

Zeitschrift: BauR - Baurecht**Autor:** Uwe Luz**Rubrik:** Aufsätze**Referenz:** BauR 2017, 14 - 23 (Heft 1)

Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf

von Rechtsanwalt Uwe Luz, Würzburg

Es ist kein Geheimnis, dass Bauprozesse, zumal wenn es um Baumängel geht, faktisch oft durch Sachverständige und ihre Einschätzung zu technischen oder baubetrieblichen Zusammenhängen entschieden werden. Dagegen ist im Ausgangspunkt nichts einzuwenden. Problematisch wird der Befund erst durch den Umstand, dass die Sachverständigen nicht selten weit über ihre fachliche Kompetenz hinaus Sachverhaltsbewertungen vornehmen und entscheidungserhebliche Rechtsfragen beantworten. Dem Autor bereitet es Sorgen, dass die Gerichte diese Entwicklung befördern, weil sie allzu oft ihrer Pflicht nicht nachkommen, den Sachverständigen verständlich einzuweisen und durch klar formulierte Beweisordnungen so zu leiten, dass er zur Beantwortung der Beweisfragen seine fachlichen Kompetenzen nicht überschreiten muss.

I. Problemlage

In seinem Büchlein „Todsünden“ des Sachverständigen problematisiert Bayerlein seit vielen Jahren die unerwiderte Liebe des Sachverständigen zum Recht und unzulässige Ausflüge von Sachverständigen in Rechtsfragen.¹

Quack hat festgestellt, dass Sachverständige in vielen Fällen Rechtsauslegung und Rechtsanwendung betreiben, ohne dass Gerichte und Anwaltschaft dem pflichtgemäß entgegenreten und kam letztlich zum Resümee: „Verlorene Gutachten sind ... verlorene Prozesse.“² Verschiedentlich hatten Gerichte klarzustellen, dass Rechtsfragen nicht durch den Sachverständigen zu klären sind, sondern durch das Gericht selbst.³ Auch der BGH hatte Grund zum Hinweis darauf, dass durch Sachverständige keine Vertragsauslegung zu erfolgen hat.⁴ Für das Architektenrecht hat der BGH entschieden, dass das Gericht Rechtsfragen nicht dem Sachverständigen überlassen darf.⁵ Auch dass es sich um eine einer Begutachtung durch einen Bausachverständigen nicht zugängliche Rechtsfrage handelt, auf welcher Grundlage das Aufmaß zu nehmen ist, musste vom BGH aufgezeigt werden.⁶ Für das selbständige Beweisverfahren war das Landgericht München I zur Klarstellung genötigt, dass der Sachverständige auch im Beweisverfahren keine Rechtsfragen zu beantworten hat.⁷ Sieburg⁸ hatte ebenso Anlass, dieses Dauerproblem aufzugreifen, wie auch Kniffka in seiner Besprechung

1

Bayerlein, „Todsünden“ des Sachverständigen, Schriftenreihe des Instituts für Sachverständigenwesen e.V., Band 7, 5. Aufl. 2011, S. 22.

2

Quack, Zur Problematik der stillschweigenden Rechtsanwendung durch Sachverständige, BauR 1993, 161 .

3

OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2010 – 10 W 53/10 , BauR 2011, 723 ; OLG Naumburg, Beschl. v. 30.12.2011 – 10 W 69/11, IBR 2012, 368 [OLG Naumburg 30.12.2011 - 10 W 69/11 (Abl)] (Bolz).

4

BGH, Urt. v. 25.04.1996 – VII ZR 157/94 , BauR 1996, 735 .

5
BGH, Urt. v. 16.12.2004 – VII ZR 16/03 , BauR 2005, 735 .

6
BGH, Urt. v. 17.06.2004 – VII ZR 75/03 , BauR 2004, 1438 .

7
LG München I, Beschl. v. 28.08.2013 – 18 OH 5788/12, IBR 2013, 3657 (Werkstatt-Beitrag).

8
Sieburg, Zum Beweisthema des Beweisbeschlusses beim Sachverständigenbeweis über Baumängel, BauR 2001, 875 ; Zur Problematik der stillschweigenden Rechtsanwendung durch Sachverständige, BauR 1993, 161 .

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 15 >>

des Urteils des 7. Zivilsenats vom 25.04.1996⁹, dabei letztlich die fatale Feststellung treffend, dass die Sachverständigen in den Bausachen häufig die wahren Richter des Prozesses sind.¹⁰ Für die jüngste Vergangenheit besonders hervorzuheben sind die vielfältigen Ausführungen von Seibel,¹¹ der, unter Bezugnahme auf etliche problematische Beweisbeschlüsse und entsprechende Rechtsprechung hierzu, den Finger in die Wunde gelegt hat. Der 4. Zivilsenat hat im Urteil vom 30.09.1992¹² formuliert, dass es nicht angeht, es einem Sachverständigen, der juristischer Laie ist, zu überlassen, ob es ihm gelingt, sich im Zuge seiner Gutachtenerstattung zu juristisch bedeutsamen Begriffen hinreichend sachkundig zu machen. Bereits mit nur geringem Rechercheaufwand ist feststellbar, dass es in Literatur und Rechtsprechung von Aufsätzen und Entscheidungen, die dieses Problem betreffen, zahllose weitere Fundstellen gibt. Angesichts dessen ist die Frage zu stellen, ob die Praxis tatsächlich so schlimm ist, dass vom Sachverständigen als „heimlichen Richter“¹³ gesprochen werden muss. Die Antwort auf diese Frage ist gleichermaßen brutal wie alarmierend: Es ist schlimmer. Insbesondere die von Quack angesprochene versteckte (inzidente) Rechtsanwendung durch Sachverständige im Bauprozess¹⁴ hat sich seit seiner Feststellung im Jahr 1993 – so die Erfahrung des Verfassers – eher zum Schlimmeren als zum Besseren entwickelt. Es ist daher an der Zeit, einen Weckruf erschallen zu lassen.

II. Der Beweisbeschluss – Das große Sorgenkind des Bauprozesses

Häufig geben Gerichte ihr Entscheidungsmonopol bereits mit dem Beweisbeschluss aus der Hand.

