

## 16. Bausachverständigentag

20. Juni 2024

### Der Bausachverständige im gerichtlichen Verfahren

Referent:

Dr. Michael Heßlinger

Rechtsanwalt

Vorsitzender Richter am Landgericht a.D.

#### Einleitung

In einem Zivilprozess stellt die Begutachtung durch einen Sachverständigen, neben dem Urkundenbeweis, die mit Abstand wichtigste und zuverlässigste Form der Beweisaufnahme dar. Die Einnahme des richterlichen Augenscheins kommt selten vor, das Ergebnis einer Zeugenvernehmung ist oftmals mit Vorsicht zu behandeln. Umso wichtiger ist es, dass die auf forensischen Erhebungen basierenden Ergebnisse einer sachverständigen Untersuchung nicht nur in fachlicher, sondern auch in prozessualer Hinsicht richtig und damit unangreifbar gewonnen werden. Dies ist nicht nur für den Sachverständigen von besonderer Bedeutung, wie noch aufzuzeigen sein wird, sondern auch und vor allem für den Richter, der die sachverständigen Feststellungen später verwerten soll und muss. Deshalb gilt es, das Augenmerk auf die wesentlichen Verfahrens- und Verhaltensweisen dieser Beweisaufnahme lenken. Besonderes Augenmerk ist hier auf die im Bau-recht häufig anzutreffende Beweisaufnahme im selbständigen Beweisverfahren zu richten<sup>1</sup>, die nach dem Gesetz einer Beweisaufnahme im Prozess

---

<sup>1</sup> Wobei vorliegend unter anderem auch die von Jürgen Ulrich, in: Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2. Auflage, München 2008, unter 5.6. zusammengetragene Erkenntnisse aufgegriffen werden.

gleichkommt (§ 493 ZPO). Die Erstattung eines Gutachtens durch den Sachverständigen erfordert – insbesondere in baurechtlichen Verfahren – in den meisten Fällen eine Besichtigung des zu begutachtenden Gegenstandes vor Ort. Seltener kann ein Gutachten aufgrund der Aktenlage erstattet werden. Der Ortstermin ist daher neben dem sorgfältigen Aktenstudium der wesentliche Quell des Erkenntnisgewinns des Sachverständigen.

Umso erforderlicher ist es, den Ortstermin sorgfältig vorzubereiten und die nach den gesetzlichen Vorgaben gestellten Vorfragen zu klären:

Grundlage für die Tätigkeit des Sachverständigen in beiden zivilprozessualen Verfahrensarten (Beweisverfahren oder Hauptprozess/Erkenntnisverfahren) ist zunächst ein Beweisbeschluss des Gerichts.

### **Abgrenzung selbständiges Beweisverfahren und Erkenntnisverfahren**

Anhand des Beweisbeschlusses sollte der SV zunächst prüfen, ob es sich bei dem zugrunde liegenden Verfahren um ein selbständiges Beweisverfahren oder um ein Erkenntnisverfahren, also um einen „normalen“ Prozess handelt.

Das ist maßgeblich dafür, ob die Tätigkeit des Sachverständigen gegebenenfalls unverzüglich beginnen, in der Regel also vorgezogen werden sollte, oder ob sie im üblichen Geschäftsgang stattfinden kann. So ist z. B. bei weiterlaufenden Baumaßnahmen grundsätzlich zu besorgen, dass durch den Baufortschritt Beweismittel verloren gehen oder die Beweiserhebung erheblich teurer wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Keller nass ist und der Bau nicht fortgesetzt werden kann, bis die Ursache gefunden und beseitigt ist. Erforderlich sind dann die zeitnahe Klärung von Mängeln und die Feststellung der Verantwortlichkeit. Auch kann es nötig sein, Bautenstände zu bestimmten Zeitpunkten zu sichern, z. B. im Falle der Kündigung des Bauvertrages. Denn dann richtet sich die Vergütung des Unternehmers nach dem Umfang und dem Zustand des von ihm geschaffenen Bautenstandes. Sol-

che Fälle werden regelmäßig im selbständigen Beweisverfahren behandelt, das nach den gesetzlichen Regeln als Eilverfahren ausgestaltet ist. Den am Bau beteiligten Personen ist nicht zuzumuten, den möglicherweise fehlerhaften Zustand bis auf weiteres zu konservieren oder den Bau zu stoppen, bis in einem Hauptverfahren ein Gutachten erstattet wird. Daher ist es in einem selbständigen Beweisverfahren in vielen Fällen nötig, den Ortstermin unverzüglich anzusetzen und dem Gericht ebenso unverzüglich mitzuteilen, wenn dem Hindernisse entgegenstehen.

Verzögert der Sachverständige die Gutachtenerstattung schuldhaft und erleidet eine an dem Verfahren beteiligte Partei dadurch einen Schaden, so stellt sich die Frage nach Schadensersatzansprüchen der Partei gegen den Sachverständigen.

Ansprüche könnten sich ergeben aus:

- Vertrag:  $\Theta$ : In der Literatur werden Verzugsansprüche gegen den Gutachter diskutiert, wenn dieser säumig ist und das Gutachten nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist abliefern (Jankowski, NZBau 2006, 96-99). Nach wohl h. M. haftet der gerichtlich bestellte Sachverständige den Parteien aber nicht aus Vertrag; das Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der Gerichtsbarkeit und dem Sachverständigen entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten Dritter (Mayen in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 839a BGB, Rn. 4);
- § 839a BGB:  $\Theta$ : Voraussetzung für diese Haftung ist ein unrichtiges, kein verspätetes Gutachten und zudem eine gerichtliche Entscheidung, die auf diesem Gutachten beruht;
- § 826 BGB: Auch Ansprüche wegen sittenwidriger Schädigung bei grober Verzögerung werden diskutiert für den Fall, dass in einem selbständigen Beweisverfahren erkennbar ein nahe liegender Schaden droht oder der Sachverständige trotz offensichtlicher Dringlichkeit aus Verdienstgründen die Erledigung eines Privatgutachtens vorzieht

(Blankenhorn, Die Neuregelung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durch Paragraph 839a BGB, Dissertation, Regensburg 2004, Seite 101).

Bislang hat die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, solche Ansprüche noch nicht positiv beschieden. Dennoch sollte jeder Sachverständige im Interesse der Vermeidung solcher eigenen Inanspruchnahmen das Beweisverfahren zügig durchführen.

Die Durchführung der Beweisaufnahme in beiden Verfahrensarten erfolgt sodann nach den Regeln des Erkenntnisverfahren (§§ 492 Abs. 1, 355 ff., 402 ff. ZPO). Wenngleich es danach möglich ist, dass der Sachverständige das Gutachten mündlich erstattet, ist es zur Gewährleistung einer auch gegebenenfalls noch später notwendig werdenden Verwertbarkeit des Gutachtens angezeigt, dieses grundsätzlich schriftlich zu erstatten; dem Sachverständigen ist deshalb gerichtlich mitzuteilen, dass gemäß § 411 Abs. 1 ZPO seine schriftliche Erklärung erwartet wird.

