofern der Beklagte nicht zur Sache vorbringt und mündlich verhandelt, ohne diesen Zuständigkeitsmangel zu rügen (s. § 584 Abs. 1 erster Satz ZPO).

Ordentliches
Gericht oder
Schiedsgericht

2. Anfängliche Überlegungen zur optimalen Strukturierung

Generell kann weder der Einleitung eines Schiedsverfahrens noch eines ordentlichen Gerichtsverfahrens der Vorzug gegeben werden, da bei beiden Verfahrensarten vielfältige Vor- und Nachteile zu beachten sind (s. das Kapitel über Grundzüge des Schieds- und Schiedsgutachterverfahrens). Ein zentraler Vorteil des Bauschiedsverfahrens liegt sicher darin, dass schwierige Rechtsfragen und vor allem bautechnisch

komplizierte Sachverhalte durch ein Schiedsgericht vergleichsweise rasch und formfrei gelöst werden können. Nicht zu unterschätzende Nachteile liegen bei Entscheidung für ein Schiedsverfahren allerdings im Zusammenhang mit der Streitverkündung im Schiedsverfahren und im Hinblick auf die lediglich sehr eingeschränkt möglichen Aufhebungsgründe des Schiedsspruches mittels Rechtsgestaltungsklage (vgl. § 611 Abs. 2 ZPO).

Nach gerichtlicher Einleitung eines Bauprozesses durch Klagserhebung oder rechtzeitiger Erstattung des Einspruches oder der Klagebeantwortung durch den Prozessgegner beraumt das Gericht regelmäßig eine vorbereitende Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung an, die im Vorfeld des Beweisverfahrens bereits der Erörterung der Sache dienen soll.

Gerade in Bauvertragssachen ist es für die Beteiligten oft durchaus schwierig, zu gewährleisten, dass die vorbereitende Tagsatzung diese ihr gesetzlich zugesetzte Funktion auch tatsächlich erfüllen kann. Die prozessual vorgesehene Mindestvorbereitungsfrist von drei Wochen zwischen Zustellung der Ladung und Verhandlungstermin ist gerade in Bausachen oft nur dann ausreichend, wenn bereits im Vorfeld entsprechende Vorbereitungen durch Beweissicherung oder die Einholung von Privatgutachten erfolgten.

Hierbei kommen als Mittel der außergerichtlichen Beweissicherung neben dem Urkundenbeweis vor allem die Anfertigung von Dokumentationen, die Beauftragung von Privatgutachten und allenfalls auch die Einholung von Schiedsgutachten in Betracht. Vor allem digitale Fotodokumentationen, die mit vergleichsweise geringem Aufwand erstellt und ein chronologisch lückenloses Abbild des Bauablaufes geben, stellen ein sehr nützliches Instrument außergerichtlicher Beweissicherung dar. Dabei ist eine zentrale Kameraanordnung, durch die die gesamte Baustelle gedeckt wird, von großem baupraktischem Wert im nachfolgenden Bauprozess. Hierauf sollte daher bei der Vorbereitung des Bauprozesses entsprechend Bedacht genommen werden.

Bereits vor Einleitung eines Rechtsstreites und vor allem oft auch zu dessen Vermeidung kann auch die Einholung eines Privatgutachtens sehr nützlich sein. Dies zur Dokumentation und zur Abgrenzung wichtiger Bauabschnitte, des Zustandes noch vor Baubeginn und vor allem des gegenwärtigen Zustandes im Falle vorzeitiger Beendigung des Bauvertrages. Soll das Privatgutachten im nachfolgenden Bauprozess verwertbar sein, muss es aber jedenfalls objektiv und auch entsprechend substantiiert verfasst sein. Gefälligkeitsgutachten sind hier-

Vorbereitungen
bereits im Vorfeld

Fotodoku-
mentation

Privatgutachten

zu jedenfalls untauglich und können obendrein zur Haftung des Gutachters führen.

Ein in der Praxis relativ wenig genutztes Instrument ist die Einholung eines Schiedsgutachtens in der Vorbereitungsphase. Dieses kann grundsätzlich zu allen Themen, zu denen auch Privatgutachten beauftragt werden können, eingeholt werden. Dem Schiedsgutachten kommt bereits über die eigentliche Vorbereitung des nachfolgenden Bauprozesses hinausgehende Wirkung zu, da es nachfolgende Streitigkeiten oft bereits endgültig klärt (s. *Hdb.priv.BauR Lobmeier/Kleine/Möller § 16 Rdn. 20 a*).