So lautete bspw. ein Beschluss des Landgerichts Schweinfurt vom 09.08.2012¹⁵ folgendermaßen:

„1. Es ist Beweis zu erheben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zu der Behauptung der Klagepartei, der Klägerin stehe eine restliche Werklohnforderung i.H.v. 97.890,58 € netto abzgl. 2.643,73 € (Regievergütungsansprüche) zu, insbesondere seien die in Rechnung gestellten Leistungen ausgeführt worden bzw., soweit diese nicht ausgeführt wurden, sei keine Kostenersparnis erfolgt, hinsichtlich der in Rechnung gestellten Nachträge seien die jeweiligen Voraussetzungen des § 2 VOB/B gegeben.

2. Zum Sachverständigen wird ernannt ...”

Oder der Beschluss des Landgerichts Schweinfurt vom 16.04.2012¹⁶ :

„1. Es ist durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens Beweis zu erheben zu der Behauptung der Klägerin, ihr stehe eine restliche Vergütung i.H.v. 8.166,31 € gegen die Beklagte zu.

Zum Sachverständigen wird ernannt: ...

Soweit zwischen den Parteien streitig ist, inwieweit eine vertragliche Grundlage besteht, möge der Sachverständige Stellung nehmen, auf welche Rechtsvorschrift des § 2 VOB/B ein Vergütungsanspruch gestützt werden kann.”

Ein weiteres Beispiel bietet der Beschluss des Landgerichts Erfurt vom 07.09.2010¹⁷ :

„1. Es soll Beweis erhoben werden über die Frage der Berechtigung der von der Klägerin geltend gemachten Vergütungsansprüche durch Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Mit der Erstellung des Gutachtens wird ... beauftragt.

Die Sachverständige soll ihren Feststellungen den Vertrag der Parteien vom ... sowie die 10 Nachtragsvereinbarungen der Parteien gemäß Anlagen ... zugrunde legen. Die Sachverständige soll sich mit den von den Parteien wechselseitig vorgebrachten Argumenten im Einzelnen auseinandersetzen.”

Selbstverständlich übertragen nicht alle Gerichte auf derart krasse Art und Weise ihre originären Aufgaben an Sachverständige. Festzustellen ist allerdings, dass sehr häufig Beweisbeschlüsse, nicht selten aufgrund nicht regelgerechter anwaltlicher Ausführungen, in teilweise eklatanter Weise den gesetzlichen

9

BGH, Ur. v. 25.04.1996 – VII ZR 157/94 , IBR 1996, 333 (Kniffka) = BauR 1996, 735 .

10

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 18. Teil, Rdnr. 25.

11

Seibel, Die Leitung der Tätigkeit des Bausachverständigen durch das Gericht, BauR 2013, 536 ; Seibel, Warum der Begriff „Mangel“ im gerichtlichen Beweisbeschluss grds. zu vermeiden ist, ZfBR 2011, 731; Seibel, Gerichtliche Leitung der Sachverständigentätigkeit – Wunsch und Wirklichkeit, BauR 2011, 1871 ; Seibel, Die Anleitung des Sachverständigen durch das Gericht (§ 404a ZPO) – Inhalt und Aufgabe des gerichtlichen Beweisbeschlusses, Der Bausachverständige 2010, 49 ff.

12

BGH, Ur. v. 30.09.1992 – IV ZR 227/91 , BGHZ 119, 263 .

13

Ulrich, Befangenheit des gerichtlichen Sachverständigen, IBR 2011, 1291 (Aufsatz – nur online).

14

Quack, a.a.O., S. 162.

15

LG Schweinfurt, Beschl. v. 09.08.2012 – 24 O 875/11.

16

LG Schweinfurt, Beschl. v. 16.04.2012 – 24 O 368/11.

17

LG Erfurt, Beschl. v. 07.09.2010 – 8 O 1546/09.

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 16 << >>

Vorgaben nicht entsprechen. Oft wird von Sachverständigen durch den gerichtlichen Beweisbeschluss die Beantwortung von Rechtsfragen verlangt¹⁸ oder Sachverständige werden durch die Beweisfragen in die

Auslegung des Vertrages getrieben¹⁹, die allein den Gerichten vorbehalten ist.²⁰ Nur selten sind Sachverständige so konsequent und schicken die Gerichtsakte an das Gericht zurück, verbunden mit der Bitte, die Aufgabe konkret und unter Vermeidung von Rechtsfragen zu formulieren. Regelmäßig fühlen sich Sachverständige eher dazu animiert, Rechtsfragen aufzugreifen und zu beantworten. Einzelne Bausachverständige sehen sich zur Klärung von Rechtsfragen förmlich als berufen an und nehmen, wie im Jahr 2016 geschehen, zu diesem Zweck an Bau-Fachanwaltslehrgängen teil.

Die Formulierung der Beweisthemen im Beweisbeschluss ist einerseits von großer Wichtigkeit, andererseits kranken Beweisbeschlüsse in Bausachen oft daran, dass die gesetzlichen Vorgaben zur Tatsachenfeststellung sowie zur Anleitung der Sachverständigen nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt wurden.²¹

Nun wäre es sachlich unrichtig und unfair, Rosendorfer mit dem Satz zu zitieren: „Auch in einem Vorsitzenden Richter am Landgericht kann ein Dämon wohnen.“²² Klarzustellen ist nämlich, dass der Beweisbeschluss zwar auf einer Geistesleistung des Gerichts beruht und der Prozess demgemäß von deren Qualität abhängig ist. Letztlich wird der Beweisbeschluss allerdings ganz maßgeblich von der (mangelnden) Qualität der vorhergehenden anwaltlichen Schriftsätze mitbestimmt, indem sie bspw. in Beweisanträgen Rechtsfragen formulieren oder Ausforschungsfragen stellen²³ oder anregen, der Sachverständige solle „aus technischer Sicht“ Angaben zur Quote des planerischen Mitverschuldens machen. Rechtsanwält/innen sind folglich ebenso Teil des Problems, wie Sachverständige.

III. Wenn sich der Sachverständige zu einer rechtlichen Beurteilung berufen fühlt

Für unzulässige Ausflüge von Sachverständigen in rechtliche Fragen gibt es verschiedene Auslöser.

