

LEGAL NOTEBOOK

Tipps zum  
Sachverständigenbeweis

von Andreas Koenen

KOENEN [bauanwaelte.de](http://bauanwaelte.de)

Liebe Kolleg:innen,

Parteien bzw. deren Prozessbevollmächtigten haben im zivilen Bauprozess vielfältige Möglichkeiten, auf eine ordnungsgemäße, den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprechende Beweiserhebung hinzuwirken. Dies beginnt mit dem Prozessvortrag und der Formulierung von Beweisanträgen, setzt sich mit der Prüfung gerichtlich formulierter Beweisbeschlüsse und den Stellungnahmen zu Sachverständigengutachten fort und endet bei der Anhörung des Sachverständigen bzw. der Erörterung des Ergebnisses der Beweisaufnahme im Verhandlungstermin.

Die Nutzung der Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das Ergebnis eines Rechtsstreits ist für Bauanwält:innen nicht Kür, sondern Pflicht. Was möglich ist, muss getan werden – dies gehört zur anwaltlichen Prozessführung und damit zur Erfüllung des jeweiligen Anwaltsvertrages.

Insofern sollten Bauanwält:innen ihre Möglichkeiten nutzen – wohl wissen, dass die verfahrensleitenden Maßnahmen „eigentlich“ im Zuständigkeitsbereich des Gerichts liegen.

In der Hoffnung, dass Ihnen dieses kleine „Notizbuch“ mit einer Auswahl der von mir in den letzten zwei Jahrzehnten zusammengetragenen Instrumente im Umgang mit Sachverständigengutachten behilflich ist, verbleibe ich





# INHALT

**01 BEWEISBESCHLUSS..... 5**

**02 ORTSTERMIN..... 9**

**03 PRIVATGUTACHTEN..... 14**

**04 ANHÖRUNG ..... 1**

# 01

## BEWEISBESCHLUSS

# 01

## BEWEIS BESCHLUSS

**B**eweisbeschlüsse sind bekanntlich nicht selbstständig anfechtbar.<sup>1</sup> Insbesondere kann ein Beweisbeschluss nicht mit der Begründung angefochten werden, er sei überflüssig, etwa weil die Beweistatsache nicht entscheidungserheblich oder nicht beweisbedürftig sei.

Allerdings kann das Gericht auf Anregung einer Partei nach einer – ggf. von der Partei anzuregenden – neuen mündlichen Verhandlung einen Beweisbeschluss ändern oder auch ganz aufheben, etwa weil es erkannt hat, dass das Beweisthema unerheblich ist (§ 360 ZPO). Dieselbe Befugnis hat das Gericht auch ohne erneute mündliche Verhandlung, wenn es dem Antrag einer Partei entspricht und die Gegenpartei zustimmt oder wenn zu einer Änderung von Amts wegen beide Parteien zugestimmt haben.

Ohne neue mündliche Verhandlung kann das Gericht schließlich – nach Anhörung der Parteien – auch die Beweistatsachen berichtigen oder ergänzen oder andere Zeugen laden beziehungsweise einen anderen Sachverständigen ernennen (§ 404 Abs. 1 S. 3 ZPO).

Insofern können sich Anwälte:innen zwar formal darauf zurückziehen, dass es Aufgabe des Gerichts sei, einen Beweisbeschluss richtig, d.h. auch so zu formulieren, dass eine zügige Feststellung durch einen Sachverständigen möglich ist. Führt aller-

dings der Beweisbeschluss und damit auch die Prozessführung des Gerichts zu einem Schaden, u. a. dadurch, dass ein späteres Urteil z. B. durch Insolvenz der in Anspruch genommenen Partei nicht mehr realisierbar ist, stellt sich die Frage, ob man von dem mandatierten Prozessbevollmächtigten nicht doch ein Intervenieren gegen einen solchen Beweisbeschluss bzw. das Ausschöpfen sämtlicher prozessualer Mittel hätte erwarten dürfen. Vor diesem Hintergrund sollte die Partei, die auf eine klare, überzeugende und auch schnelle Feststellung durch den Sachverständigen angewiesen ist, auf die Defizite und die dadurch zwangsläufig entstehenden Folgen hinweisen.

Insofern führt die Tatsache, dass die – in der Besetzung regelmäßig wechselnden – Kammern der Landgerichte mit der Führung von Bauprozessen nicht selten überfordert sind, letztlich zu einer Verlagerung der Verantwortlichkeit bzw. einem Auseinanderfallen von Zuständigkeit (Gericht) und Verantwortlichkeit (Anwalt), jedenfalls dann, wenn der Prozessbevollmächtigte nicht rechtzeitig und in aller Entschiedenheit im Sinne einer parteiinteressengerechten Prozessökonomie eingreift. Denn: Hätte eine Intervention nachweisbar zur Beschleunigung des Prozesses geführt, dürfte ihr Unterlassen eine Pflichtverletzung des Anwaltsvertrages darstellen und damit eine Schadens-

<sup>1</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 359 Rn. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 116 Rn. 34.

**“JEDER BEWEISBESCHLUSS  
SOLLTE DARAUFHIN  
ÜBERPRÜFT WERDEN,  
OB DAS GERICHT SEINE  
HAUSAUFGABEN GEMACHT  
HAT, AUCH WENN DEREN  
ERLEDIGUNG SACHE DES  
RICHTERS IST.”**

ersatzpflicht auslösen. Insofern ist einem Prozessbevollmächtigten – auch haftungsrechtlich – nicht nur ein permanentes Überwachen der gerichtlichen Prozessführung anzuraten, sondern – in geeigneten Fällen – auch ein Eingreifen.

Der Inhalt des Beweisbeschlusses ergibt sich aus § 359 ZPO. Demzufolge muss ein Beweisbeschluss enthalten:

- das Beweisthema, d.h. die genaue Bezeichnung der streitigen Tatsachen;
- Bezeichnung der Beweismittel, insbesondere der Zeugen und Sachverständigen nach vollem Namen, Beruf und ladungsfähiger Anschrift;
- die Bezeichnung der Partei, die das betreffende Beweismittel benannt hat, ohne Rücksicht auf die Beweislast.