Schiedsgutachten

3. Die vorbereitende Tagsatzung

Um zu gewährleisten, dass bei der vorbereitenden Tagsatzung eine umfassende Erörterung des Prozessstoffes und auch allfällige Vergleichsmöglichkeiten erörtert werden können, soll an der Tagsatzung auch eine informierte Person zur Unterstützung der Prozesspartei teilnehmen (§ 258 Abs. 2 ZPO).

Diese durch die Zivilverfahrensnovelle 2002 eingeführte Neuerung ist aus dem spezifischen Blickwinkel des Bauprozesses zu begrüßen, da vor allem die Anwesenheit der Parteien oder deren informierter Personen den allfällig erfolgreichen Vergleichsabschluss wesentlich erleichtert. Auch bisher haben freilich an einer effektiven Prozessgestaltung interessierte Prozessparteien beim ersten Gerichtstermin in der Praxis bereits entsprechende Sach- und Vergleichskompetenz eingebracht.

Erleichterung des Vergleichsabschlusses

Kommt mangels Vergleichskompetenz oder wegen nicht ausreichender Prozessvorbereitung des Prozessgegners trotzdem kein Gerichtsvergleich zustande, wird zumindest für die vorbereitete Prozesspartei ein guter Eindruck beim Gericht erzielt.

Wenn das Gericht bereits zur vorbereitenden Tagsatzung Parteien formell zu deren Einvernahme lädt, kommt auch bereits die Präklusion der Parteienvernehmung in Betracht, wenn die Partei ohne ausreichende Entschuldigung dem Termin fernbleibt (§§ 380 f. ZPO).

In der vorbereitenden Tagsatzung soll schließlich unter Einbeziehung der Parteien und ihrer Vertreter das weitere Prozessprogramm erarbeitet und festgelegt werden. Dieses ersetzt den formellen Beweisbeschluss und geht hinsichtlich des Ablaufes des Prozesses auch über den Inhalt des Beweisbeschlusses hinaus. Wenngleich die Bekanntgabe des Prozessprogramms keine Entscheidungsqualität hat und daher

Prozessprogramm

Genauer Gerichtsauftrag an den Sachverständigen

auch jederzeit abgeändert werden kann, kommt der ordnungsgemäßen und vollständigen schriftlichen Protokollierung des Prozessprogrammes besondere Wichtigkeit zu. Darin wird fachkundig festgelegt sein, ob etwa sogleich ein Sachverständiger zu bestellen ist, dessen im konkreten Fall erforderliche Sachkunde zu erörtern sein, der Gerichtsauftrag an den Sachverständigen möglichst genau und nicht zu pauschal zu definieren sein und nach entsprechender Erörterung festzulegen sein, ob der Aufnahme des allenfalls erforderlichen Sachverständigenbeweises teilweise oder umfängliche Einvernahmen von Zeugen oder Parteien voranzugehen haben. Zu Letzterem ist wiederum festzulegen, ob diesen Einvernahmen zweckmäßigerweise bereits Sachverständige zur Gänze oder teilweise beizuziehen sind, wobei die hierdurch entstehenden Prozesskosten gegen die dadurch gewonnene Sach- und Entscheidungskompetenz jeweils im Einzelfall abzuwägen sind.

Die Erörterung und Festlegung des Prozessprogrammes stellt den vielleicht wichtigsten Abschnitt im Bauprozessablauf dar, da bereits mit der richterlichen Festlegung dieses Prozessprogrammes entschieden wird, ob der Bauprozess in Anbetracht der oft komplexen Sach- und Entscheidungsgrundlage dennoch möglichst straff abgewickelt werden wird oder dessen Ausüferung bereits vorhersehbar ist.

4. Die Prozessförderungspflicht der Parteien

Eine möglichst optimale gerichtliche Festlegung des weiteren Prozessprogrammes korreliert allerdings wesentlich mit der die Parteien treffenden Prozessförderungspflicht (*§ 178 Abs. 2 ZPO*). Diese haben ihre Sachvorträge so zeitgerecht und vollständig zu erstatten, dass das Verfahren eben möglichst rasch durchgeführt werden kann, andererfalls auch bei zulässigem Vorbringen vom Gericht Kostenfolgen ausgesprochen werden können (*962 BGBI Nr. 21 GP 22 f.*) Da der Kläger in der Regel selbst an einer raschen Beendigung des Rechtsstreites interessiert ist, trifft die Prozessförderungspflicht vor allem den Beklagten (*OGH 2.6.2008, 10 Bkd 6/07*).