### 1. Begutachtungszwang

Gemäß § 407 ZPO sind die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen zur Erstattung von gerichtlichen Gutachten verpflichtet, sofern der Begutachtungsgegenstand in ihrer Bestellungsgebiet fällt. Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige sollte es vermeiden, sich zu Umständen gutachterlich zu äußern, die nicht in sein Bestellungsgebiet fallen. Nach verbreiteter Ansicht dürfe er dann in seinem Gutachtentext nicht den Rundstempel verwenden; andernfalls verstoße er nicht nur gegen die für ihn gültige Sachverständigenordnung seiner Bestellungskörperschaft, sondern handele auch wettbewerbswidrig im Sinne der §§ 1, 3 UWG. Hintergrund ist, dass das Gesetz in § 404 Abs. 3 ZPO vorschreibt, dass das Gericht grundsätzlich öffentlich bestellte Sachverständige zu beauftragen hat. Andere Personen sollen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es

erfordern. Etwas anderes gilt natürlich, wenn der Sachverständige für ein Gebiet, für das er nicht bestellt ist, sachkundig ist und die Parteien mit ihm einverstanden sind.

Das Gericht muss beachten, dass die Pflicht, als Sachverständiger tätig zu sein, eine Grenze an der Zumutbarkeit findet. Ein stark beschäftigter Sachverständiger ist daher z. B. nicht verpflichtet, seinen Erholungsurlaub für die Gutachtertätigkeit zu verwenden. Ist der Sachverständige aber so stark beschäftigt, dass ihm eine zeitnahe Erstattung des Gutachtens nicht möglich ist, so muss er dem Gericht dies mitteilen. Das Gericht entscheidet dann nach Anhörung der Parteien anhand der Gegebenheiten des Falles, ob es einen anderen Sachverständigen beauftragt.

## 2. Vorprüfung der Kompetenz, § 407a Abs. 1 ZPO

Der Sachverständige hat nach Eingang der Akten bei ihm zunächst „unverzüglich“ (= ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB) zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und ohne die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger erledigt werden kann. Ist das nicht der Fall, so hat der Sachverständige das Gericht sofort zu verständigen, § 407a Abs. 1 ZPO.

**Bsp.:** Immer öfter wird den Bausachverständigen die Frage gestellt, ob nach ordnungsgemäßer Beseitigung der Mängel (Bsp.: Risse im Innen- und Außenputz) ein **merkantiler Minderwert** bestehen bleibt. Der merkantile Minderwert ist nach § 13 Ziff. 7 VOB/B als Schaden zu berücksichtigen. Er besteht neben dem Mängelrecht der Minderung, die sich auf die mangelhafte Werkleistung bezieht.

BGH 1971: Die Betondecken über Keller und Dachgeschoß hatten nicht die im Bauvertrag vereinbarte Druckfestigkeit von 225 kp/cqm haben. Sie beträgt nur 160 kp/cqm. Damit war auch die nach den DIN-Vorschriften geforderte Standsicherheit nicht voll erreicht, das Haus aber bewohnbar

(BGH, Urteil vom 14. Januar 1971 – VII ZR 3/69 –, BGHZ 55, 198-200, Rn. 81).

Im vorgenannten Fall konnte der Mangel nicht mehr beseitigt werden. Was aber ist, wenn der Mangel ordnungsgemäß und vollständig beseitigt wurde? → **vgl. Kfz**; beim Kfz-Verkauf muss man ungefragt einen Unfallschaden angeben. Dieser mindert den Marktwert. Beim Gebäude braucht der Verkäufer nach der Rechtsprechung des BGH Schäden nicht anzugeben, wenn sie von einer Fachfirma behoben wurden; dann kann der Markt auch keine Minderung vornehmen. lediglich dann, wenn er Zweifel hat, ob noch verborgene Mängel vorliegen können.

Ein merkantiler Minderwert liegt vor, wenn nach erfolgter Mängelbeseitigung eine verringerte Verwertbarkeit gegeben ist, weil die maßgeblichen Verkehrskreise ein im Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung geringeres Vertrauen in die Qualität des Gebäudes haben (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 – VII ZR 84/10 –, Rn. 19, juris). → Es ist also der technische Minderwert festzustellen (so schon BGH, Urteil vom 14. Januar 1971 – VII ZR 3/69 –, BGHZ 55, 198-200, Rn. 91 - 92). Diese Frage fällt also in das Fachgebiet eines Sachverständigen für Grundstücksbewertung.

Eine unverzügliche Prüfung liegt nicht mehr vor, wenn der Sachverständige die eigene Kompetenz erst dann prüft, wenn er das Gutachten zu erstellen gedenkt, also erst nach Wochen (MüKoZPO/Zimmermann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 407a Rn. 2).

**Folge schuldhafter Verzögerung: Schadensersatz:** § 407a Abs. 1 ZPO dürfte ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen (MüKoZPO/Zimmermann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 407a Rn. 3).

### 3. Vorprüfung der Befangenheit, § 407a Abs. 2 ZPO:

In den ursprünglichen § 407a ZPO wurde mit Wirkung vom 11.10.2016 als Absatz 2 eine Selbstprüfung der eigenen möglichen Befangenheit eingefügt. Diese – eigentlich selbstverständliche – Pflicht hat der Gesetzgeber für nötig angesehen, weil

*In jüngerer Zeit wird von Bürgerinnen und Bürgern sowie der öffentlichen Berichterstattung zunehmend die Unabhängigkeit und Neutralität gerichtlich bestellter Sachverständiger in Einzelfällen in Frage gestellt (Bundesratsdrucksache 438/15 S. 5).*

#### Bundesratsdrucksache 438/15 S. 10/11

Die Mitteilungspflicht des Sachverständigen im neuen Absatz 2 veranlasst ihn, sich in einem frühen Stadium der Ernennung seiner Unparteilichkeit zu vergewissern oder aber diesbezügliche Probleme dem Gericht und den Parteien bzw. den Beteiligten anzuzeigen. Eine Überprüfung, ob es Interessenkonflikte gibt, die den Beweiswert eines gerichtlichen Gutachtens mindern oder ausschließen, obliegt im Zivilprozess nicht nur dem Gericht, sondern nach dem Beibringungsgrundsatz auch den Parteien selbst. Hat eine Partei bzw. ein Beteiligter im Laufe eines Prozesses Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Sachverständigen, so kann sie einen Sachverständigen nach § 406 ZPO wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen. Über das Gesuch entscheidet das Gericht. Wenn die Parteien bzw. die Beteiligten die Umstände, die eine mögliche Befangenheit begründen könnten, allerdings nicht kennen und auch nicht kennen können, da Vorbefassungen des Sachverständigen nicht immer publik gemacht werden, können sie dies dem Gericht nicht mitteilen. Ein Ablehnungsrecht geht ins Leere.

Ein gerichtlicher Sachverständiger, der einen möglichen Interessenkonflikt durch eine Ernennung befürchtet, hat dies dem Gericht aus eigener Veranlassung und unverzüglich mitzuteilen. Das Gericht hat die dargelegten Gründe zu prüfen und gegebenenfalls einen anderen Sachverständigen zu ernennen. Dies ergibt sich jedoch nicht ausdrücklich aus dem Gesetz. Die Pflicht des Sachverständigen, sonstige Gründe mitzuteilen, die zu einer Entpflichtung von seiner Gutachtenserstattungspflicht führen können, wird von der Vorschrift des § 408 Absatz 1 Satz 2 ZPO vorausgesetzt. Verstößt der Sachverständige gegen die Pflicht zur Mitteilung von Interessenkonflikten, entfällt sein Vergütungsanspruch, es sei denn, er

hat die Unterlassung nicht zu vertreten (§ 8a Absatz 1 JVEG). Auch wenn im Laufe der Begutachtung Umstände eintreten, die Zweifel an der Unabhängigkeit – und sei es im Rahmen der gemäß § 411 Absatz 2 Satz 2 ZPO gesetzten Nachfrist – begründen, hat der Sachverständige diese unverzüglich mitzuteilen.