Eine Vielzahl von Beweisbeschlüssen ist jedoch unvollständig, ungenau oder verhält sich über Rechtsfragen.[1] Fehler bei der Erstellung des Beweisbeschlusses führen fast immer zumindest zu Komplikationen, wenn nicht sogar zu Fehlern in der späteren gerichtlichen Entscheidung. Insofern

sollte auch aus anwaltlicher Sicht ein Augenmerk auf die Abfassung der Beweisbeschlüsse gelegt werden. So kann es sich als hilfreich erweisen, im Rahmen eines Berichts über den Sach- und Streitstand die beweisheblichen Fragen gemeinsam herauszuarbeiten und entsprechende Formulierungen vorzuschlagen.

Zudem kann die sachverständige Unterstützung bei der Erstellung von Beweisbeschlüssen angeregt werden. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Ladung des Sachverständigen (§ 404a Abs. 2 ZPO) zu einem frühen ersten Termin anzuregen (§ 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO), um die technischen Probleme zu besprechen oder einen Ortstermin mit dem Sachverständigen anzusetzen, bei dem an Ort und Stelle die technischen Probleme erörtert werden können.

# CHECKLISTE



## PRÜFUNG

*Jeder Beweisbeschluss, mit dem ein Sachverständigengutachten eingeholt werden soll, sollte daraufhin überprüft werden, ob die zur Abfassung erforderlichen Vorarbeiten des Gerichts erbracht sind (z.B. Vorgabe der Anknüpfungstatsachen und Beantwortung der für die Begutachtung maßgeblichen Rechtsfragen). Fehlt es hieran, bietet sich in der Regel eine Stellungnahme an, mit dem Gericht und den Parteien die Folgen dieses Defizits vor Augen geführt werden.*



## STELLUNGNAHME

*Je nach Prüfungsergebnis ist eine Stellungnahme geboten, wenn gleich Beweisbeschlüsse nicht anfechtbar sind. Zudem kann eine sachverständige Unterstützung bei der Erstellung von Beweisbeschlüssen angeregt werden – ggf. im Zusammenhang mit einer Ladung des Sachverständigen (§ 404a Abs. 2 ZPO) zu einem frühen ersten Termin (§ 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO), um die technischen Probleme zu besprechen oder einen Ortstermin mit dem Sachverständigen anzusetzen, bei dem an Ort und Stelle die technischen Probleme erörtert werden können.*



## NICHT VERGESSEN

*Wenn die Stellungnahme im Ergebnis erfolglos bleiben sollte, bedeutet dies keineswegs, dass damit das Thema Beweisbeschluss vom Tisch wäre. Es gehört vielmehr auf die Wiedervorlagen-Liste und sollte als Merkposten für die mündliche Verhandlung notiert werden, weil – jedenfalls betr. das unrichtige Sachverständigengutachten als Folge eines fehlerhaften Beweisbeschlusses – das „Damoklesschwert“ des § 295 ZPO auch beim Sachverständigenbeweis eine erhebliche Rolle spielt.*

# 02

## ORTSTERMINE

# 02

## ORTSTERMINE

Für eine Begutachtung durch den Sachverständigen ist es in aller Regel erforderlich, dass dieser das zu begutachtende Objekt zur Vorbereitung seines Gutachtens besichtigt, Lichtbilder fertigt und ggf. Proben entnimmt. Dieser vom Sachverständigen anzuberaumende Ortstermin setzt einen entsprechenden Auftrag des Gerichts voraus. In der Regel geschieht die Beauftragung allerdings durch den Beweisbeschluss, wobei es ausreicht, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass auch ein Ortstermin durchgeführt werden soll. Das ist dann der Fall, wenn die ordnungsgemäße Beantwortung der Beweisfrage ohne Ortstermin nicht möglich ist.

Gesetzliche Regelungen über die Durchführung eines Ortstermins durch den Sachverständigen gibt es nicht; die §§ 371, 372, 372a ZPO betreffen lediglich die richterliche Inaugenscheinnahme. Insofern hat der Sachverständige die erforderlichen Maßnahmen im Rahmen des ihm erteilten Auftrages selbstständig und eigenverantwortlich zu treffen.

Zur Vorbereitung des Ortstermins muss der Sachverständige die Parteien laden und hierzu einen Termin bestimmen. Insofern muss er sich zunächst über die Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten bewusst werden, denn die Parteien haben bei der Durchführung des Ortstermins ein Anwesenheitsrecht, das sich aus dem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 2 GG) ebenso wie aus dem Recht der Gewährung effektiven Rechtsschutzes ergibt. Eine Pflicht zur Teilnahme an dem

Ortstermin besteht nicht und ist daher auch nicht erzwingbar.<sup>1</sup>

Neben den Parteien sind ebenfalls die Personen zu laden, die ein rechtliches Interesse an dem Ausgang des Prozesses haben. Hierzu zählen insbesondere Streithelfer.

Die teilnahmeberechtigten Personen muss der Sachverständige rechtzeitig, d.h. innerhalb einer angemessenen Frist laden. Eine Frist von zehn Tagen wird regelmäßig als ausreichend angesehen.<sup>2</sup> Die Ladung sollte schriftlich und mit vorbereitetem Empfangsbekanntnis versandt werden, um anschließenden Beweisschwierigkeiten begegnen zu können.

Für den Fall, dass eine Partei, die an dem anberaumten Ortstermin teilnehmen möchte, aus einem wichtigen Grund verhindert ist, obliegt es dem Sachverständigen zu prüfen, ob eine Terminverlegung möglich ist. Eine Untersuchung vor Ort stellt zwar keine gerichtliche Beweisaufnahme mit der Folge der zwingenden Parteiöffentlichkeit i. S. d. § 357 Abs. 1 ZPO dar. Gleichwohl ist jede Partei berechtigt, bei allen beweisrechtlich erheblichen Terminen anwesend zu sein. Dies ist insbesondere dann der

<sup>1</sup> OLG München, NJW-RR 1991, 896; OLG Köln, NJW 1992, 1568.

<sup>2</sup> OLG Köln, OLG-Report 1993, OLGR 1993, S. 63: Die von einem Sachverständigen den Parteien zur Teilnahme an einem Ortstermin gesetzten Fristen sind keine Ausschlussfristen i.S. des § 356 ZPO; zuständig für die Bestimmung von Ausschlussfristen ist allein das Gericht, das durch Beschluss zu entscheiden hat.