1. Auslöser: Der Beweisbeschluss

Die Abfassung des Beweisbeschlusses durch das Gericht kann fatale und für keine Prozesspartei zuverlässig vorhersehbare Konsequenzen mit sich bringen. Bereits der Wortlaut des Beweisbeschlusses ist häufig Ursache dafür, dass dem Gericht die Entscheidungsbefugnis ganz oder teilweise entgleitet. So war die Konsequenz des oben genannten Beweisbeschlusses des Landgerichts Erfurt vom 07.09.2010, dass die vom Gericht beauftragte Sachverständige in ihrem Gutachten zu unterschiedlichen Themenbereichen bspw. Folgendes formulierte:

„Die Bewertung des Sachverhaltes durch die Unterzeichnerin hat eine Leistungsänderung ergeben, für die der Klägerin ein Anspruch auf eine Anpassung der Vergütung zusteht.“

„Der Anspruch der Klägerin auf Vergütung besteht dem Grunde nach zu Recht.“

„Unter der Voraussetzung, dass die Klägerin den Mehraufwand nachweisen kann, besteht der Anspruch auf Vergütung zu Recht.“

Zu einer Traggerüstkonstruktion und deren Abrechnung hatte die Sachverständige in ihrem Gutachten erklärt: „Der Anspruch der Klägerin auf Vergütung ist dem Grunde nach abzulehnen.“ Pflichtgemäß haben die Betroffenen anwaltlichen Vertreter insistiert und das Landgericht Erfurt leitete entsprechende, kritische Fragestellungen der Parteivertreter an die Sachverständige zur Beantwortung weiter. In einer Stellungnahme der Sachverständigen vom 23.09.2011 durfte das Gericht sodann folgendes lesen:

„Auf der Seite 6 des Schreibens vom ... beantragt die Klägerin, dass die Sachverständige zur abgerechneten Nachtragsvergütung für das Traggerüst der Klasse B über der Containerhalle gutachterlich Stellung beziehen soll. Aus meiner Sicht besteht derzeit kein Anlass, meine Auslegung der Vertragsunterlagen zum Anspruch dem Grunde nach zu ändern, so dass sich eine Frage zur Höhe des Anspruchs nicht stellt.“

Im genannten Verfahren ist die vom Gericht beauftragte Sachverständige also nicht etwa „heimliche Richterin“ in Ulrichs' Sinn geworden, sondern

Bayerlein, „Todsünden“ des Sachverständigen, a.a.O.

19

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 164.

20

Seibel, Gerichtliche Leitung der Sachverständigentätigkeit – Wunsch und Wirklichkeit, BauR 2011, 1871 .

21

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 3135.

22

Rosendorfer, Ballmanns Leiden, dtv, 1987, S. 7.

23

Seibel, Gerichtliche Leitung der Sachverständigentätigkeit – Wunsch und Wirklichkeit, BauR 2011, 1871 .

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 17 << >>

aufgrund der von ihr vorgenommenen Belehrung des Gerichts darüber, dass sie entscheidet, welche Fragen relevant sind, sogar eine „unheimliche“ Richterin.

Verwunderlich ist dies angesichts des Wortlauts des Beweisbeschlusses nicht, denn die Sachverständige sollte die Frage der „Berechtigung der Vergütungsansprüche“ der Klägerin unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts und getroffener Nachtragsvereinbarungen beantworten.

Nach § 359 ZPO darf jedoch nur über *Tatsachen* Beweis erhoben werden. Von der Tatsachenebene ist die Ebene der rechtlichen Bewertung scharf zu trennen. Der Sachverständige ist zu einer rechtlichen Bewertung weder befugt noch berufen. Die Tatsachengrundlage muss vielmehr vom Gericht vor der Beweisaufnahme festgelegt werden.²⁴

Ob z.B. ein „Mangel“ vorliegt, ist jedoch eine Rechtsfrage und keine Tatsachenfrage, weshalb von Seibel generell infrage gestellt wird, ob dieser Begriff im Beweisbeschluss des Gerichts überhaupt etwas zu suchen hat.²⁵

Rechtliche Wertungen hat der Sachverständige zu unterlassen. Auch die Auslegung der DIN obliegt dem Gericht.²⁶

Sämtliche restriktiven Grundsätze, wie sie zur Formulierung des Beweisthemas im Beweisbeschluss des Hauptsacheprozesses gem. § 359 Nr. 1 ZPO gelten, sind auch für die Beweisanordnung im selbstständigen Beweisverfahren maßgeblich. Dies ergibt sich aus einem Vergleich der genannten Vorschrift mit den Vorgaben der §§ 487 Nr. 2 , 490 Abs. 2 ZPO .²⁷

Nach §§ 358 , 359 Nr. 1 ZPO hat der Beweisbeschluss zwingend die Bezeichnung der streitigen Tatsachen, über die Beweis zu erheben ist, zu beinhalten. Der Sachverständige kann auch im selbstständigen Beweisverfahren nur zur Feststellung der gegenwärtigen Istbeschaffenheit von Bauleistungen herangezogen werden und zur Erläuterung der Ursachen einer äußeren Fehlererscheinung (Symptom) sowie u.U. zur Kausalität zwischen dem Verhalten eines oder mehrerer Baubeteiligter und der Fehlererscheinung. Nach § 359 ZPO kann und darf nur über eine substantiierte Parteibehauptung (Tatsachenbehauptung) Beweis erhoben werden. In einem Beweisbeschluss keine Tatsachen zu benennen, über die der Sachverständige eine Aussage treffen soll, ist rechtswidrig und damit unzulässig.²⁸ § 490 Abs. 2 Satz 1 ZPO bestimmt: „In dem Beschluss, durch welchen dem Antrag stattgegeben wird, sind die Tatsachen, über die der Beweis zu erheben ist, ... zu bezeichnen.“

Der Sachverständige kann und darf die auf seinem besonderen Fachwissen beruhenden Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen nur auf der Grundlage ihm vom Gericht vorzugebender Tatsachen

bekunden. Die Feststellung dieser Tatsachen ist wegen des Grundsatzes der Beweisunmittelbarkeit (§ 355 ZPO) originäre und ausschließliche Aufgabe des Gerichts. Es stellt einen schweren richterlichen Fehler dar, den Sachverständigen mit rechtlichen Vorfragen, insbesondere der Ermittlung des nach dem Vertrag geschuldeten Leistungsumfangs zu befassen.²⁹

Dem Gericht obliegt es also, den Gutachtenauftrag so klar zu formulieren, dass der Sachverständige dazu in die Lage versetzt wird, sich ausschließlich mit der Darlegung seiner Schlussfolgerungen aus den ihm vorgegebenen Anknüpfungstatsachen auseinander zu setzen.³⁰ Nichtssagende Beweisbeschlüsse dahin, der Sachverständige solle ein Gutachten „zu den streitigen Fragen“ erstatten oder sich dazu äußern, „ob Mängel vorliegen“, sind unzulässig.³¹ Aufgabe des Richters ist es in diesen Fällen, einen entscheidungserheblichen Rechtsbegriff in dem Beweisbeschluss tatbestandsmäßig so zu umschreiben, dass der Sachverständige die dem Rechtsbegriff zu Grunde liegenden Tatsachen, über die er Ausführungen machen soll, erkennt.³²

Wenn Schriftsätze, die zu Gutachten Stellung nehmen, keine klaren Fragestellungen an den Sachverständigen enthalten, wird der Sachverständige zur Interpretation eines Schriftsatzes genötigt, dem

24

BGH, Ur. v. 16.12.2004, VII ZR 16/03 , BauR 2005, 735 .