Danach hat der Sachverständige unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Der Sachverständige hat dem Gericht solche Gründe unverzüglich mitzuteilen. Unterlässt er dies, kann gegen ihn ein Ordnungsgeld festgesetzt werden.

Die Verpflichtung des Sachverständigen soll einer späteren Ablehnung des Sachverständigen (§ 406 ZPO) vorbeugen, wenn er Ablehnungsgründe verschwiegen hatte. Er muss dem Gericht z.B. häufige Gutachtertätigkeit für eine Partei bzw. deren Versicherung, Verwandtschaft mit einer Partei oder ihrem Prozessbevollmächtigten und gesellschaftlichen Umgang (z.B. Mitgliedschaft im selben Verein) mitteilen.

**Neben der in der neuen Vorschrift ausdrücklich genannten Sanktion Ordnungsgeld kommt u. U. ein Verlust der Vergütung nach § 8a JVEG in Betracht.**

#### 4. Eigenverantwortliche Erstattung des Gutachtens, § 407a Abs. 3 ZPO

Der Sachverständige ist ohne entsprechende Genehmigung des Gerichts nicht befugt, den Auftrag auf einen anderen zu übertragen. Er hat folglich das Gutachten persönlich zu erstatten. Nicht genügend ist es, wie man das hin und wieder bei ärztlichen Gutachten vorfindet, dass der als Sachverständige bestimmte Chefarzt das vom Assistenten erstellte Gutachten mit dem Zusatz „Einverstanden“ o. ä. versieht. Der Sachverständige kann sich aber durch Hilfspersonal zuarbeiten lassen, was an seiner alleinigen Verantwortlichkeit nichts ändert.



Soweit der Sachverständige sich der Mitarbeit einer anderen Person bedienen will, hat er diese – spätestens im Gutachten – namhaft zu machen und den Umfang ihrer Tätigkeit anzugeben, falls es sich nicht nur um Hilfsdienste von untergeordneter Bedeutung handelt, § 407a Abs. 3 ZPO.

Fehlen die Angaben über die Mitarbeiter und werden sie auf Anfordern nicht nachgereicht, kann dies zur Unverwertbarkeit des Gutachtens führen mit der Folge des Verlustes des Vergütungsanspruches. Weitergehende Schadensersatzansprüche der Parteien gegenüber dem Sachverständigen aus § 823 Abs. 2 BGB werden aber überwiegend abgelehnt (MüKo-ZPO/Zimmermann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 407a Rn. 11).

Für diese Vorprüfung steht ihm in der Regel eine Vergütung nicht zu, wenn er die erforderlichen Feststellungen ohne nennenswerten Arbeitsaufwand treffen konnte.

Aber auch dann, wenn der Auftrag von dem Sachverständigen allein problemlos durchgeführt werden kann, empfiehlt sich eine - vom Gesetz nicht vorgeschriebene - entsprechende Mitteilung an das Gericht. Der Richter weiß dann, dass zum einen die Akte bei dem Sachverständigen angekommen ist und zum anderen, dass dieser in der Lage ist, den Auftrag alleine durchzuführen und kann die Sache beruhigt auf Frist legen.

#### 5. Prüfung des Beweisbeschlusses, § 407a Abs. 4 S. 1 ZPO

Ist der Sachverständige in der Lage, den Auftrag auszuführen, so hat er den Inhalt der Begutachtung zu überprüfen. Diesem Punkt kommt für die Vorbereitung der Begutachtung einschließlich des Ortstermins erhebliche Bedeutung zu. Es ist nicht zielführend, wenn der Sachverständige vor einem unklaren Beweisthema den Ortstermin durchführt. Im Zweifel findet dieser

dann vergebens statt. Hat der Sachverständige deshalb Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages, so hat er unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen, § 407a Abs. 3 S. 1 ZPO.

Dies gilt insbesondere für das selbständige Beweisverfahren. Hier gilt zu beachten, dass das Gericht im selbständigen Beweisverfahren an die Tatsachenbehauptungen des Antragstellers gebunden ist und insbesondere nicht die Beweisbedürftigkeit prüfen darf. Dieser Umstand führt zwar nicht dazu, dass das Gericht auch bei der Abfassung des Beweisbeschlusses an die vom Antragsteller gebrachten Formulierungen gebunden ist. Zur Abweichung von dem Wortlaut der Antragstellung besteht Veranlassung bei der Gefahr von Missverständlichkeiten; das Gericht muss sowohl im Prozess als auch im selbständigen Beweisverfahren den Sachverständigen gemäß § 404a ZPO anleiten und anweisen und hierbei insbesondere darauf achten, dass die Beweisfragen für den Sachverständigen verständlich sind. Allerdings ist es in der Praxis regelmäßig so, dass Beweisanträge des Antragstellers vom Gericht eins zu eins oder allenfalls mit geringen Abweichungen übernommen werden. Dies hat zum einen seinen Grund darin, dass der Richter vielfach aufgrund fehlender technischer Kompetenz gar nicht erkennen kann, ob eine Missverständlichkeit oder Doppeldeutigkeit vorliegt, zum anderen darin, dass den Gerichten oftmals schlicht die Zeit fehlt, sich im Beweisverfahren mit umfangreichen Beweisanträgen im Detail auseinanderzusetzen. Es handelt sich bei dem Beweisverfahren ja nicht um einen Prozess, in dem der Richter eine Entscheidung in der Sache selbst zu fällen hat, sondern es geht lediglich um Tatsachenfeststellung. Hier muss der Richter nicht „in die Sache“ einsteigen, sondern er leitet und beaufsichtigt vor allem den richtigen formellen Ablauf des Verfahrens. Den Baukammern des Landgerichts Saarbrücken werden nicht selten Beweisanträge vorgelegt, die schon ohne Begründung zweistellige Seitenzahlen aufweisen. Dass vor diesem Hintergrund eine intensive Befassung des Richters mit dem Beweisantrag nicht immer möglich ist, liegt auf der Hand und bedarf keiner ver-

tieften Ausführung. Umso wichtiger ist die Prüfung der Beweisformulierungen durch den Sachverständigen.

Es empfiehlt sich in jedem Fall, auch den telefonischen Kontakt zu dem zuständigen Richter zu suchen. Hierbei können Fragen vielfach gleich geklärt werden. Zumindest aber kann die weitere Vorgehensweise abgestimmt werden. Die hier festzustellende Zurückhaltung vieler Sachverständiger ist absolut nicht angebracht und fördert die sachdienliche Beweiserhebung nicht. Nur wenn der Sachverständige in hinreichendem Kontakt zu dem Richter steht, wird er zu einem echten Gehilfen des Richters.