## “ORTSTERMINE OFFENBAREN DIE 'PARALLELWELT' DES SACHVERSTÄNDIGEN. HÄUFIG SIND SIE WICHTIGER ALS DIE MÜNDLICHE VERHANDLUNG”

Fall, wenn für die Begutachtung nicht lediglich eine bloße Besichtigung erforderlich ist, sondern der Sachverständige auch am Ort selbst Untersuchungen vornehmen muss. Gerade in einer Bausache ist es in der Regel von ausschlaggebender Bedeutung, ob der Sachverständige z. B. die zutreffenden Bauteile freilegt oder tatsächlich die maßgeblichen Proben mitnimmt.<sup>3</sup>

Der vom Sachverständigen durchzuführende Ortstermin ist somit lediglich parteiöffentlich, nicht öffentlich.<sup>4</sup> Unbeteiligte Dritte dürfen somit nicht an dem Ortstermin teilnehmen. Gehört beispielsweise der Ehemann nicht zu dem maßgeblichen Teilnehmerkreis, hat die Partei kein Recht, auf dessen Anwesenheit bei der Untersuchung zu bestehen.<sup>5</sup>

Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, die den Teilnehmerkreis einerseits erweitern (1), andererseits

aber auch eingrenzen (2).

### 1. Erweiterungen des Teilnehmerkreises

Allerdings ist es den Parteien gestattet, zum Ortstermin sachkundige Dritte – somit letztlich auch den fachkundigen Ehemann – hinzuzuziehen, um ihre Rechte bei der Feststellung und Bewertung des streitigen Sachverhaltes effektiv wahrnehmen zu können.<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang gilt im Übrigen auch das Prinzip der Waffengleichheit: Wenn eine Partei einen „Beobachter“ schicken darf, muss dies der Gegner ebenfalls dürfen.<sup>7</sup>

Die Rechte der sachkundigen Personen bestehen in dem Umfang wie die Parteien selbst, so dass sie lediglich Angaben zu den zu begutachten-

<sup>3</sup> OLG München, Urteil vom 03.11.1983 - 24 U 185/83 BauR 1985, 209.

<sup>4</sup> LG Verden, Beschluss vom 22.11.2004 - 4 O 459/02, s. hierzu Anmerkung Lühring, IBR 2005, 1074.

<sup>5</sup> OLG Köln, Beschluss vom 30.10.2009 - 5 U 112/09; DS 2010, 244.

<sup>6</sup> Vgl. OLG München, NJW-RR 1988, 1534; OLG Düsseldorf, MDR 1979, 409; BauR 1974, 72.

<sup>7</sup> BGH, NJW 1975, 1363.

## Teilnehmerkreis

den Themen machen, den Sachverständigen aber hingegen nicht in ein Streitgespräch verwickeln dürfen.

### 2. Einschränkungen des Teilnehmerkreises

Ein Anwesenheitsrecht besteht allerdings dann nicht, wenn höherwertige Rechtsgüter, wie der Teilnahme die engste Privats- und Intimsphäre der betroffenen Partei entgegenstehen, was im Bauprozess jedoch nur sehr selten in Betracht kommt.

Letztlich ist es jedoch Aufgabe des Gerichts, hierüber zu befinden. Das Gericht muss dabei Folgendes berücksichtigen und abwägen: Der Sachverständigenbeweis gehört zum Gerichtsverfahren, und diese sind öffentlich (§ 169 GVG, speziell für die Beweisaufnahme: § 357 ZPO). Allerdings kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn besonders schutzwürdige private oder gar intime Lebensumstände zur Sprache kommen. Sie muss ausgeschlossen werden, wenn die betroffene Person den Schutz der Intimsphäre wünscht (§ 171 b GVG).

Es gibt mehrere Entscheidungen, wonach die Anwesenheit Dritter – jedenfalls bei medizinischer Begutachtung – unzulässig sein soll: Begründet wird dies mit dem Persönlichkeitsschutz. Das OLG München<sup>8</sup> erlaubte in einem Kunstfehlerprozess dem beklagten Zahnarzt nicht, bei der Begutachtung dabei zu sein, allerdings hatte die Klägerin

<sup>8</sup> NJW-RR 91/896.

seiner Anwesenheit auch nicht zugestimmt. Das OLG Köln<sup>9</sup> entschied: Wenn die wegen Kunstfehlers beklagte Ärztin dabei sein wolle, bedürfe das „der ausdrücklichen Zustimmung der Gegenpartei“. Demzufolge darf ein Dritter dabei sein, wenn der Proband (im vorliegenden Beispiel) zustimmt. Der Schutz der Intimsphäre ist keineswegs unverzichtbar. Ob auf den Schutz der Intimsphäre verzichtet wird, muss demzufolge jeder selbst entscheiden.<sup>10</sup>

Eine Einschränkung der Anwesenheitsrechte allein aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes ist hingegen nicht gerechtfertigt. Würde das Gericht immer dann, wenn die Rechtsgefährdung einer Partei im Raume steht, auf die Ankündigungspflicht seitens des Sachverständigen verzichten, würde es sich dem Vorwurf der Parteilichkeit aussetzen. Dasselbe gilt für den Sachverständigen.

### 3. Folgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit

Ein Sachverständigengutachten, das auf einer Ortsbesichtigung beruht, die unter Verstoß gegen die Vorschriften der Parteiöffentlichkeit durchgeführt wurde, ist nicht verwertbar.

Allerdings begründet allein die Nichteinhaltung einer angemessenen Ladungsfrist noch keine Besorgnis der Befangenheit. Etwas anderes gilt allerdings in der Regel, wenn eine

<sup>9</sup> NJW 92/1568.

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 1984, 419.

## Anweisungen des Sachverständigen

zur Teilnahme berechtigte Person überhaupt nicht zum Ortstermin geladen wird und der Sachverständige den Ortstermin dennoch durchführt. Der Sachverständige muss nämlich allen Parteien die Gelegenheit geben, an der Ortsbesichtigung teilzunehmen.<sup>11</sup> Wird gleichwohl nur eine Partei über den Ortstermin informiert und nur ihr die Teilnahme ermöglicht, gibt der Sachverständige hierdurch in der Regel Anlass zur Besorgnis der Befangenheit.

### 4. Anweisungen des Sachverständigen

Während des Ortstermins sind Sachverständige nicht gehalten, „Anweisungen“ von Parteien zu befolgen.<sup>12</sup> Dies gilt insbesondere auch für den Antragsteller im selbstständigen Beweisverfahren, deren Rolle Sachverständige häufig mit der ihrer „Auftraggeber“ bei Privatgutachter verwechseln. Die Parteien sind somit nicht berechtigt, den Sachverständigen im Rahmen des Ortstermins „anzuweisen“, z.B. eine weitere Sache zu untersuchen, die nicht von dem gerichtlichen Auftrag umfasst ist.