25

Seibel, Warum der Begriff „Mangel“ im gerichtlichen Beweisbeschluss grds. zu vermeiden ist, ZfBR 2011, 731.

26

OLG Koblenz, Ur. v. 19.05.2016 – 1 U 204/14, IBR 2016, 2899.

27

Sieburg, Zum Beweisthema des Beweisbeschlusses beim Sachverständigenbeweis über Baumängel, BauR 2001, 875 (884) .

28

Sieburg, Zum Beweisthema des Beweisbeschlusses beim Sachverständigenbeweis über Baumängel, BauR 2001, 875 (879) .

29

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 64.

30

Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2. Aufl. 2008, 3. Kapitel, Rdnr. 25.

31

Tempel/Seyderhelm, Materielles Recht im Zivilprozess, 4. Aufl. 2005, S. 320 f.

32

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 3136.

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 18 << >>

durch eine klare Vorgabe des Gerichts im Beweisbeschluss entgegenzutreten ist.³³

2. Auslöser: Missachtung der Notwendigkeiten zur Weisung und Leitung des Sachverständigen

Bei der Erhebung des Sachverständigenbeweises ist das Gericht Herr des Verfahrens, während der Sachverständige lediglich ein weisungsgebundener Gehilfe des Gerichts ist.³⁴ Es ist Sache des Gerichts, insbesondere die klare Maßgabe des § 359 Nr. 1 ZPO , die auch für das selbständige Beweisverfahren maßgeblich ist (§ 487 Nr. 2 ZPO , § 490 Abs. 2 Satz 1 ZPO), umzusetzen und dafür Sorge zu tragen, dass

Beweis nur über Tatsachen erhoben wird. Dieser Aufgabe kommen die Gerichte nur unzureichend nach.³⁵ Vielmehr wird § 404a ZPO von den Gerichten viel zu oft schlicht ignoriert.³⁶

Gem. § 404a Abs. 3 ZPO bestimmt das Gericht und nicht der Sachverständige, welche Tatsachen der Sachverständige der Begutachtung zu Grunde legen soll. Der Sachverständige kann und darf die auf seinem besonderen Fachwissen beruhenden Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen nur auf der Grundlage ihm vom Gericht vorzugebender Tatsachen bekunden. Die Feststellung dieser Tatsachen ist wegen des Grundsatzes der Beweisunmittelbarkeit (§ 355 ZPO) originäre und ausschließliche Aufgabe des Gerichts. Der Beweisbeschluss kann seine Anleitungsfunktion gegenüber dem Sachverständigen nur dann erfüllen, wenn er den Sach- und Streitstand in seinen entscheidungserheblichen Punkten unmissverständlich verdeutlicht.³⁷

Ein Sachverständigengutachten ermöglicht eine regelgerechte richterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) nur dann, wenn der Sachverständige in seinem Gutachten konkret ausführt, aufgrund welchen technischen Regelwerks die Planung und/oder Ausführung eines Bauwerks auf eine bestimmte Weise zu erfolgen hat. Neben der Benennung des Regelwerks und der konkreten Fundstelle muss der Sachverständige dem Gericht den Zugriff auf das Normenwerk ermöglichen, weil der Richter nur dann nachvollziehen kann, ob das Gutachten schlüssig ist. Gutachten, die ein undifferenziertes Konglomerat von Rechtsansichten, technischen Voraussetzungen und schwerpunktmäßig einer undifferenzierten Meinung und nicht näher begründeten Bewertung enthalten, sind unbrauchbar.³⁸ Um dies zu vermeiden, muss der Sachverständige die technischen Voraussetzungen nennen, die im konkreten Fall nach den einschlägigen Regelwerken, anerkannten Regeln der Technik usw. erfüllt sein müssen und diese für den Laien nachvollziehbar erläutern bzw. definieren. Nur dann wird das Gutachten der elementaren Grundregel der Technik der Rechtsfindung gerecht, dass ein Begriff zunächst definiert werden muss, bevor geprüft werden kann, ob die so erläuterten Voraussetzungen vorliegen. Die fachliche Beurteilung muss sich auf die anerkannten Regeln der Technik gründen und gegebenenfalls auf den aktuellen Stand der Wissenschaft hinweisen.³⁹

Das Gericht hat die Erfüllung dieser Voraussetzungen durch den Sachverständigen einzufordern und dies gegebenenfalls durch Weisungen und Leitungsanordnungen gem. § 404a ZPO durchzusetzen. Beruht die unzureichende Leistung des Sachverständigen und damit die Unbrauchbarkeit des Gutachtens auf einer unzulänglichen Anleitung des Gerichts, kann der Fall eintreten, dass die Landesjustizkasse die diesbezüglichen Sachverständigenkosten tragen muss.⁴⁰

3. Auslöser: Der Sachverständige selbst

Von sehr weit gefassten Beweisbeschlüssen, die die Vertragsauslegung sowie die Amtsermittlung durch Sachverständige geradezu provozieren, abgesehen, schreiten Sachverständige bisweilen auch selbst „aus unerwiderter Liebe zum Recht“⁴¹ zur Rechtsauslegung oder betreiben „unzulässige Amtsermittlung nach Art eines Hilfssheriffs“⁴² .

So führte ein Sachverständiger auf Grundlage eines regelgerechten, nämlich auf Tatsachenfragen aus-

33

Seibel, Die Leitung der Tätigkeit des Bausachverständigen durch das Gericht, BauR 2013, 536 (539) .

34

OLG Celle, Beschl. v. 11.11.2015 – 2 W 229/15 , BauR 2016, 1518 (1521) ; Zöller/Greger, ZPO, 20. Aufl. 2012, Rdnr. 1 zu § 404a; Musielak, ZPO, 2. Aufl., Rdnr. 1 zu § 402.