#### 6. Klärung der Kosten, § 407a Abs. 4 S. 2 ZPO

Auf der Grundlage der soeben erwähnten Überprüfung des Inhaltes und des Umfangs der Begutachtung hat der Sachverständige sodann die voraussichtlich entstehenden Kosten zu überprüfen. Hierbei hat er insbesondere auch die Kosten des noch anzuberaumenden Ortstermins einzukalkulieren. Gerade die Beweisaufnahme vor Ort verursacht in vielen Fällen erhebliche Kosten, wenn z. B. – wie bei Bauteilöffnungen, Gerüsterstellungen oder Ab- und Aufbau von PV-Anlagen – Fachfirmen beauftragt werden müssen. Das Gericht hat vielfach bereits einen Kostenvorschuss angefordert. Dieser kann aber immer nur auf einer groben Schätzung des Richters beruhen. Daher sollte in Zweifelsfällen ein Vorab-Ortstermin mit den Parteien und Anwälten anberaumt werden, um die Örtlichkeit in Augenschein zu nehmen, die sich die zu begutachtenden Stellen zeigen zu lassen und dann über die weitere Vorgehensweise zu entscheiden.

Der Sachverständige muss sodann rechtzeitig einen Hinweis erteilen, wenn durch seine Tätigkeit voraussichtlich Kosten erwachsen werden, die erkennbar außer Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes stehen, oder die einen angeforderten Kostenvorschuss erheblich übersteigen, § 407a Abs. 4 S. 2 ZPO. Hintergrund ist, dass der Antragsteller entscheiden können

muss, ob er auch bei Kenntnis der wahren Kostenhöhe die Begutachtung überhaupt noch durchführen will.

Die Vorschrift verpflichtet den Sachverständigen auch während laufender Begutachtung zur ständigen Prüfung der Kostenverhältnismäßigkeit und bei Zweifeln zu Hinweisen an das Gericht. Weist das Gericht den Sachverständigen darauf hin, bei Überschreitung des gezahlten Vorschusses die Tätigkeit einzustellen, und arbeitet er dennoch weiter, kann sich die Vergütung auf den Betrag des geleisteten Vorschusses begrenzen. In der Rechtsprechung sind auch Fälle entschieden worden, die sich mit der Frage befassen, welche Vergütung dem Sachverständigen zustehen, wenn er die beschriebene Anzeigepflicht verletzt hat und sich nicht feststellen lässt, dass die Begutachtung bei pflichtgemäßer Anzeige fortgeführt worden wäre. In diesen Fällen wurde geurteilt, der Sachverständige könne als Vergütung nicht mehr als 120 % bis 125 % des Vorschusses erhalten<sup>2</sup>. Diese Rechtsprechung gilt auch unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 8a Abs. 4 JVEG<sup>3</sup>, die seit dem 01.08.2013 in Kraft ist. Danach erhält der Sachverständige die Vergütung nur in Höhe des Vorschusses, wenn die Vergütung den Auslagenvorschuss „erheblich“ übersteigt.

Das führt zu teilweise absurden Ergebnissen: Wenn der Sachverständige die Rechnung, die sich z.B. auf 123% beläuft, nach Beanstandung oder gar vor Einreichung taktisch kürzt, sodass nur um eine Überschreitung um 19% vorliegt, soll das unbeachtlich sein. Dass der Sachverständige bei einer Überschreitung um 19% mehr bekommt als bei einer Überschreitung um 21%, soll verfassungsrechtlich unbedenklich sein (MüKoZPO/Zimmermann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 407a Rn. 13; BayLSG BeckRS 2015, 73272. Sehr bedenklich).

---

<sup>2</sup> Z. B. OLG Nürnberg, MDR 2003, 479; OLG Stuttgart, MDR 2008, 652: Die Erheblichkeitsgrenze liegt im Regelfall bei 20 bis 25 %. Mehrkosten darunter unterliegen nicht der Hinweispflicht.

<sup>3</sup> Der Wortlaut der Vorschrift ist im Anhang abgedruckt.

In den Fällen, in denen zwar genügend Vorschuss eingezahlt wurde, die geltend gemachte Vergütung aber erheblich außer Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes steht, hat das Gericht nach Anhörung der Beteiligten nach billigem Ermessen eine Vergütung zu bestimmen, die in angemessenem Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes steht. Maßgeblich für die Höhe des Vergütungsanspruches des Sachverständigen ist in diesen Fällen also nicht die Höhe des gezahlten Vorschusses, sondern der Wert des Streitgegenstandes.

#### 7. Keine Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen

Der in einem Zivilverfahren eingesetzte Sachverständige hat den für dieses Verfahren geltenden Beibringungsgrundsatz zu beachten, das heißt dass die Parteien selbst Inhalt und Umfang des Verfahrens bestimmen und ihnen auch die Herrschaft über die Beweismittel zusteht. Der Sachverständige darf also nur verwerten, was die Parteien vortragen. Demnach ist er (auch im selbständigen Beweisverfahren) weder berechtigt, noch verpflichtet, sich Urkunden zu verschaffen, die sich nicht bei der Akte befinden. Benötigt er Unterlagen, so hat er dieses Erfordernis grundsätzlich dem Gericht mitzuteilen, das ihn dann gegebenenfalls ermächtigt, diese Unterlagen unmittelbar bei den Beteiligten (oder Dritten) anzufordern. Werden diese Unterlagen dann nicht vorgelegt, hat der Sachverständige das Gutachten ohne sie zu erstatten, kann also insbesondere nicht einen vermuteten Inhalt berücksichtigen. Auch wenn der Sachverständige einen zurückliegenden Zustand begutachten soll und im Beweisbeschluss ausdrücklich auf den Zustand zur Zeit der Begutachtung durch den Privatgutachter abgestellt wird, darf er diesen Privatgutachter nicht unmittelbar befragen und den mitgeteilt erhaltenen Zustand als gegeben gewesen unterstellen.

Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass der Sachverständige nicht bei einem Ortstermin im Beisein aller Parteien nach Unterlagen fragen darf. Werden ihm solche ausgehändigt, hat er dies zu protokollieren, im Gutach-

ten aufzuführen und, wenn er die Unterlagen für das Gutachten verwendet, dem Gutachten beizufügen.

### 8. Ortstermin des Sachverständigen

Ist der Sachverständige angewiesen oder hält er es für notwendig, einen Ortstermin zu bestimmen, so hat er gewisse rechtliche Vorgaben zu beachten.

Es gilt vor allem der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit. § 357 Abs. 1 ZPO, der für den Sachverständigenbeweis gemäß § 402 ZPO anwendbar ist, besagt ebenso lapidar wie eindeutig: **„Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen“**. Dies ist die Regel und Abweichungen hiervon sind nur ausnahmsweise zulässig, so z. B., wenn es sich um Tatsachen handelt, die nicht den zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern die anzuwendende Sachkunde selbst betreffen (sog. Befundtatsachen), also z. B. das Einziehen von Erkundigungen beim Hersteller von Bauteilen, Internetrecherchen, Einholen von Vergleichsmieten usw. Hier genügt es, wenn der Sachverständige im Gutachten selbst darlegt, wie er zu den Erkenntnissen gelangt ist. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Parteiöffentlichkeit besteht auch, wenn intime oder höchstpersönliche Bereiche der anderen Partei betroffen sind (z. B. ärztliche Untersuchung). Geht es hingegen um einen Ortstermin, bei dem sonstige streitgegenständliche Beweistatsachen festgestellt werden sollen, lässt die Rechtsprechung Ausnahmen so gut wie nicht zu. § 404a Abs. 4 ZPO, wonach das Gericht bei Erfordernis bestimmt, wann der Sachverständige den Parteien die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat, enthält nur scheinbar eine Ausnahme. Wegen der Grundsätze des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens kann das Gericht im Regelfall, insbesondere bei der Besichtigung von Örtlichkeiten, sein Ermessen nur dadurch ordnungsgemäß ausüben, dass es dem Sachverständigen aufgibt, die Teilnahme der Beteiligten zu gestatten. Das Ermessen ist also auf Null reduziert. Dies gilt auch, wenn das Anwesenheitsrecht schwierig durch-