Demgegenüber sind die Parteien berechtigt, die objektiven Untersuchungsbefunde des Sachverständigen selbst zu notieren bzw. sogar selbst nachzumessen. Soweit das zu begutachtende Thema nicht innerhalb bewohnter Räume liegt, ist den Parteien auch das Fotografieren gestattet, denn in diesem Fall besteht keine Gefahr für die Privatsphäre.

Darüber hinaus steht den Parteien das Recht zu,

den Sachverständigen in die örtlichen Gegebenheiten einzuführen, ihn bei seinen Fragestellungen zu begleiten und ihn auf Umstände, die ihnen bedeutsam erscheinen hinzuweisen bzw. aufmerksam zu machen. Dieses Recht steht auch den sachkundigen Begleitern zu, die die Parteien zu dem Termin begleiten können.

<sup>11</sup> BVerwG, Beschluss vom 12.04.2006 – 8 B 91/05; JuS 2006, 1041.

<sup>12</sup> Vgl. OLG Saarbrücken, IBR 2008, 55.

# 03

*PRIVATGUTACHTEN*

# 03

## PRIVATGUTACHTEN

**P**rivatgutachten bzw. die Tätigkeit von Privatgutachter dienen nicht nur der Vorbereitung eines Rechtsstreits, sondern auch dem Zweck, Einwendungen gegen ein gerichtlich eingeholtes Sachverständigengutachten sowie die Anhörung des Sachverständigen vorzubereiten.

Privatgutachten dürfen im Bauprozess nicht unbeachtet bleiben, sondern müssen gewertet werden, auch wenn sie zivilprozessual lediglich als Parteivortrag und nicht als Beweismittel gelten. Legt eine Partei also ein Privatgutachten vor, hat sich das Gericht mit diesem sorgfältig auseinanderzusetzen und ggf. auf eine weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, und zwar so, als wenn es sich um eine abweichende Stellungnahme eines von ihm bestellten weiteren Gutachters handeln würde.<sup>1</sup> Die Pflicht zur Auseinandersetzung mit dem Privatgutachten geht sogar so weit, dass es verfahrensfehlerhaft wäre, wenn das Gericht nicht dargelegt, warum es der Ansicht des gerichtlichen Sachverständigen den Vorzug gibt bzw. warum es dessen Ausführungen – im Gegensatz zu den Ausführungen eines Privatgutachtens – für „überzeugend“ hält.<sup>2</sup>

Insofern genügen Ausführungen des Inhalts nicht, dass sich der gerichtliche Sachverständige in vielen anderen gerichtlichen Fällen als fachkundig und außergewöhnlich kompetent erwiesen habe.

1 BGH, VersR 1980, 533; NJW 1998, 2735; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1999, 719; BGH, NJW 1992, 1459; BGH, NJW 1993, 2382 m. w. N.; BGH, NJW-RR 2003, 69.

2 Vgl. OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, 1156.

Das Gericht darf dem Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gegenüber einem Privatgutachten vielmehr nur dann den Vorzug geben, wenn es dies einleuchtend und nachvollziehbar begründen kann.<sup>3</sup> Ergeben sich dem Gericht keine sachlichen Argumente, warum er dem einen oder dem anderen Gutachten folgen kann, muss er von Amts wegen weitere gutachterliche Äußerungen einholen, gegebenenfalls beide Sachverständige anhören.<sup>4</sup>

Die unkritische Übernahme der Ergebnisse eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens durch das Gericht würde sogar das Gebot des rechtlichen Gehörs verletzen, wenn ein Privatgutachten zu deutlich anderen Bewertungsergebnissen gelangt.<sup>5</sup> Da dem Gericht in der Regel die erforderliche Sachkunde fehlt, um beurteilen zu können, ob es dem gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten oder dem – hiervon abweichenden – Privatgut-

3 Vgl. BGH, Urteil vom 24.09.2008 - IV ZR 250/06; NJW-RR 2009, 35; VersR 2008, 1676. Das von einer Partei auf ein gerichtlich eingeholtes Gutachten vorgelegte entgegenstehende Privatgutachten muss der Richter erkennbar verwerten. Dieses Privatgutachten kann den Richter veranlassen, von Amts wegen weiteren Beweis zu erheben: BGH, Beschluss vom 18.05.2009 - IV ZR 57/08; NJW-RR 2009, 1192; NZV 2009, 490.

4 Die Bedeutung des Privatgutachters geht allerdings nicht so weit, dass der gerichtliche Sachverständige dieselbe Qualifikation des Privatgutachters („Papierform“) aufweisen müsste. Legt beispielsweise eine Prozesspartei das Gutachten eines habilitierten Spezialisten vor, folgt daraus demzufolge nicht, dass das Gericht als gerichtlichen Sachverständigen ebenfalls mindestens einen Hochschullehrer nehmen müsste; so OLG Oldenburg, Urteil vom 17.11.2010 - 5 U 108/09.

5 BVerfG, NJW 1997, 122 zur Ermittlung des Wertes eines Unternehmens im Rahmen des Zugewinnausgleichs.

**DAS GERICHT MUSS  
EIN PRIVATGUTACHTEN  
ERKENNBAR VERWERTEN  
UND DARLEGEN, WARUM ES  
DEM SACHVERSTÄNDIGEN-  
GUTACHTEN DEN VORZUG GIBT.**

achten folgen soll, ist in diesem Fall die Einholung eines zweiten Gutachtens unumgänglich, sofern die offenen Fragen bzw. Widersprüche nicht bereits durch Anhörung des Sachverständigen geklärt werden können.

Das Gericht muss das Privatgutachten erkennbar verwerten. Das Gericht muss dabei darlegen, warum es dem gerichtlichen Sachverständigengutachten den Vorzug gibt.<sup>6</sup> Nach einer Entscheidung des VII. Zivilsenats aus dem Jahre 2010 muss das Gericht in diesem Zusammenhang Streitpunkte der von einer Partei beauftragten Fachleute mit dem gerichtlichen Sachverständigen erörtern und diese Abwägung in den Entscheidungsgründen belegen. So genannte „Leerformeln“ genügen nicht.<sup>7</sup> Das Gericht muss, und zwar von Amts wegen, aufklären oder für den Fall, dass es dem gerichtlichen Gutachten und nicht dem Privatgutachten folgen will,

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 24.09.2008 - IV ZR 250/06; NJW-RR 2009, 35, IBR 2009, 178; vgl. auch BGH, Beschluss vom 02.06.2008 - II ZR 67/07; BauR 2008, 1499; BauR 2008, 1661; BGH, Beschluss vom 18.05.2009 - IV ZR 57/08; IBR 2009, 489; BauR 2009, 1342.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 27.01.2010 - VII ZR 97/08; BauR 2010, 931; IBR 2010, 308.

auf den konkreten Fall bezogen darlegen, warum das Privatgutachten nicht entscheidungserheblich sei. In den Fällen also, in denen sich ein Privatgutachten nicht als von vorneherein eindeutig fehlerhaft herausstellt, muss der gerichtliche Sachverständige zu den fachlichen Einwänden gehört werden.