Die Prozessförderungspflicht steht in einem gewissen Spannungsverhältnis mit der Überlegung, nicht bereits vorweg alle denkbaren Begründungen für den Klagsanspruch oder dessen Abwehr offenzulegen, sondern an die Prozessstrategie des Gegners anzupassen. In diesem Zusammenhang kann die Prozesspartei durchaus gehalten sein, auf etwa aus der Vorkorrespondenz bereits bekannte Einwände und Argumente der Gegenseite vorweg einzugehen. Zu weit ginge die

Grenzen der Prozessförderungspflicht

Prozessförderungspflicht der Partei allerdings dann, wenn man von ihr verlangte, den Prozessgegner auf für seinen Prozessstandpunkt förderliche Argumente überhaupt erst hinzuweisen.

Der Richter ist zum Zweck einer straffen Prozessabwicklung berechtigt, Sachbehauptungen oder Beweisanträge auch zurückzuweisen, wenn diese grob schuldhaft nicht bereits früher vorgebracht wurden und die Zulassung der Erledigung des Verfahrens erheblich verzögern würde (§ 179 ZPO). Davon müssen allerdings schon allein aus prozesspraktischen Erwägungen neues Vorbringen und bezughabende Urkundenvorlagen, die auf bisher erzielten Beweisergebnissen aufbauen, ausgenommen werden, da der Zivilprozess im Allgemeinen und der Bauprozess im Besonderen einen dynamischen Vorgang darstellen, der durch die jeweils neu gewonnenen Erkenntnisse gelenkt und weiterentwickelt wird.

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung im Bauprozess ist die Prozessstrategie, einen seine Aussage leistenden Zeugen erst während oder nach seiner Aussage mit seiner Aussage widersprechenden Urkunden zu konfrontieren. Dieses Vorgehen ist auch prozessordnungskonform. Im Falle eines unberechtigten gerichtlichen Zurückweisungsbeschlusses stellt dies einen Verfahrensmangel dar, der mit Berufung geltend zu machen ist.

Der Zurückweisungsbeschluss bedarf nach herrschender Ansicht auch keiner ausdrücklichen Rüge (*Fucik in Rechberger; ZPO², Rz 2 zu § 196 ZPO*).

Die relativ strenge Präklusionsnorm des § 179 ZPO verweist ihrerseits auf die Anleitungspflichten des Gerichtes (§ 182a ZPO). Danach darf das Gericht seine Entscheidung mit Ausnahme von Nebenansprüchen nicht auf Aspekte stützen, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unbeachtlich gehalten hat, soferne es diese nicht zuvor mit der Partei erörtert und den Parteien auch Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Das hierzu zu führende richterliche Rechtsgespräch ist zu protokollieren. Damit ist das gesetzlich bestehende Verbot der gerichtlichen Überraschungsentscheidung festgeschrieben.

Vom Inhalt dieser Erörterungspflicht ist einerseits die Klärung des unstrittigen Sachverhaltes erfasst. Darüber hinaus bedarf es aber auch einer Erörterung des Rechtsvorbringens. Aus praktischer Sicht sind hierbei vor allem Hinweise erforderlich, falls das Gericht die Beweislastverteilung anders beurteilt als die Parteien (*OGH 25.1.1994, 1 Ob 532/94 = SZ 67/9*). Das Gericht hat auch seine Absicht bekanntzugeben, allenfalls von ständiger Rechtsprechung abgehen zu wollen oder auch eine neue Rechtsauffassung zu entwickeln, die entspre-

Bauprozess
als dynamischer
Vorgang

Konfrontation mit
widersprechen-
den Urkunden

Richterliches
Rechtsgespräch

Richterliche
Anleitungspflicht

Übersichtliche
Urkundenvorlage

chendes Tatsachenvorbringen erforderlich macht (*s. Schragel in Fasching/Konecny² II/2 § 182a ZPO Rz 5*). Schließlich umfasst die richterliche Anleitungspflicht auch die Erörterung der Beweislage, der Prozessrisiken und des Sachvorbringens. Keine Anleitung hat das Gericht allerdings anwaltlich vertretenen Parteien dahingehend zu geben, welche Anträge prozessual zweckmäßigerweise zu stellen sind.