zusetzen ist (**Bsp: Alte Kunstwerke im Tresor**). Durch das Recht der Beteiligten, dem Sachverständigen Fragen zu stellen und Hinweise zu geben, können sie dazu beitragen, dass dem Gutachten eine zutreffende Tatsachenermittlung zugrunde liegt. Zugleich können sie sich selbst einen persönlichen Eindruck von der Örtlichkeit verschaffen, um so eine ausreichende Grundlage für ihren Sachvortrag und die rechtliche Bewertung zu erhalten. Schließlich ist die Anwesenheit aller Beteiligten geeignet, einseitige Beeinflussungen des Sachverständigen auszuschließen. Aus diesen Gründen entspricht es der heute herrschenden Meinung auch in der zivilprozessualen Rechtsprechung und Literatur, dass den **Beteiligten auch bei den Ermittlungen des Sachverständigen zur Vorbereitung seines Gutachtens ein Anwesenheitsrecht zusteht** (BGHZ 116, 47, 58 (Einsicht in Geschäftsunterlagen); OLG München NJW 1984, 807; OLGZ 1983, 355, 356 f.; OLG Düsseldorf BauR 1974, 72; tendenziell auch BVerwG NJW 2006, 2058). **Bsp: Inaugenscheinnahme eines Vergleichsfahrzeuges, Entnahme von Bodenproben, Messungen am zu begutachtenden Objekt.** Nach anderer Ansicht ist die Teilnahme der Parteien im Stadium der Gutachtenvorbereitung zwar nicht verpflichtend, zumindest aber aus Gründen der Prozessökonomie häufig zweckmäßig (Ahrens in: Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 1. Aufl. 2015, Kapitel 47: Vorbereitung der Begutachtung, Pflichten des Sachverständigen, Rn. 37).

Solche Vorbereitungstätigkeiten sind zu unterscheiden von den vorbereitenden Bauteilöffnungen, welche nicht dem Erkenntnisgewinn in Bezug auf das Beweisthema dienen.

Häufig sind Begutachtungen in Örtlichkeiten vorzunehmen, die im Eigentum einer Partei stehen. Wird einer Partei oder ihrem Vertreter der Zutritt zu einer Wohnung oder einem Grundstück verwehrt, wo die Beweisaufnahme stattfinden soll, so muss, wenn die betroffene Partei auf Teilnahme beharrt und nicht durch Entsendung eines Vertreters Abhilfe geschaffen werden kann, die Beweisaufnahme in dieser Form unterbleiben (rechtliche Konse-

quenz: entweder Beweisfähigkeit der betroffenen Partei oder Beweisvereitelung durch die verweigernde Partei bei unberechtigter Zutrittsverweigerung). Wird während des Ortstermins jemand als Störenfried vom Hausrechtsinhaber hinausgewiesen, so wird in einschlägigen Internetforen dem Sachverständigen empfohlen, den Ablauf zu protokollieren und trotzdem den Ortstermin durchführen. Dies halte ich für bedenklich. Es kann auch in diesem Fall ein Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit vorliegen. Der Sachverständige sollte in diesem Fall daher zwar die Vorfälle protokollieren, um dem Gericht eine Grundlage für seine Entscheidung zu geben, dann aber den Ortstermin abbrechen und den Richter um Entscheidung ersuchen. In diesen Fällen empfiehlt es sich, dass der Richter selbst einen Ortstermin bestimmt und den Sachverständigen und die Beteiligten hinzulädt. In diesem Falle obliegt dem Gericht die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung (§ 176 GVG, Sitzungspolizei). Eine „Sitzung“ im Sinne dieser Vorschrift ist nicht auf den Sitzungssaal beschränkt, sondern umfasst auch die Augenscheinseinnahme außerhalb der Gerichtsstelle.

Es kommen auch nicht selten Fälle vor, bei denen der Beweis in Örtlichkeiten zu erheben ist, die nicht im Eigentum einer Partei, sondern im Eigentum oder im Besitz eines Dritten stehen. **Bsp: Verfahren Subunternehmer gegen Generalunternehmer, Mängel am Gebäude des Bauherren. Oder: Die zu begutachtenden Räumlichkeiten sind vermietet.** Hier kann § 144 ZPO helfen: Das Gericht kann dem Dritten die Duldung der Maßnahme auferlegen, wenn der Eingriff zumutbar ist (KG NJW-RR 2006, 241). Dies gilt jedoch nicht, wenn eine Wohnung betroffen ist. Die Wohnung genießt den besonderen Schutz des Grundgesetzes (Art. 13 Abs. 1 GG: „Die Wohnung ist unverletzlich“). Hier kommt eine Beweisaufnahme nur mit Einwilligung des Wohnungsinhabers in Betracht. Liegt diese nicht vor, hat der Sachverständige den Ortstermin sofort abbrechen und die Weisung des Gerichts einzuholen. Ansonsten könnte er Hausfriedensbruch nach § 123 StGB begehen.



Das gesetzlich verbrieft Anwesenheitsrecht erstreckt sich auch auf sachkundige Berater oder Dolmetscher einer Partei, sofern dies nach Ansicht der Partei erforderlich ist, damit sie sich qualifiziert beraten lassen kann, um ihre Mitwirkungsbefugnisse auszuüben. Ist die Partei, ihr Anwalt oder der sachkundige Berater verhindert, muss eine Vertragung des Ortstermins in Betracht gezogen werden. Stehen einer Vertragung erhebliche Gründe entgegen, etwa, weil die Partei den ganzen Winter in südlichen Gefilden verbringt, die Thermografiemessung aber nur im Winter stattfinden kann, ist unverzüglich die Entscheidung des Richters einzuholen. Der Richter kann im Einzelfall die Durchführung der Beweisaufnahme anordnen, wenn davon ausgegangen werden muss, dass die Partei keinen Wert auf ihre Anwesenheit legt. Denn auf das Anwesenheitsrecht kann die Partei auch verzichten.

Wurde gegen den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit verstoßen und der Gegner an der Beweisaufnahme nicht beteiligt, so wäre er, falls er die Nichtbeteiligung nicht zu vertreten hat, bei Verwertbarkeit des Beweisergebnisses im Hauptsacheprozess in seinem Recht auf Mitwirkung an der Beweiserhebung und damit in seinem Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt. Es müsste gegebenenfalls eine neue Begutachtung stattfinden. Ist diese nicht mehr möglich, weil mittlerweile die Mängel beseitigt und der Baum mangelfrei erstellt oder das zu begutachtende Fahrzeug verschrottet wurde, wird der Beweisführer den Prozess verlieren. Ob der Sachverständige hierfür auf Schadensersatz haftet, scheint fraglich. § 839a Abs. BGB<sup>4</sup> setzt für die Haftung des Sachverständigen ein unrichtiges Gutachten voraus. Ob ein Gutachten auch dann „unrichtig“ im Sinne der Vorschrift ist, wenn die Erhebungen unter Verstoß gegen gesetzliche Vorgaben gemacht worden sind und das Gutachten, ebenso wie ein sachlich unrichtiges, aus diesem Grunde unbrauchbar wird, ist angesichts des klaren Wortlautes der Vorschrift unwahrscheinlich.