35

Seibel, Die Leitung der Tätigkeit des Bausachverständigen durch das Gericht, BauR 2013, 536 .

36

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 177.

37

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 3135.

38

Liebeit, Die Pflichten eines Bausachverständigen, 2009, S. 37.

39

Liebeit, a.a.O.

40

OLG Celle, Beschl. v. 11.11.2015 – 2 W 229/15 , BauR 2016, 1518 m.w.N.

41

Bayerlein, „Todsünden“ des Sachverständigen, a.a.O., S. 22

42

Bayerlein, „Todsünden“ des Sachverständigen, a.a.O., S. 16

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 19 << >>

gerichteten Beweisbeschlusses des Landgerichts Düsseldorf⁴³ in seinem Gutachten auf 2 von 15 Gutachten-Seiten ungefragt zu den Anforderungen von § 7 VOB/A an die Gestaltung der Leistungsbeschreibung aus. Gegenstand des Beweisverfahrens waren vermeintliche technische Fehler an von Privatleuten in Auftrag gegebenen Dachfenstern.

Sehr häufig treffen Sachverständige dem Gericht vorbehaltene Beweislastentscheidungen. So hat bspw. ein Sachverständiger mit dem Hinweis „Termin: Bereitstellung der Unterlagen bis spätestens zum ...“ die Prozessparteien angeschrieben und unter der Überschrift „Unterlagen bereitzustellen von der Beklagten“ die Vorlage umfangreicher Pläne und Unterlagen eingefordert.⁴⁴

Auch im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens ist ein Ausforschungsbeweis unzulässig. Insbesondere ist der Sachverständige weder berechtigt, noch verpflichtet, sich Urkunden zu verschaffen, die sich nicht bei der Gerichtsakte befinden. Für eine solche Anordnung bieten die beweisrechtlichen Vorschriften keinerlei Grundlage. Insbesondere ist § 404a Abs. 4 ZPO nicht einschlägig, da dort nur die Aufklärung der Beweisfrage als solcher geregelt ist. Eine Partei, die bestimmte Dokumente zum Gegenstand einer Begutachtung machen möchte, obliegt es im Rahmen des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes, diese Dokumente selbst zu beschaffen.⁴⁵ Insbesondere ist der Sachverständige nicht berechtigt, Beibringungsfristen zu setzen. Im selbständigen Beweisverfahren trifft den Antragsgegner keine besondere prozessuale Pflicht zur Mitwirkung an der vom Antragsteller begehrten Beweisaufnahme.⁴⁶ Insbesondere die auch im selbständigen Beweisverfahren Anwendung findende Vorschrift des § 142 ZPO gibt weder dem Gericht noch gar dem Sachverständigen die Befugnis, unabhängig von einem hinreichend konkretisierten Vortrag zum Zweck der Informationsgewährung Urkunden anzufordern.

IV. Gegenmaßnahmen

1. Gericht

In der mündlichen Begründung im Rahmen der 1. Beratung des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses wurde seitens der damaligen Bundesregierung formuliert, in der ersten Instanz entscheide sich das Ansehen der Justiz.⁴⁷ Möchte die Justiz in diesem Sinne vermeiden, dass Sachverständige als „Urteilsdiktierer“⁴⁸ die gerichtliche Entscheidungsbefugnis faktisch beseitigen, muss das Problem offensiv angegangen und die „Übermacht des Sachverständigen“⁴⁹ beseitigt werden, was durch konsequente Anwendung der gesetzlichen Regelung über die Beweisaufnahme, insbesondere der §§ 355 , 359 , 404a ZPO möglich und geboten ist.

Zugegebenermaßen ist es nicht leicht, einen den gesetzlichen Anforderungen genügenden Beweisbeschluss zu formulieren, zumal im Baurecht. So können insbesondere im VOB-Bauvertrag die Fragen nach Leistungsänderungen gerichtlicherseits oft nur mithilfe von Sachverständigen beantwortet werden. Wenn dabei berücksichtigt werden muss, dass nicht jede LV-Position automatisch eine Beschaffenheitsvereinbarung beinhaltet und daher auslegungsbedürftig sein kann,⁵⁰ bedarf es eines hohen

Maßes an Abstraktion, um den Tatsachenanteil der jeweiligen Sachverhalte von den Rechtsfragen zu trennen. Erst wenn alle maßgeblichen Anknüpfungstatsachen, gegebenenfalls durch anderweitige Beweisaufnahme, feststehen, kann ein Beweisbeschluss für die Einholung eines Sachverständigengutachtens formuliert werden. Der Beweisbeschluss in Bausachen hat also eine besondere Ordnungs- und Aufklärungsfunktion.⁵¹

Dieser konsequenten Handhabung steht entgegen, wenn es bspw. in der Ausbildungsliteratur heißt: „Der Sachverständige ‚urteilt‘ nachträglich über einen feststehenden Sachverhalt, aus dem er aufgrund seiner Sachkunde Schlussfolgerungen zieht.“⁵² Der Richter allein trägt die Verantwortung für die Beurteilung der Rechtslage.⁵³

43

LG Düsseldorf – 13 OH 19/14.

44

LG Schweinfurt – 5 HK O 32/15.

45

LG Nürnberg/Fürth, Beschl. v. 08.06.2006 – 7 OH 5425/04 , IBR 2007, 1088.

46

OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.04.2001 – 14 U 187/00 , BauR 2002, 1437 .

47

Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, 115. Sitzung, 07.07.2000, Protokoll S. 10975, 10976.

48

Ulrich, Befangenheit des gerichtlichen Sachverständigen, IBR 2011, 1291, Rdnr. 6 (Langaufsatz, nur online).

49

Meyer, Übermacht des Sachverständigen, DRiZ 1992, 125.

50

OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.08.2014 – 5 U 86/13, IBR 2016, 3242.

51

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 3134.

52

Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 9. Aufl., S. 168 Rdnr. 16.

53

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 18. Teil, Rdnr. 43 mit Hinweis auf OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.11.2013 – I-22 U 32/13 , BauR 2014, 851 (853) .