Da sich der Bauprozess auch in formaler Hinsicht durch oft beträchtliche Urkundenvielfalt auszeichnet, ist der übersichtlichen Urkundenvorlage besonderes Augenmerk zu schenken. Dabei sind nach der Prozessordnung die maßgeblichen Stellen der Urkunde bestimmt anzugeben oder hervorzuheben (§ 297 ZPO). Wenngleich diese Norm sanktionslos ist und das Gericht nicht davon entbindet, den gesamten Inhalt jeder einzelnen Urkunde zu lesen, zu verstehen und zu würdigen, ist in der Praxis einer kosten- und zeitökonomischen Durchführung des Bauprozesses durch die Beachtung dieser Verfahrensnorm viel gedient. Auch die Erstellung von Urkundenverzeichnissen durch die Prozessparteien ist zweckmäßig.

Ist für die Erstattung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens die Mitwirkung der Prozessparteien oder allenfalls auch von dritten Personen erforderlich, wird der Sachverständige entsprechende Ersuchen an die Prozessparteien richten.

Bleiben diese erfolglos, kann der Sachverständige vom Gericht den Parteien das Erforderliche mit Beschluss auftragen lassen. Im Falle des ungenützten Ablaufes der hierfür gesetzten Frist ist das Gutachten so dann ohne Berücksichtigung des Fehlenden vom Sachverständigen zu erstatten, wobei es der Prozesspartei aber freisteht, die geforderte Mitwirkung noch bis zum Zeitpunkt der Gutachtensausarbeitung ohne Kostenfolgen oder sogar noch bis zum Zeitpunkt vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz, diesfalls allerdings bereits mit entsprechenden Kostenfolgen, nachzuholen (962 BGBI NR 21. GP 37).

5. Die Nebenintervention im Bauprozess

Der Bauprozess ist häufig durch die anteilige oder solidarische Haftung mehrerer beim Entstehen des Bauvorhabens zusammenwirkender Personen gekennzeichnet. Daraus folgt oft, dass entscheidungs-wesentliche sachverständig definierte Streithemen zwar in einem einzelnen Bauprozess geklärt werden, jedoch darüber hinausgehende rechtliche Bedeutung für sonstige Rechts-, insbesondere für Regress-streitigkeiten haben.

Damit bereits geklärte streitige Tatsachen nicht nochmals in kostenaufwändiger Weise in einem neuerlichen Bauprozess geklärt werden müssen, kann dem allenfalls haftenden Dritten durch Streitverkündung Mitteilung vom bereits laufenden Prozess gemacht werden (§ 21 ZPO). Damit wird im Regelfall die Aufforderung an den Dritten zum Streitbeitritt verbunden. Tritt der Dritte dem laufenden Bauprozess nicht bei, riskiert er viel. Denn nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (*OGH 8.4.1997, 1 Ob 2123/96d = SZ 70/60*) führt die Streitverkündung zu einer Bindungswirkung des nur zwischen den Streiteilen ergehenden Urteiles auch gegenüber dem zur Nebenintervention (der Streithilfe) aufgeforderten Dritten, wobei dies unabhängig davon gilt, ob dieser der Aufforderung Folge leistet.

Tritt der Dritte, dem der Streit verkündet wurde, dem laufenden Bauprozess nicht bei, kann er in einem Folgeprozess, der ihn sodann unmittelbar betrifft, keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden mehr erheben, die mit den notwendigen Argumenten der bereits ergangenen Entscheidung des Vorprozesses, dem der Dritte nicht beigetreten ist, in Widerspruch stehen. Das umfasst die die Rechtsposition des Dritten belastenden Tatsachenfeststellungen.

Bindungswirkung gegenüber dem Dritten

Dieser zweifelsohne strengen Judikatur kommt bei Bauprozessen beträchtliche Bedeutung zu. Davon betroffen ist etwa der Subunternehmer, dem vom Generalunternehmer in dessen Verfahren mit dem Bauherrn der Streit verkündet wurde. Tritt dieser Subunternehmer dem Streit nicht bei, riskiert er die vorzitierten Rechtsnachteile.

Ein ähnliches Risiko trifft auch mehrere dem Geschädigten haftende Baubeteiligte, wie etwa den planenden Architekten oder den ausführenden Fachunternehmer.