---

<sup>4</sup> Der Text der Vorschrift befindet sich im Anhang.

Um dem Grundsatz der Parteiöffentlichkeit Geltung zu verschaffen, ist die rechtzeitige Ladung der Parteien zum Ortstermin erforderlich. Hier gilt es, die Ladungsfrist des § 217 ZPO einzuhalten. Nach dieser Vorschrift beträgt die Frist, die zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstag liegen soll (Ladungsfrist), in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage. Hierbei gilt es zweierlei zu beachten:

- Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.07.2012 (Aktenzeichen VII ZB 9/12, veröffentlicht in BauR 2012, 1676) stellt auch das selbständige Beweisverfahren vor dem Landgericht einen Anwaltsprozess im Sinne der Zivilprozessordnung dar, obwohl der Antrag auf Einleitung des Verfahrens und der Beitritt eines Streitverkündeten ohne Anwalt erfolgen können. Hier muss also stets die Ladungsfrist von einer Woche eingehalten werden, gleichgültig, ob sich ein Anwalt bereits eingeschaltet hat oder nicht.
- Der Tag der Zustellung der Ladung zählt bei der Fristberechnung nicht mit (§ 187 Abs. 1 BGB).

Beispiel: Wird in einem Verfahren vor dem Landgericht die Ladung zu einem Termin an einem Montag zugestellt, so kann der Termin spätestens am darauf folgenden Dienstag stattfinden (§ 188 Abs. 2 BGB).

Unter Berücksichtigung des Postlaufs wird es deshalb zweckmäßig sein, eine Frist von mindestens 10 Tagen einzuhalten. Ist eine Partei, ihr sachkundiger Berater oder ihr Anwalt verhindert, ist der Ortstermin zu verlegen, es sei denn, die Sache sei so eilig, dass eine Verlegung tunlichst vermieden werden sollte. In diesen Fällen ist sofort der Richter zu kontaktieren (Bereitschaftsdienst?). Wird von derselben Partei mehrfach Terminsverlegung beantragt, sollte auch hier der Richter informiert werden. Schließlich muss in Betracht gezogen werden, dass es der Partei um Prozessverschleppung gehen könnte.

Stellt der Sachverständige bei Prüfung seines Auftrages fest, dass die Begutachtung zwingend früher erfolgen muss, so hat er das Gericht hierauf hinzuweisen. Das Gericht kann nämlich auf Antrag einer Partei die Ladungsfrist abkürzen (§ 226 ZPO) und so auch die sofortige Begutachtung ermöglichen.

Wenn der Gegner nicht rechtzeitig geladen worden ist, kann das Ergebnis eines selbständigen Beweisverfahrens im Hauptprozess nicht genutzt werden, § 493 Abs. 2 ZPO. Diese Norm gilt von ihrem Wortlaut her für den gerichtlichen Termin; sie findet entsprechende Anwendung auf den von dem Sachverständigen bestimmten und zur Vorbereitung seines Gutachtens durchgeführten Termin der Ortsbesichtigung.

Nach vorstehenden Regeln sind auch die beigetretenen Streitverkündeten zu laden. Die nicht beigetretenen Streitverkündeten sind nicht zu laden, da nach § 74 ZPO das Verfahren ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt wird. Vielfach tritt die Situation ein, dass Streitverkündungen oder Beitrittserklärungen der Streitverkündeten erst nach Absendung der Akte an den Sachverständigen erfolgen. Es geht im Gerichtsalltag nur viel zu oft unter, den Sachverständigen hiervon zu unterrichten. Es empfiehlt sich daher für die Sachverständigen, vor Ausfertigung der Ladungen bei Gericht nachzufragen, ob es mittlerweile weitere Verfahrensbeteiligte gibt.

Besonders umstritten ist die für die Durchführung des Ortstermins u. U. besonders wichtige Frage, inwieweit das Gericht einen Sachverständigen anweisen kann, selbst eine **Bauteilöffnung** vorzunehmen und nach der Begutachtung das geöffnete Bauteil wieder ordnungsgemäß zu verschließen.

Bis zur Entscheidung des BGH vom 23.09.2020 (Az.: IV 88/19) standen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach der einen Meinung kann das Gericht den Sachverständigen gemäß § 404a ZPO dermaßen anweisen und der Sach-

verständige hat dem Folge zu leisten. Es sei ureigenste Aufgabe des Sachverständigen dafür zu sorgen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erledigung des Gutachterauftrags geschaffen werden. Jedenfalls wenn der Eigentümer des Bauwerks zustimme, müsse der Sachverständige auf Weisung des Gerichts Bauteilöffnungen und Verschließungen vornehmen (OLG Jena ZfIR 2007, 253; OLG Stuttgart OLGR 2006, 769; OLG Celle BauR 2005, 1358; OLG Frankfurt BauR 1998, 1052; OLG Düsseldorf BauR 1997, 697; OLG Brandenburg BauR 1996, 432). Nach einer anderen Meinung ist es Aufgabe der Prozessparteien oder Parteien des selbstständigen Beweisverfahrens, die Voraussetzungen für eine Begutachtung zu schaffen. Das Gericht ist nach dieser Meinung nicht befugt, den Sachverständigen anzuhalten, Bauteile zum Zwecke der Begutachtung zu öffnen und anschließend wieder zu verschließen (OLG Naumburg BauR 2005, 1686; OLG Frankfurt OLGR 2004, 145, 146; OLG Rostock BauR 2003, 757; OLG Bamberg BauR 2002, 829; LG Saarbrücken, Beschluss vom 05.04.2013, Az.: 15 OH 41/11). Der Sachverständige werde nach dem Gesetz zur Begutachtung von Sachverhalten herangezogen. Er trete insoweit an die Stelle des Richters, dem mangels Sachverstandes die Begutachtung nicht möglich ist. Ebenso wie der Richter nicht gezwungen ist, Bauteile zu öffnen, dürfte es auch der Sachverständige nicht sein. Es sei vielmehr allein Sache der Parteien, die Voraussetzungen für eine Begutachtung zu schaffen.

Der BGH hat in der o.g. Entscheidung hierzu befunden, dass die Erteilung einer Weisung eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Interessen der beweispflichtigen Partei und den mit einer Durchführung des Gutachterauftrags für den Sachverständigen verbundenen Anforderungen voraussetzt und hierbei den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit einzelfallbezogen Rechnung zu tragen ist (BGH, Urteil vom 23. September 2020 – IV ZR 88/19 –, Rn. 20, juris).

Bei seiner Ermessensentscheidung kann das Gericht den möglichen Erkenntniswert und die Verhältnismäßigkeit einer Weisung, aber auch berechnete Belange des Sachverständigen oder Dritter berücksichtigen (BGH, Urteil vom 23. September 2020 – IV ZR 88/19 –, Rn. 21, juris)

Zu einer Bauteilöffnung unter Eingehung unkalkulierbarer (Haftungs-) Risiken braucht (darf?) das Gericht einen Sachverständigen nicht anzuweisen (BGH, Urteil vom 23. September 2020 – IV ZR 88/19 –, Rn. 22, juris).

Selbstverständlich darf das Gericht auch nicht zu einer Bauteilöffnung anweisen, wenn der Eigentümer des Bauteils nicht einverstanden ist.

Im Fall des BGH ging es um die nicht zerstörungsfrei mögliche Untersuchung des Hausfundaments mit der Gefahr einer Beschädigung der Horizontal- oder Vertikalsperre, die Sachverständige trotz ihrer Sachkunde und auch bei sorgfältiger Überwachung hinzugezogener Fachunternehmen nicht verhindern können.