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 20 << >>

Die Gerichte erhalten auch keine besondere Stütze, wenn ein selbständiges Beweisverfahren in der richterlichen Leistungsstatistik keine Berücksichtigung findet. Wen wundert es dann, dass anwaltliche Beweisanträge (bequem) durch Einkopieren in den Wortlaut eines Beweisbeschlusses übernommen werden oder indem Beweisbeschlüsse formuliert werden, wie bspw. vom Landgericht Coburg⁵⁴ :

„Es ist ein schriftliches Sachverständigengutachten darüber einzuholen, ob die in der Antragsschrift behaupteten Mängel vorliegen.“

Es sollte daher bei der statistischen Bewertung der richterlichen Tätigkeit Berücksichtigung finden, dass die Abfassung von regelgerechten Beweisbeschlüssen auch in selbständigen Beweisverfahren häufig mit einem hohen Aufwand verbunden ist, da erforderlichenfalls erst einmal Hinweise gem. § 139 ZPO an die anwaltlichen Vertreter gehen und von diesen regelgerechte Beweisanträge gestellt werden müssen.⁵⁵

Von den Gerichten möge des Weiteren dem Umstand Beachtung geschenkt werden, dass es der Hinzuziehung von Sachverständigen zur Aufklärung einer streitigen Ist-Beschaffenheit einer ausgeführten Bauleistungen nur bedarf, wenn für diese Feststellung die besondere Sachkunde des Sachverständigen erforderlich ist. Andernfalls wäre nämlich in Anbetracht des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme eine Inaugenscheinnahme durch das Gericht veranlasst.⁵⁶ Andererseits darf sich das Gericht gem. § 404a Abs. 2 ZPO bereits vor der Abfassung der Beweisfragen mit dem Sachverständigen abstimmen.

Des Weiteren sollte der Anregung von Seibel⁵⁷ gefolgt werden, die Verwendung des Begriffs „Mangel“ im Beweisbeschluss möglichst zu vermeiden. Die Gerichte sollten sich auf der Grundlage der – erforderlichenfalls mithilfe von Sachverständigen – festgestellten Tatsachen die Entscheidung darüber, ob eine Werkleistung mangelhaft ist, konsequent vorbehalten. Regelmäßig sind Mängel eines Werks nämlich nicht ohne vorherige juristische Festlegung des Vertragsinhalts auszumachen.⁵⁸ Auch wenn § 485 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO den Begriff „Mangel“ verwenden, ist die Gefahr einer Vermischung der Begriffe „Mangel“ im Rechtssinne und „Mangel“ im Sinne einer speziellen Form einer technischen Zustandsbeschreibung⁵⁹ zu groß, insbesondere weil Gerichte häufig dazu neigen, das Ergebnis der Begutachtung schlicht hinzunehmen⁶⁰ mit der Folge, dass die insoweit notwendige Differenzierung schlussendlich auf der Strecke bleibt.

Ein anwaltlicher Antrag, dem Sachverständigen aufzugeben, aus „technischer Sicht“ rechtliche Fragen zu beurteilen, ist ebenso zu vermeiden, wie ein entsprechender Beweisbeschluss, denn eine „technische Sicht von Rechtsfragen“ gibt es nicht.⁶¹

Auch nach Gewährung rechtlichen Gehörs bei vorliegendem Sachverständigengutachten müssen die Gerichte dafür Sorge tragen, dass die weitere Beweisaufnahme nicht aus dem Bereich der Tatsachenfeststellung abdriftet.⁶² Häufig lauten weiterführende Beweisbeschlüsse nach der Stellung von Ergänzungsfragen durch Parteivertreter jedoch sinngemäß wie folgt: „Es ist eine ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen zu den Fragen des Antragstellers im Schriftsatz vom ... einzuholen.“

Die gerichtliche Weisungs- und Leitungsbefugnis nach § 404a ZPO ist von erheblicher Bedeutung. Forensische Erfahrungen belegen, dass eine Vielzahl von Gutachten nicht den Anforderungen entspricht, sondern erhebliche Mängel aufweisen, was belegt, dass sich Sachverständige nicht in der Verantwortung bewusst sind, die sie in einem gerichtlichen Verfahren übernommen haben.⁶³ Die Gerichte müssen deswegen gem. § 404a Abs. 1 ZPO die Tätigkeit des Sachverständigen leiten. Dabei kann das Gericht dem Sachverständigen Weisungen für Art und Umfang seiner Tätigkeit erteilen. Bei streitigem Sachverhalt hat das Gericht nach § 404a Abs. 3 ZPO zu bestimmen, welche Tatsachen der

54

LG Coburg, Beschl. v. 20.02.2015 – 12 OH 1/15.

55

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 81.

56

Sieburg, Zum Beweisthema des Beweisbeschlusses beim Sachverständigenbeweis über Baumängel, BauR 2001, 875 (878) .

57

Seibel, Warum der Begriff „Mangel“ im gerichtlichen Beweisbeschluss grds. zu vermeiden ist, ZfBR 2011, 733.

58

Quack, Zur Problematik der stillschweigenden Rechtsanwendung durch Sachverständige, BauR 1993, 161 (162 li. Sp.).

59

Sturmborg, Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, 2016, S. 31.

60

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 194 f.

61

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 18. Teil, Rdnr. 37.

62

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 165.

63

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 18. Teil, Rdnr. 36.

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 21 << >>

Sachverständige seinem Gutachten zugrunde legen soll.⁶⁴ Rechtsbegriffe müssen dem Sachverständigen vom Gericht im Beweisbeschluss erläutert werden.⁶⁵ Gegebenenfalls muss das Gericht die Leistungsbeschreibung zu diesem Zweck gem. §§ 133, 157 BGB auslegen. Soweit die Leistungsbeschreibung technisch spezialisierte Formulierungen beinhaltet, ist im Rahmen der Auslegung nicht etwa das allgemeine Verständnis des Gerichts von der Wortbedeutung maßgeblich, sondern das Verständnis der mit der Leistungsbeschreibung angesprochenen Fachkreise. Soweit sich das Gericht insoweit von einem Sachverständigen unterstützen lässt, kommt den Ausführungen eines technischen Sachverständigen allerdings nur eine begrenzte Funktion zu. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, das für die Beurteilung bedeutsame Fachwissen zu vermitteln, also etwa Fachsprache und Üblichkeiten, vor allem wenn sie sich zu einer Verkehrssitte i.S.v. § 157 BGB verdichtet haben.⁶⁶ Konsequenterweise hat die richterliche Auslegung schon vor dem Erlass des Beweisbeschlusses und der Erstattung des Sachverständigengutachtens zu erfolgen.⁶⁷