Insofern sollte vom Gericht besondere Sorgfalt gefordert werden, wenn ein Privatgutachten vorlegt wird, das im Gegensatz zu den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen steht.<sup>8</sup> In diesem Fall – wie auch im Fall sich widersprechender Gutachten zweier gerichtlich bestellter Sachverständiger – darf das Gericht den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt.<sup>9</sup>

Geht das Gericht den Einwänden pflicht-

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 12.01.2011 – IV ZR 190/08.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 18.05.2009 - IV ZR 57/08, VersR 2009, 975 Rn. 7 m.w.N.

## DURCHFÜHRUNG

gemäß nach, kann es den Sachverständigen zu einer schriftlichen Ergänzung seines Gutachtens veranlassen und einen Termin zur mündlichen Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen anberaumen (§ 411 Abs. 3 ZPO). Ein Antrag der beweispflichtigen Partei ist dazu nicht erforderlich.<sup>10</sup> Kann der gerichtlich bestellte Sachverständige dann weder durch das eingeholte schriftliche Ergänzungsgutachten noch im Rahmen seiner Anhörung die sich aus dem Privatgutachten ergebenden Einwendungen ausräumen, muss das Gericht im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sachaufklärung gemäß § 412 ZPO ein weiteres Gutachten einholen.<sup>11</sup> Die Entscheidung über die Einholung eines – weiteren – Gutachtens steht allerdings im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Dieses Ermessen übt das Gericht nach der Rechtsprechung nur dann verfahrensfehlerhaft aus, wenn es von der Einholung eines – weiteren – Gutachtens oder eines Obergutachtens absieht, obwohl sich ihm die Notwendigkeit dieser weiteren Beweiserhebung hätte aufdrängen müssen.

Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das bereits vorliegende Gutachten auch für den nicht Sachkundigen erkennbare Mängel enthält, insbesondere von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht oder unlösbare Widersprüche aufweist, wenn Anlass zu Zweifeln an der Sachkunde oder Unparteilichkeit des Sachverständigen besteht, wenn ein anderer Sachverständiger über bessere Forschungsmittel verfügt oder wenn es sich um besonders schwierige Fachfragen handelt, die umstritten sind oder zu denen einander widersprechende Gutachten vorliegen.

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 18.05.2009 - IV ZR 57/08, VersR 2009, 975; BGH, Urteil vom 14.04.1981 - VI ZR 264/79, VersR 1981, 576.

<sup>11</sup> Ebd.

# 04

**ANHÖRUNG**

# 04

## ANHÖRUNG

**G**egen das Sachverständigengutachten werden vor allem diejenigen Parteien, aus deren Sicht das Gutachten ungünstige Feststellungen enthält, Einwendungen erheben und versuchen, Argumente gegen die Richtigkeit des Gutachtens vorzubringen und/oder geeignete Ergänzungsfragen zu stellen.

Diese Ergänzungsfragen wird das Gericht wegen mangelnder Sachkunde in der Regel nicht selbstständig beantworten können. Verfügt das Gericht nicht über die zur Beurteilung der Sachfrage erforderlichen Kenntnisse, haben die Parteien – als Ausfluss des Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) – ein Recht darauf, dass das Gericht den Sachverständigen als „Gehilfen“ zur Erläuterung seines Gutachtens lädt. Gibt das Gericht einem Antrag einer Partei, den Sachverständigen zur Erläuterung des Gutachtens zu laden, nicht statt, wird dieser Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.<sup>1</sup> Ausdruck dieses Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Regelung der §§ 397 Abs. 1, 402 ZPO, wonach die Parteien berechtigt sind, dem Sachverständigen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung für sachdienlich und erforderlich erachten.<sup>2</sup>

Zur Ladung des Sachverständigen kann das Gericht schon von Amts wegen verpflichtet sein, und zwar dann, wenn das Gutachten Unklarheiten

oder Unvollständigkeiten aufweist. Beantragt eine Partei die Ladung des Sachverständigen, kommt es dann nicht mehr darauf an, ob das Gericht bereits von der Tragfähigkeit des Gutachtens überzeugt ist und ihm überhaupt folgen will. Insofern besteht dieses Recht insbesondere auch dann, wenn das Gericht dem Gutachten nicht folgen will.<sup>3</sup>

Ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob ein solcher von der Partei nachvollziehbar dargetan wurde, ist für die Ladung des Sachverständigen unbeachtlich.<sup>4</sup> Will eine Partei die mündliche Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen, braucht sie deshalb ihren Klärungsbedarf nicht konkret zu begründen; ein rechtzeitig gestellter Antrag zur Anhörung kann insofern nur bei erkennbarer Rechtsmissbräuchlichkeit zurückgewiesen werden, die selten gegeben sein dürfte.<sup>5</sup> Unterbleiben kann die Ladung des Sachverständigen allerdings dann, wenn es allein um die Beantwortung bereits eindeutig gekläarter oder beweisunerheblicher Fragen geht.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.05.2007 – 1 BvR 2485/06; BGH, Beschluss vom 14.07.2009 – VIII ZR 295/08; NJW-RR 2009, 3660 geht davon aus, dass eine Verletzung rechtlichen Gehörs besteht, wenn gegen die Pflicht zur Anhörung verstoßen wird.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 25.09.2007 – VI ZR 157/06; VersR 2007, 1697.

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 08.11.2005 – VI ZR 121/05; NJW-RR 2006, 1503; NZBau 2006, 650.

<sup>6</sup> OLG Hamm, MDR 1985, 593; OLG Oldenburg, OLGR 1998, 17; NJW-RR 1999, 178; Zöller, ZPO, § 411 Rn. 5a.

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 18.06.2009 – IX ZB 115/07.