Falls einem Sachverständigen die vorbereitende Bauteilöffnung also aus irgendeinem Grund als zu riskant erscheint, gleich aus welchem Grund, ist ihm zu empfehlen, dem Gericht unter Darstellung der gesamten Umstände Mitteilung zu machen. Das Gericht wird dann die vorgenannte Abwägung zu treffen haben und gegebenenfalls dem Beweisführer die Bauteilöffnung aufgeben. Den Sachverständigen trifft aber immer die Pflicht, der Partei konkret anzugeben, wie die Bauteilöffnung beschaffen sein muss, damit die Begutachtung stattfinden kann. Dies sollte zur Vermeidung von Missverständnissen in der Regel schriftlich erfolgen.

M.E. hat der Richter bei seiner Abwägung zu berücksichtigen, dass es Probleme mit Rechtsschutzversicherungen gibt, wenn die Partei selbst die Bauteilöffnung beauftragt. Diese erkennen die Kosten nicht als Verfahrenskosten an und überweisen daher auch keinen Vorschuss. Nur bei einem ge-

richtlichen Beschluss, der der Partei die Kosten aufgibt, muss die RSV zahlen.

Gibt das Gericht der Partei die Bauteilöffnung auf, gehören die entsprechenden Kosten zu den erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten und können – bei Prozessgewinn – später gegen den Gegner festgesetzt werden, nicht aber bei einer durch Prozessvergleich vereinbarten Kostenaufhebung (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2021 – VII ZB 55/18 –, juris).

Allzu häufig scheuen aber auch die Sachverständigen im falsch verstandenen Interesse der Parteien den mit einer Bauteilöffnung verbundenen Aufwand und begnügen sich mit der Feststellung von Wahrscheinlichkeiten, die aber für eine Urteilsfindung nicht ausreichen. In diesen Fällen sollte mit den Parteien auch geklärt werden, dass die Voraussetzungen für eine abschließende Begutachtung von vornherein geschaffen werden.

Führt der Sachverständige, durch das Gericht angewiesen oder nicht, eine Bauteilöffnung durch, ist er, obwohl auch dies teilweise bestritten wird, nach richtiger Ansicht selbstverständlich dazu verpflichtet, diese wieder zu verschließen. Andernfalls hat er den Gutachterauftrag nicht vollständig erfüllt. Diese Verpflichtung kann aber nicht zur Folge haben, dass der Sachverständige einen technisch nicht korrekten Zustand reproduzieren muss. Stellt also zum Beispiel ein mit der Prüfung der Dichtheit eines Daches befasster Sachverständiger nach Öffnung ein Loch in der Dachhaut als Ursache fest, ist er weder verpflichtet, den unzureichenden Zustand zurück zu bauen, noch diese undichte Stelle fachgerecht zu verschließen. Er braucht durch Einbau eines Notdaches nur vor dem Eintritt weiterer Schäden zu sichern.

Ansonsten hat der Sachverständige bei dem Ortstermin die stets erforderliche Zurückhaltung und die allgemeinen Anstandsregeln zu beachten. Der Sachverständige muss sicherstellen, dass er rechtzeitig zur Stelle ist. Jeder

einseitige persönliche Kontakt mit Beteiligten vor dem Ortstermin ist zu vermeiden. Insbesondere sollte der Sachverständige nie mit einer Partei zusammen zum Ortstermin fahren. Ein schwer zu parierender Befangenheitsantrag der Gegenseite wäre die Folge. Strafbewehrte Handlungen wie Tätlichkeiten oder beleidigende Äußerungen während des Ortstermins muss der Sachverständige im Keim zu unterdrücken versuchen. Gelingt das nicht, ist nach Vorwarnung der Termin abubrechen. Keinesfalls darf der Sachverständige ausfällig werden und einen Teilnehmer des Ortstermins beleidigen.

Soweit die Aufgabenstellung des Sachverständigen trotz der oben schon erwähnten Pflicht zur Prüfung des Beweisbeschlusses auf Klarheit und Verständlichkeit nach Erhalt der Akte noch nicht völlig klar ist, muss als erstes darüber eine Erörterung mit den Beteiligten stattfinden. Es empfiehlt sich sehr, dafür alle gemeinsam um einen Tisch zu platzieren. In dieser Runde sollte der Sachverständige den Text des Beweisbeschlusses (seines Auftrags) laut verlesen und erörtern. Hier wird der Sachverständige auch seine noch offenen Fragen an die Parteien richten. Dabei darf der Sachverständige ohne Zustimmung des Gerichts einseitigen Wünschen einer Partei nach Ausweitung des Aufgabenkatalogs auf keinen Fall nachgeben. Sind hingegen alle Beteiligte einverstanden, so sprechen keine Gründe dagegen. In diesem Fall sollte der Sachverständige das allseitige Einverständnis an Ausweitung des Beweisthemas jedoch dringend protokollieren. Vielfach versucht der Sachverständige auch, einen Vergleich zwischen den Parteien zu vermitteln. Dies sollte er von sich aus nicht anregen. Streben jedoch beide Parteien beim Ortstermin eine sinnvolle Lösung an, darf der Sachverständige konstruktiv dazu beitragen und sollte dann das Ergebnis auch protokollieren.

Ich habe bei Ortsterminen mit Sachverständigen schon festgestellt, dass zwar die Digitalkamera intensiv eingesetzt wurde, das Diktiergerät oder der Kugelschreiber aber überhaupt nicht. Bei Erhalt des Gutachtens einige Wo-

chen später stellte ich dann fest, dass einer der Anwälte im Protokoll falsch aufgenommen war. Der erkrankte Anwalt war beim Ortstermin nämlich durch einen Kollegen vertreten worden, ohne dass dies dem Sachverständigen aufgefallen wäre. Dies veranlasst mich zur Vermutung, dass auch andere, gegebenenfalls weitaus wichtigere Umstände in Gutachten falsch oder gar nicht aufgeführt werden könnten. Deshalb empfiehlt es sich, von jedem Ortstermin ein schriftliches Protokoll zu fertigen. Darin Geübte können dies gleich vor Ort auf einen Tonträger diktieren. Auch Notizen mit anschließendem Diktat und schriftlicher Fixierung können komplizierte Abläufe geordneter und für die nachfolgende Arbeit brauchbarer darstellen. Im Protokoll und im späteren Gutachten enthalten sein müssen der Sachverständigen-Auftrag, die Namen der Anwesenden, der zeitliche Verlauf einschließlich Schilderung des Ablaufs eventueller Konflikte, verwendete Prüfgeräte, Unterlagen und evtl. vor Ort eingesetzte Hilfskräfte und die objektiven Feststellungen des Sachverständigen.

Wird der Sachverständige während seiner Tätigkeit behindert, sollte er nach Androhung den Ortstermin abbrechen und dem Gericht unverzüglich Anzeige machen.

#### 9. Ablehnung des Sachverständigen (Siehe zum Ganzen Zöller/Greger, Zivilprozessordnung, § 406, Rn. 8 ff.)

Besorgnis der Befangenheit ist gegeben, wenn objektive Umstände vorliegen, die aus Sicht einer vernünftig denkenden Partei an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zweifeln lassen. Es kommt also nicht darauf an, ob der Sachverständige tatsächlich befangen ist. Umgekehrt reicht eine rein subjektive Besorgnis, die nicht auf konkreten Tatsachen beruht, nicht aus.