Ein Gutachten ist unbrauchbar, wenn der Sachverständige es auf Grundlagen stützt, die prozessrechtlich nicht oder in anderer Weise zu berücksichtigen waren oder wenn er eine ihm nicht zustehende Beweismittelprüfung vornimmt.⁶⁸ Derartige Verstöße beruhen häufig darauf, dass das Gericht es versäumt hat, gem. § 404a Abs. 3 ZPO zu bestimmen, von welcher Vertragsauslegung und von welchen Tatsachen der Sachverständige bei der Begutachtung ausgehen soll.⁶⁹ Das Gericht muss daher dem Sachverständigen den von ihm zugrunde zu legenden Sachverhalt entweder im Beweisbeschluss oder in einem gesonderten, den Parteien mitzuteilenden Beschluss angeben.⁷⁰ Ist dem Beweisbeschluss die Einvernahme von Zeugen vorausgegangen, muss das Gericht dem Sachverständigen bei einander widersprechenden Zeugenaussagen mitteilen, auf welche Aussagen er das Gutachten gründen soll.⁷¹

2. Anwälte

Wie oben bereits dargelegt, sind die anwaltlichen Vertreter/innen Teil des Problems. Oft wird von den Anwälten nicht hinreichend genau gearbeitet.⁷² Häufig sind, insbesondere in Anträgen auf Durchführung selbständiger Beweisverfahren, die Beweisanträge nicht regelgerecht formuliert, zielen auf Ausforschungsbeweise oder drängen vom Wortlaut her die Prüfung von Rechtsfragen durch Sachverständige auf. Da Gerichte aus den oben genannten Gründen häufig den Wortlaut anwaltlicher Beweisanträge schlicht durch Einkopieren oder durch Inbezugnahme in Beweisbeschlüsse übernehmen, werden Fehler der anwaltlichen Schriftsätze in den Beweisbeschlüssen weitergeführt.

Es wäre kurzichtig, zu glauben, diesen Mechanismus im vermeintlichen Parteiinteresse ausnutzen zu können. Kein Parteivertreter kann nämlich vorhersehen, zu welcher Auslegung des Bauvertrags der vom Gericht zu beauftragende Sachverständige gelangen wird. Diese Erfahrung musste die anwaltliche Vertretung machen, die den Beweissicherungsantrag im Beweisverfahren 2 OH 11/10 beim LG Mosbach formuliert hatte. Nachdem der Sachverständige den Vertrag – vermeintlich zu Lasten der Antragstellerin – ausgelegt hatte, wurde er von der Antragstellerseite wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Das LG Mosbach wies

den Befangenheitsantrag zurück.⁷³ Das OLG Karlsruhe wies die dagegen gerichtete Beschwerde zurück.⁷⁴ Die Begründung des entsprechenden Beschlusses enthält folgende Formulierung:

„Überdies wird etwa unter ... des Beweisbeschlusses dem Sachverständigen sogar die Beurteilung der Behauptung der Antragstellerin, die Überspachtelung der Wandfläche entspreche ‚nicht den ... Vorgaben aus dem Vertrag, insbesondere nicht den Vorgaben aus dem Leistungsverzeichnis‘, aufgegeben. Es war die Antragstellerin selbst, die teilweise durch die Formulierung der Beweisfragen die Prüfung des Zustandes des Bauwerkes an den ‚Vorgaben aus dem Vertrag‘ verlangt hat. Vor diesem Hintergrund war zu erwarten, der Sachverständige werde den Beweisbeschluss auch dahin verstehen, er solle zum Leistungssoll Stellung nehmen.“

64

BT-Drucks. 11/3621, S. 39; Zöller/Greger, ZPO, 20. Aufl. 2012, Rdnr. 5 zu § 402.

65

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 3139.

66

BGH, Urt. v. 09.02.1995 – VII ZR 143/93, BauR 1995, 538.

67

Prütting/Gehrlein, ZPO, 2010, Rdnr. 5 zu § 404a; Liebheit, Pflichten eines Bausachverständigen, 2009, S. 7

68

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 3142.

69

Liebheit, Pflichten eines Bausachverständigen, 2009, S. 6.

70

Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2013, Rdnr. 6 zu § 404a.

71

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 3142.

72

Quack, Zur Problematik der stillschweigenden Rechtsanwendung durch Sachverständige, BauR 1993, 161 (162 re. Sp.).

73

LG Mosbach, Beschl. v. 04.05.2012 – 2 OH 11/10 (n.v.).

74

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.06.2012 – 8 W 35/12 (n.v.).

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 22 << >>

Es ist daher zwingend notwendig, Beweisanträge den Anforderungen der §§ 355, 359 ZPO entsprechend zu formulieren und – falls dies nicht erfolgt – den Weg der Gegenvorstellung zu beschreiten, falls das Gericht derart fehlerhafte Beweisanträge in seinen Beweisbeschluss übernehmen sollte. Im Rahmen einer pflichtgemäßen Mandatsausübung muss der Rechtsanwalt zur Wahrung der Interessen der von ihm vertretenen Partei Beweisanträgen, die im vorgenannten Sinne fehler- bzw. problembehaftet sind, rechtzeitig entgegentreten. Der Beweisantritt hat sich konkret auf die aufklärungsbedürftige Tatsache zu beziehen.⁷⁵

Stellt der Rechtsanwalt fest, dass notwendige gerichtliche Weisungen i.S.d. § 404a Abs. 3 ZPO fehlen, muss er das Fehlen beanstanden, was in der Praxis allerdings ganz überwiegend unterlassen wird.⁷⁶

Der Rechtsanwalt begibt sich in die Haftung, wenn er es unterlässt, rechtzeitig in der Tatsacheninstanz solche Fehlentwicklungen zu unterbinden oder, soweit ihm dies nicht gelingen sollte, zumindest die vorbereitenden Maßnahmen zu ergreifen, die es ermöglichen, Verstöße gegen die Rechtsgrundsätze der Beweisaufnahme (durch Sachverständige) in der Rechtsmittelinstanz geltend zu machen.⁷⁷

Angesichts der Schwierigkeitsgrade, die in Bausachen bei der Anfertigung eines Beweisbeschlusses zu überwinden sind, ist es für das Gericht keine Schande, einen Beweisbeschluss, der jederzeit abänderbar ist,⁷⁸ auf berechnete anwaltliche Beanstandung hin zu überarbeiten. Andererseits obliegt es dem Rechtsanwalt, präzisen Tatsachenvortrag zu leisten.⁷⁹