<sup>2</sup> Zöller/Greger, ZPO § 411 Rn. 5a; BGH NJW 1997, 802 f.; NJW 1998, 162; NJW-RR 2001, 1431; NJW-RR 2003, 208.

## DIE "KÜR" DES BAUPROZESSES

Das Recht der Parteien zur Ladung des Sachverständigen reicht allerdings nicht so weit, dass auch der früher tätig gewesene Sachverständige, dessen Gutachten der Tatrichter für ungenügend erachtet und deshalb zum Anlass genommen hat, einen anderen Sachverständigen zu beauftragen (§ 412 Abs.1 ZPO), geladen werden müsste.<sup>7</sup>

Dem Antrag auf mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen und dessen Anhörung ist auch im selbstständigen Beweisverfahren stattzugeben.<sup>8</sup>

In der Berufungsinstanz kann die ggf. erneute Anhörung des – erstinstanzlich tätig gewesenen – Sachverständigen erforderlich sein. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Berufungsgericht dessen Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will, insbesondere ein anderes Verständnis der Ausführungen des Sachverständigen zugrunde legen und damit andere Schlüsse aus dem Gutachten ziehen will als das Ausgangsgericht.<sup>9</sup>

Schaltet das Berufungsgericht einen anderen Sachverständigen als das erstinstanzliche Gericht ein und beurteilt dieser die Beweisfrage anders als der frühere Gutachter, hat es zumindest dem Antrag einer Partei auf Ladung dieses (neuen) Sach-

verständigen zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens zu entsprechen. Dies gilt auch dann, wenn es das zuletzt eingeholte Gutachten für überzeugend hält und selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht. Ein Verstoß gegen diese Pflicht verletzt den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör und führt im Rahmen des § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.<sup>10</sup>

Ein erstmaliger Antrag auf Anhörung des Sachverständigen in der Berufungsinstanz kann zuzulassen sein, z.B. das Berufungsgericht erklärt, an die Feststellungen der Vorinstanz nicht gebunden zu sein und daraufhin auf der

<sup>10</sup> Im Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 22.05.2007 - VI ZR 233/06, NJW-RR 2007, 1294, und vom 14.07. 2009 - VIII ZR 295/08, NJW-RR 2009, 1361; BGH, Beschluss vom 07.12.2010 - VIII ZR 96/10.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 04.11.2010 – III ZR 45/10.

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 13.09.2005 – VI ZB 84/04; BGHZ 164, 94; MDR 2006, 287; NZBau 2005, 688; NZV 2006, 76; VersR 2006, 95; vgl. auch oben XXX. Zur Frage, ob haben die Parteien ein Recht auf sofortige mündliche Anhörung des Sachverständigen haben oder es im Ermessen des Gerichts steht, vorbereitend ein schriftliches Ergänzungsgutachten einzuholen vgl. OLG München, Beschluss vom 01.04.2009 – 1 W 1169/09.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 24.03.2010 – VIII ZR 270/09.

“DIE STELLUNGNAHME ZU  
DEM GUTACHTEN EINES  
SACHVERSTÄNDIGEN  
IST PFLICHT, DEREN  
ANHÖRUNG IST JEDOCH DIE  
KÜR, DIE DESHALB EINER  
INTENSIVEN ANWALTlichen  
VORBEREITUNG BEDARF.”

Grundlage des eingeholten Gutachtens in eine neue Beweiswürdigung eintritt.<sup>11</sup>

### Vorbereitung

Das Anhörungsrecht des Sachverständigen steht grundsätzlich den Rechtsanwälten zu, § 397 Abs. 2 ZPO. Dies hat zur Folge, dass sich der Prozessbevollmächtigte bzw. der Terminvertreter selbst so gut auf die Befragung des Sachverständigen vorbereiten muss, dass er diese – falls das Gericht eine unmittelbare Befragung der Parteien bzw. der technischen Berater nicht zulässig – selbst durchführen kann.

Die Befragung durch einen – gut vorbereiteten – Prozessbevollmächtigten ist erfahrungsgemäß nämlich nicht nur wesentlich effektiver, sondern für die jeweilige Partei auch ungefährlicher. Denn Privatsachverständige sind in der Befragung von Sachverständigen häufig nicht nur nicht geschult, sondern

– aufgrund ihrer fachlich orientierten Herangehensweise – häufig auch nicht in der Lage, die an den Sachverständigen zu richtenden Fragen so zu formulieren, dass das gewünschte Ergebnis herauskommt. Dies gilt im Hinblick auf die Antwort des Sachverständigen, vor allem aber auch im Hinblick auf die letztlich häufig viel entscheidendere Protokollierung. Dies soll allerdings nicht heißen, dass eine intensive Vorbereitung mit dem von der Partei beauftragten Privatgutachter im Vorfeld der Anhörung des Sachverständigen nicht sinnvoll, in vielen Fällen sogar unabdingbar ist. Letztlich sollte jedoch weder die Vorbereitung noch die Befragung der Privatgutachter führen, sondern der – gut vorbereitete – Prozessbevollmächtigte.

Im Rahmen der Vorbereitung der

<sup>11</sup> BGH, Beschluss vom 18.06.2009 – IX ZB 115/07: In diesem Fall wird nach Ansicht des BGH der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

## DURCHFÜHRUNG

Anhörung des Sachverständigen sollte der Prozessbevollmächtigte vor allem nochmals prüfen, ob der Sachverständige von zutreffenden Anknüpfungstatsachen ausgegangen ist. In vielen Fällen legen Sachverständige ihren Feststellungen nämlich, wie oben bereits ausgeführt, unbewiesenen einseitigen Parteivortrag oder teilweise Tatsachen zugrunde, die sich bereits im Rahmen der Beweisaufnahme als unzutreffend herausgestellt haben. Hierauf sollten die Anwälte mit besonderer Sorgfalt achten.

### Durchführung

Der Sachverständige wird grundsätzlich – wie auch der Zeuge – zunächst vom Gericht vernommen. Wie beim Zeugen, bei dem zunächst ein vorhergehender zusammenhängender Bericht gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 396 ZPO), ist auch beim Sachverständigen ein solcher zusammenhängender Bericht „vernehmungpsychologisch“ sinnvoll, weil dieser – wie bei Zeugen – mehr oder weniger spontan ist und nicht durch Fragen bestimmten Erwartungshaltungen beeinflusst und verfälscht wird. Zwar gibt es zwischen der Anhörung des Sachverständigen und der Vernehmung eines Zeugen grundlegende Unterschiede. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Gemeinsamkeiten vor allem unter vernehmungpsychologischen Gesichtspunkten vernachlässigt werden dürften.