Im Zusammenhang mit dem Ortstermin erfolgen Ablehnungen der Sachverständigen in den meisten Fällen wegen Verstoßes gegen die Parteiöffentlichkeit.



So wurde Befangenheit bejaht gegenüber dem Sachverständigen,

- a) der zur Vorbereitung des Gutachtens (Ortstermin, Materialsammlung) nicht alle an dem Verfahren Beteiligte hinzu zieht;
- b) der es ablehnt, einen Ortstermin in Gegenwart eines technischen Beraters einer Partei durchzuführen;
- c) der Beweisthemen umformuliert und substantiierten Vortrag einer Partei gänzlich unberücksichtigt lässt.

Befangenheit liegt hingegen nicht vor,

- a) wenn der Sachverständige beim Ortstermin auf heftige Angriffe einer Partei mit noch angemessener Schärfe reagiert, denn ein Ablehnungsgrund darf nicht provoziert werden.
- b) Daher soll es auch unschädlich sein, wenn der Sachverständige wegen tatsächlich erfolgter Beleidigungen Strafantrag gegen die ihn provozierende Partei stellt oder wenn die Partei gegen den Sachverständigen eine Schadensersatzklage nach § 839a BGB androht oder erhebt oder ihm in unzulässiger Weise (§ 72 Abs. 2 ZPO) den Streit verkündet.
- c) Es besteht auch keine Befangenheit wegen unterlassener Benachrichtigung **beider** Parteien von einem Besichtigungstermin. Die Absicht, eine der Parteien zu benachteiligen, wird hieraus nicht erkennbar.

## 10. Konsequenzen einer erfolgreichen Ablehnung

### a) Verlust des Vergütungsanspruches

Der gerichtlich bestellte Sachverständige kann gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 JVEG eine Vergütung für seine Leistungen beanspruchen. Eine

Leistung des Sachverständigen im Sinne dieser Vorschrift liegt nur dann vor, wenn der Sachverständige eine für das Verfahren verwertbare Leistung erbringt; der Vergütungsanspruch entfällt also dann, wenn der Sachverständige zwar eine Leistung erbringt, diese aber unverwertbar ist. Im Falle einer erfolgreichen Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit wird die gesamte Gutachtenleistung des Sachverständigen unverwertbar (st. Rspr., z. B. LG Saarbrücken, Beschluss v. 03.02.2012, 15 T 1/12). Allerdings muss der Sachverständige, wenn sein Vergütungsanspruch entfallen soll, die Ablehnung grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet haben. Dies war bislang Stand der Rechtsprechung und ist nunmehr in die neue Vorschrift des § 8a Abs. 2 JVEG eingeflossen. Die Vorschrift spricht dem Sachverständigen in dem Falle, dass er den Befangenheitsgrund grob fahrlässig oder vorsätzlich geschaffen hat, eine Vergütung grundsätzlich nicht mehr zu. Nur noch in dem Ausnahmefall, dass das Gericht die Leistung für seine Entscheidung berücksichtigt, gilt sie als verwertbar, § 8a Abs. 2 S. 2 JVEG.

b) Beweisverlust:

Die zweite Konsequenz einer erfolgreichen Ablehnung des Sachverständigen kann die Partei treffen, nämlich dann, wenn im Falle des Erfolges des Befangenheitsantrages Beweisverlust eingetreten ist, etwa weil das Bauvorhaben dann mangelfrei beendet ist. Der Sachverständige haftet der Partei hier mangels Anspruchsgrundlage nicht auf Schadensersatz.

Anhang

**§ 839a BGB**  
**Haftung des gerichtlichen Sachverständigen**

(1) Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.

### **§ 407a Weitere Pflichten des Sachverständigen**

(§ 407a ZPO in der Fassung vom 11.10.2016)

(1) 1Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und ohne die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger sowie innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erledigt werden kann. 2Ist das nicht der Fall, so hat der Sachverständige das Gericht unverzüglich zu verständigen.

(2) 1Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. 2Der Sachverständige hat dem Gericht solche Gründe unverzüglich mitzuteilen. 3Unterlässt er dies, kann gegen ihn ein Ordnungsgeld festgesetzt werden.

(3) 1Der Sachverständige ist nicht befugt, den Auftrag auf einen anderen zu übertragen. 2Soweit er sich der Mitarbeit einer anderen Person bedient, hat er diese namhaft zu machen und den Umfang ihrer Tätigkeit anzugeben, falls es sich nicht um Hilfsdienste von untergeordneter Bedeutung handelt.

(4) 1Hat der Sachverständige Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages, so hat er unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen. 2Erwachsen voraussichtlich Kosten, die erkennbar außer Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes stehen oder einen angeforderten Kostenvorschuss erheblich übersteigen, so hat der Sachverständige rechtzeitig hierauf hinzuweisen.

(5) 1Der Sachverständige hat auf Verlangen des Gerichts die Akten und sonstige für die Begutachtung beigezogene Unterlagen sowie Untersuchungsergebnisse unverzüglich herauszugeben oder mitzuteilen. 2Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so ordnet das Gericht die Herausgabe an.

(6) Das Gericht soll den Sachverständigen auf seine Pflichten hinweisen.

### **§ 8a JVEG, gültig ab 15.10.2016**

#### **Wegfall oder Beschränkung des Vergütungsanspruchs**

(1) Der Anspruch auf Vergütung entfällt, wenn der Berechtigte es unterlässt, der heranziehenden Stelle unverzüglich solche Umstände anzuzeigen, die zu seiner Ablehnung durch einen Beteiligten berechtigen, es sei denn, er hat die Unterlassung nicht zu vertreten.

(2) Der Berechtigte erhält eine Vergütung nur insoweit, als seine Leistung bestimmungsgemäß verwertbar ist, wenn er

1. gegen die Verpflichtung aus § 407a Absatz 1 bis 4 Satz 1 der Zivilprozessordnung verstoßen hat, es sei denn, er hat den Verstoß nicht zu vertreten;
2. eine mangelhafte Leistung erbracht hat;
3. im Rahmen der Leistungserbringung grob fahrlässig oder vorsätzlich Gründe geschaffen hat, die einen Beteiligten zur Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit berechtigen; oder
- 4.

trotz Festsetzung eines weiteren Ordnungsgeldes seine Leistung nicht vollständig erbracht hat.

Soweit das Gericht die Leistung berücksichtigt, gilt sie als verwertbar.

(3) Steht die geltend gemachte Vergütung erheblich außer Verhältnis zum Wert des Streitgegenstands und hat der Berechtigte nicht rechtzeitig nach § 407a Absatz 3 Satz 2 der Zivilprozessordnung auf diesen Umstand hingewiesen, bestimmt das Gericht nach Anhörung der Beteiligten nach billigem Ermessen eine Vergütung, die in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des Streitgegenstands steht.

(4) Übersteigt die Vergütung den angeforderten Auslagenvorschuss erheblich und hat der Berechtigte nicht rechtzeitig nach § 407a Absatz 3 Satz 2 der Zivilprozessordnung auf diesen Umstand hingewiesen, erhält er die Vergütung nur in Höhe des Auslagenvorschusses.

(5) Die Absätze 3 und 4 sind nicht anzuwenden, wenn der Berechtigte die Verletzung der ihm obliegenden Hinweispflicht nicht zu vertreten hat.