3. Sachverständige

Ein Sachverständiger, der Rechtsfragen beantwortet, überschreitet sowohl seinen Auftrag, als auch seine Kompetenz.⁸⁰ Ausflüge ins Recht entwerten das Gutachten und erhöhen das Risiko des Sachverständigen, von einer beteiligten Partei wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt zu werden.⁸¹ Der Sachverständige muss, wenn er bei obligatorischer Prüfung der ihm überlassenen Unterlagen und des ihm erteilten Auftrags⁸² zu dem Ergebnis gelangt, dass Anknüpfungstatsachen nicht vollständig festgestellt sind oder der Beweisbeschluss Rechtsfragen beinhaltet, das Gericht hierauf hinweisen und darum bitten, im Rahmen der gerichtlichen Leitungsbefugnis (§ 404a ZPO) die für ihn notwendigen Arbeitsgrundlagen herbeizuführen.⁸³ Es ist eine Unsitte, dass manche Sachverständige ihre Gutachten mit Rechtsausführungen überbefrachten, nach denen sie nicht gefragt sind. Dem haben die Gerichte entgegenzuwirken, erforderlichenfalls auch durch eine Kürzung der Vergütung, soweit der Sachverständige Aufwand für unnütze Rechtsausführungen abgerechnet hat.⁸⁴

Der Sachverständige muss die Gutachtenerstattung unterbrechen, wenn er zu dem Ergebnis gelangt, dass das Gericht bspw. nicht klargestellt hat, wovon er ausgehen soll, bspw. im Hinblick auf die vereinbarte Beschaffenheit des Werks. Dies gilt insbesondere dann, wenn Anwälte das Fehlen entsprechender Weisungen nach § 404a ZPO beanstanden.⁸⁵

Angesichts der Parteimaxime im Prozess, welche gleichermaßen auch im selbständigen Beweisverfahren gilt, hat sich der Sachverständige im Rahmen seiner Tätigkeit auf die ihm mit der Gerichtsakte übergebenen Unterlagen zu beschränken. Erforderlichenfalls muss der Sachverständige seine Tätigkeit unterbrechen und das Gericht um eine Stellungnahme bitten, von welchem Sachverhalt er ausgehen soll. Um einen Ausflug ins Recht würde es sich handeln, wenn der Sachverständige im Wege der Amtsermittlung oder Ausforschung nach eigenem Gutdünken festlegt, welche Verfahrenspartei welche Auskünfte zu erteilen bzw. welche Unterlagen vorzulegen hat. Da insoweit insbesondere Beweislastfragen im Raum stehen, muss der Sachverständige das Gericht um entsprechende Informationen und leitende Anweisungen bitten.⁸⁶

75

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 80.

76

Liebheit, Pflichten eines Bausachverständigen, 2009, S. 6.

77

Quack, Zur Problematik der stillschweigenden Rechtsanwendung durch Sachverständige, BauR 1993, 161 (163 re. Sp.).

78

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 161.

79

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 163.

80

Bayerlein, „Todsünden“ des Sachverständigen, a.a.O., S. 22.

81

Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 4. Aufl. 2008, S. 372.

82

Liebheit, Pflichten eines Bausachverständigen, 2009, S. 4.

83

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 65 und 183.

84

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 18. Teil, Rdnr. 43 am Ende.

85

Liebheit, Pflichten eines Bausachverständigen, 2009, S. 7.

86

Liebheit, Pflichten eines Bausachverständigen, 2009, S. 12.

Luz: Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf - BauR 2017 Heft 1 - 23 <<

Dem Wesen des Sachverständigenbeweises als ausschließliche Maßnahme zur Tatsachenfeststellung können Sachverständige dadurch Ausdruck verleihen, dass sie – dem Vorbild österreichischer Bausachverständiger folgend – nicht etwa einen „Ortstermin“ anberaumen, sondern einen Termin zur „Befundaufnahme“. Dies würde alle Beteiligten auf elegante Art und Weise regelmäßig daran erinnern, dass es im Sachverständigenbeweis nur um eines gehen darf: Tatsachen (§ 359 ZPO).

Auch wenn von Anwälten und Gerichten fälschlicherweise⁸⁷ immer wieder gewünscht, notfalls mit der Begleitformulierung „aus technischer Sicht“, steht dem Sachverständigen auch keine prozentuale Aufteilung eines planerischen Mitverschuldens zu. Auch dies ist Sache des Gerichts.⁸⁸

Um die Verwertbarkeit seines Gutachtens nicht zu gefährden, muss sich der Sachverständige über die gerichtliche Arbeitsweise und die zivilprozessrechtlichen Regeln, aus denen sich die an ihn gerichteten Erfordernisse, aber auch die Grenzen seiner Befugnisse ergeben, entsprechende Kenntnisse verschaffen.

4. Resümee

Der Sachverständigenbeweis in Bausachen birgt erhebliches Potenzial für fehlerhafte Urteile. An der Feststellung von Quack, dass die falsche „Rechtsanwendung“ durch nichtjuristische Sachverständige zu den strukturellen Fehlerquellen des Bauprozesses gehört,⁸⁹ hat sich nichts geändert. Die Grenzziehung zwischen Baurecht und Bautechnik und damit von Rechtsfragen und Tatsachenfragen wird im Bauprozess immer schwierig bleiben. Deshalb ist von den Prozessbeteiligten dem Beweisbeschluss größte Sorgfalt zu widmen.⁹⁰ Er ist der Dreh- und Angelpunkt des gerichtlichen Beweisverfahrens.⁹¹ Sowohl Gericht als auch Parteivertreter müssen konsequent dafür Sorge tragen, dass insbesondere der Sachverständigenbeweis gem. §§ 355, 359 ZPO ausschließlich über Tatsachen erhoben wird. Rechtsanwält/innen sind im Rahmen einer fehlerfreien Mandatsausübung verpflichtet, auf korrekte Beweisangebote hinzuwirken und fehlerhafte Beweisbeschlüsse zu beanstanden. Sachverständige müssen sich auf ihre Rolle als weisungsgebundene Gehilfen des Gerichts beschränken.

87

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 164.

88

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 18. Teil, Rdnr. 47 mit Hinweis auf BGH, Urt. v. 05.11.1998 – VII ZR 236/97, BauR 1999, 252.

89

Quack, Zur Problematik der stillschweigenden Rechtsanwendung durch Sachverständige, BauR 1993, 161 .

90

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 162.

91

Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 157.