Sollte das Gericht die Fragen an einen Sachverständigen – aus welchen Gründen auch immer – nicht zulassen, muss der Prozessbevollmächtigte

auf einen förmlichen Beschluss (§ 397 Abs. 3 i. V. m. § 402 ZPO) drängen, um sich selbst Freiraum für weitere Fragen zu verschaffen. Denn lediglich die Protokollierung einer abgelehnten Frage kann in der Berufungsinstanz hilfreich sein (vgl. §§ 513, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Demgegenüber kann es jedoch unter prozesstaktischen Gesichtspunkten auch sinnvoll sein, auf eine weniger relevante Frage zu verzichten, um im Übrigen die Verhandlungs- bzw. Anhörungsatmosphäre nicht negativ zu beeinträchtigen. Unter diesem Blickwinkel muss auch bedacht werden, dass eine zu hartnäckige, aggressive, wenn nicht gar spitzfindige Befragung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen – wie auch die eines Zeugen – nicht ohne Risiko ist, da nämlich eine – wenn teilweise auch unbewusste – Solidarisierung des Gerichts mit dem Sachverständigen und damit möglicherweise auch der Gegenpartei verbunden sein könnte.

Vor diesem Hintergrund haben die auf die Vernehmung von Zeugen bezogenen Erkenntnisse von Rinsche<sup>12</sup> in diesem Zusammenhang ebenfalls Bedeutung: „Es zeugt nicht von anwaltlichem Können, wenn ein Prozessbevollmächtigter die von der Gegenseite benannten Zeugen mit großer Lautstärke anbrüllt und sie dadurch zu verunsichern sucht. Nicht selten führt das nur zu einer ‚Verhärtung‘ der Sach-

<sup>12</sup> Rinsche, *Prozesstaktik, Sachgerechte Verfahrensführung des Rechtsanwalts*, 4. Auflage 1999, Rn. 162.

## UNZULÄSSIGE FRAGEN

darstellung des angegriffenen Zeugen.“ Auch der „angebrüllte“ Sachverständige wird nämlich unter rein psychologischen Gesichtspunkten kaum geneigt sein, die ihn „anbrüllende“ Partei bzw. dessen Prozessbevollmächtigten dadurch zu „belohnen“, dass die gestellten Fragen in dem erwarteten bzw. erhofften Sinne beantwortet werden.

### Unzulässige Fragen

Unzulässige Fragen des Gerichts oder des Gegners sollten vom Anwalt sofort beanstandet werden (§§ 140, 397 Abs. 3, 402 ZPO). Über deren Zulässigkeit entscheidet sodann das Gericht (§ 397 Abs. 1 ZPO). Zwar ist ein daraufhin ergehender Beschluss als solcher unanfechtbar. Gleichwohl kann eine unrichtige Ablehnung oder Zulassung einer Frage Grundlage für die Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Urteil sein.

Ohne dass ein entsprechender Gerichtsbeschluss herbeigeführt wird, kann das Rechtsmittel hierauf jedoch nicht gestützt werden.<sup>13</sup> Deshalb sollte die – nicht zugelassene – Frage am besten wörtlich ins Protokoll aufgenommen werden bzw. ein entsprechender Antrag gestellt werden, wenngleich insoweit eine Pflicht des Gerichts nicht besteht.

Unzulässige Fragen zu stellen, ist als solches zwar nicht „verboten“ und kann durchaus, vor allem wenn es weder vom Gericht noch vom Gegner beanstandete wird, Vorteile bringen. Gleichwohl sollte man mit Fragen, die mit dem Beweisthema

<sup>13</sup> Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 140 Rn. 5; § 97 Rn. 2.

nichts zu tun haben, oder Werturteile und nicht tatsächliche Wahrnehmungen zum Gegenstand haben,<sup>14</sup> äußerst zurückhaltend sein, da diese – bei Zeugen und demnach auch bei Sachverständigen (§ 402 ZPO) – als unzulässig gelten.<sup>15</sup> Allerdings ist eine Tatsachenbekundung ohne jegliche Wertung häufig gar nicht möglich, so dass es insoweit letztlich eine Frage des Einzelfalls ist.

Die Fragen müssen allerdings nicht im engen Zusammenhang mit dem Beweisbeschluss stehen. Vielmehr verlangen Prozesswirtschaftlichkeit und Wahrheitsermittlung, dass auch weiterherzige Fragestellungen zugelassen werden.<sup>16</sup> Sollte das Gericht allerdings der Zulässigkeit der Frage mit Hinweis auf den zu diesem Thema noch nicht ergangenen Beweisbeschluss reagieren, sollte umgehend ein entsprechender Beweisantrag formuliert werden.

Ob und inwieweit Suggestivfragen zulässig sind, ist in dieser Allgemeinheit nicht zu beantworten. Denn streng genommen handelt es sich selbst bei Fragen, die nur mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden können, um Suggestivfragen. In der Praxis lassen sich deshalb geschlossene Fragen bzw. Suggestivfragen in der Form von Auswahlfragen nicht vermeiden. Dies gilt

<sup>14</sup> Zöller/Greger, ZPO, § 373 Rn. 1: Eine Wertung ist dem Zeugen verwehrt.

<sup>15</sup> Vgl. Zöller/Greger, ZPO, vor § 284 Rn. 5, 5a; § 297 Rn. 4; § 398 Rn. 4.

<sup>16</sup> Vgl. Baumbach/Hartmann, ZPO, § 396 Rn. 5; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 396 Rn. 2.

## PERSON DES FRAGENDEN

insbesondere für enge Fragestellungen, die nur mit „ja“ und „nein“ beantwortet werden können.

Gerade bei der Anhörung eines Sachverständigen sind derartige, auf eine Antwort mit „Ja“ oder „Nein“ fokussierten Fragen von besonderer Bedeutung. Es scheint nämlich geradezu eine Neigung von Sachverständigen zu sein, bei schwierigen bzw. unangenehmen Antworten „ins Detail zu flüchten“, so dass häufig weder das Gericht noch die Prozessbevollmächtigten in der Lage sind, den Inhalt dieser Aussage adäquat zu erfassen geschweige denn zu protokollieren.