Überhaupt steht jedem am Bau Beteiligten, der ein rechtliches Interesse am Siegen eines der Streitteile eines laufenden Bauprozesses darlegen kann, das Recht offen, dem Rechtsstreit als Nebenintervent auch ohne ausdrückliche Streitverkündung beizutreten (§ 17 ZPO). Die Judikatur verlangt hierzu, dass sich die Entscheidung entweder unmittelbar oder zumindest mittelbar auf die rechtlichen Verhältnisse des Nebeninterventen auswirkt, wobei rein wirtschaftliche Interessen allerdings als nicht ausreichend angesehen werden.

Rechtliches Interesse

Ein bloß wirtschaftliches Interesse reicht hierzu nicht aus (*OGH 18.3.1982, 7 Ob 20/82 = SZ 55/39*). Das Interesse einer Person in Folge bestehender Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche begründet jedoch regelmäßig ein rechtliches Interesse. Aus vertragrechtlicher Sicht steht auch einem Solidarschuldner im Rechtsstreit

Wirtschaftliches Interesse

des Gläubigers gegen einen anderen Solidarschuldner ein rechtliches Interesse zu. Überhaupt wird ein vertraglicher Haftungs- oder Regressanspruch zwischen dem Streit Beitreten und der Prozesspartei in der Regel ein rechtliches Interesse begründen, da eben diesfalls der Rechtsstreit die Rechtssphäre des Nebenintervenienten berührt (*OGH 11.12.1980, 7 Ob 725/80 = SZ 53/168*).

Als nicht ausreichend wird ein Interesse an der Entscheidung über eine im Prozess eingewendete Gegenforderung angesehen (s. *SZ 53/168, a. A. Deixler/Hübner, Nebenintervention 47*). Dies ist jedenfalls fraglich, da ein bestehendes Interesse an der eingewendeten Gegenforderung durchaus auch bereits die Rechtssphäre des Nebenintervenienten berührt.

Ein gesetzliches Nebeninterventionsrecht, das im Bauprozess Bedeutung erlangen kann, ergibt sich weiters aus der Streitverkündungsobligieheit des § 931 ABGB. Danach muss der Übernehmer der Leistung seinem Vormann den Streit verkünden, wenn er wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches Gewährleistung geltend machen will.

Bei der Beurteilung der Frage, ob der Nebenintervent dem anhängigen Rechtsstreit auf Klags- oder Beklagtenseite beitritt, ist zu beachten, dass dem Nebenintervenienten, der auf der siegreichen Prozessseite beitritt, ebenfalls ein Kostenersatzanspruch erwächst, den die unterliegende Prozesspartei zu befriedigen hat. Das Prozesskostenrisiko der unterliegenden Prozessparteien erhöht sich daher. Der Nebenintervent selbst wird nicht prozesskostenersatzpflichtig.

Den Prozessparteien steht es jeweils frei, die Zurückweisung der Nebenintervention zu beantragen, soferne Zweifel am Vorliegen eines rechtlichen Interesses des Nebenintervenienten am Obsiegen einer der Prozessparteien vorliegen. Spricht sich hingegen keine der Prozessparteien gegen den Beitritt aus, prüft das Gericht nicht, ob das behauptete Interventionsinteresse überhaupt vorliegt.

Gegen die Zurückweisung der Nebenintervention sowie auch gegen die gerichtliche Zulassung des Beitrittes des Nebenintervenienten ist die Erhebung eines Rekurses möglich.

Tritt der Nebenintervent dem (Haupt-)Prozess bei, kann er zugunsten seiner Prozesspartei alle Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend machen, Beweisanträge stellen und auch sonstige Prozesshandlungen vornehmen.

Lediglich dann, wenn sich die Hauptpartei gegen bestimmte Prozesshandlungen des Nebenintervenienten ausspricht oder auch allenfalls die vom Nebenintervenienten gestellten Anträge ausdrücklich

Prozesskosten-
risiko

Zurückweisung
der Nebeninter-
vention

zurückzieht, tritt in diesem Umfang eine Einschränkung der Bindungswirkung der erfolgten Streitverkündung ein.

Dem Nebeninterventienten steht auch das Recht zu, neben oder anstelle der Hauptpartei Rechtsmittel zu ergreifen, wobei ihm nach der Judikatur die gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache zuzustellen ist und die Rechtsmittelfristen erst mit Zustellung der Entscheidung an ihn, nicht jedoch bereits mit der Zustellung der Gerichtsentscheidung an die Hauptpartei zu laufen beginnen (*s. OGH 1 Ob 145/02h*).

Rechtsmittel-
befugnis