Zunächst sollte allerdings eine möglichst offene Frage gestellt werden. Wenn der Sachverständige dann den Inhalt der Frage nicht verstanden hat bzw. nicht verstehen wollte und den fraglichen Punkt nicht anspricht, kann und muss die Frage konkretisiert und so formuliert werden, dass der Sachverständige nicht (mehr) ausweichen kann.

### Person des Fragenden

Das in § 397 ZPO geregelte Fragerecht, das über § 402 ZPO auch auf die Anhörung des Sachverständigen übertragbar ist, steht zunächst den Anwälten zu (§ 397 Abs. 2: „...hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten...“). Den Parteien direkt bzw. ihren technischen Beratern kann – nicht muss – das Gericht in Ausnahmefällen eine unmittelbare Befragung gestatten. Dies ist immer wieder ein streitiger Punkt bei der Anhörung eines Sachver-

ständigen und sollte von den Prozessbevollmächtigten bei der Vorbereitung der Anhörung des Sachverständigen berücksichtigt werden.

Vor diesem Hintergrund kann der in § 397 Abs. 2 ZPO geregelte Vorrang der Befragung durch die Anwälte nicht nur mit Gesichtspunkten der Prozessökonomie begründet werden, sondern auch damit, dass die Ausübung des Fragerechts durch die Prozessbevollmächtigten, gut vorbereitet und unterstützt durch technische Berater, für die jeweilige Partei weitaus bessere Ergebnisse erzielt als eine unmittelbare Befragung der Parteien bzw. deren technischer Berater in der Regel zur Folge hat.

Dies hängt allein schon damit zusammen, dass ein Vorhalt gegenüber dem Sachverständigen so geschickt formuliert werden muss, dass der Sachverständige letztlich genau das zum



## M Ö G L I C H K E I T E N U N D G R E N Z E N

Ausdruck bringt, was der Partei nützlich ist und nicht das, was der Sachverständige zu seiner eigenen Verteidigung zu sagen sich vorgenommen und möglicherweise schon vorformuliert hat, da nämlich genau dies dazu führen würde, dass der Sachverständige die – möglicherweise auch schon vom Gericht erkannten – Widersprüchlichkeiten so „einebnet“, dass die Ausführungen des Sachverständigen quasi unverändert in die Urteilsbegründung übernommen werden können.

Diese Erfahrungen bzw. Erkenntnisse führen unweigerlich dazu, dass die Anhörung eines Sachverständigen ohne intensive Vorbereitung – mit oder ohne fachliche Unterstützung – die Lage des Rechtsstreits deutlich zu Lasten der eigenen Partei verändern kann, oder anders ausgedrückt: Der Antrag auf Ladung des Sachverständigen führt häufig im Ergebnis zum „Eigentor“, obwohl dies – bei entsprechender Vorbereitung – durchaus vorhersehbar bzw. prognostizierbar gewesen wäre.

Alles in allem stellt die Anhörung des Sachverständigen – sehr viel mehr als der Antrag auf Einholung einer ergänzenden schriftlichen Stellungnahme – eine „Wunderwaffe“ im Rahmen des Sachverständigenbeweises dar, die allerdings auch als solche eingesetzt werden muss.

Wie jede Waffe kann sich auch die Anhörung des Sachverständigen gegen die eigene Partei richten. Dies zu vermeiden, ist weniger die Aufgabe des technischen Beraters als vielmehr eine der Kardinalaufgaben des Prozessbevollmächtigten. Wäh-

rend man die schriftsätzlichen Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten aus Sicht des Prozessbevollmächtigten als „Pflicht“ bezeichnen könnte, wäre die erfolgreiche Durchführung der Anhörung eines Sachverständigen, um im Bilde zu bleiben, die „Kür“.

### Möglichkeiten und Grenzen einer Korrektur der Feststellungen des Sachverständigen

Grundsätzlich besteht nur wenig Aussicht, im Rahmen der Anhörung des Sachverständigen ein von dem schriftlichen Gutachten abweichendes Ergebnis zu erhalten. Neben der Möglichkeit, das Gericht von der Erforderlichkeit eines Obergutachtens zu überzeugen, gibt es praktisch nur folgende Möglichkeiten, die Feststellungen in einem schriftlichen Gutachten zu „kippen“:

- *das Eingeständnis des Sachverständigen, die seinem Gutachten zugrunde gelegten Feststellungen beruhten nicht auf Erkenntnissen, sondern Mutmaßungen*
- *das Aufzeigen von Widersprüchen, die den Sachverständigen zu der Feststellung veranlassen, weitere Untersuchungen zur Klärung durchführen zu müssen,*
- *das Eingeständnis des Sachverständigen, in seinem schriftlichen Gutachten einen Fehler gemacht zu haben,*
- *den Sachverständigen dazu zu bewegen, einen Fehler in seiner bisherigen Begutachtung einzuräumen, was – allein schon aus*

*psychologischen Gründen – nicht einfach ist.*

Jeder Sachverständige wird naturgemäß sein vorgelegtes Gutachten verteidigen und ist nicht bereit, sich vom Gericht – und schon gar nicht von einem Anwalt – einen Fehler nachweisen zu lassen. Deshalb sollte bei der Befragung der Begriff „Fehler“ gar nicht auftauchen. Es reicht völlig, wenn der Protokollierung der Anhörung ein anderes Ergebnis festgehalten wird. Entweder er kann dann zu einem späteren Zeitpunkt den Sachverständigen sein eigenes schriftliches Gutachten vorgehalten werden oder die Gegenüberstellung erfolgt im Rahmen der Erörterung des Beweisergebnisses.

Insofern sollte man den Sachverständigen sehr viel eher dazu bringen, von „Modifikationen“, „Klarstellungen“ oder „Präzisierungen“ zu sprechen, zumal es in diesem Zusammenhang nicht auf die sprachliche Bezeichnung, sondern vielmehr auf das Ergebnis ankommt.

Ist es erst einmal „gelingen“, den Sachverständigen inhaltlich zu einer anderen Aussage zu bewegen, braucht diese nur noch entsprechend protokolliert zu werden, um letztlich entweder zu einem anderen Beweisergebnis zu kommen oder zumindest das Gericht zu veranlassen, ein Obergut-

achten einzuholen, da Widersprüche zwischen schriftlichem Gutachten und der Anhörung letztlich nicht ausgeräumt werden können oder das Gericht jedenfalls nicht von den Feststellungen des Sachverständigen vollumfänglich überzeugt ist.

Wenn der (eigene) Privatgutachter bei der Anhörung des Sachverständigen anwesend ist, lässt sich die Befragung sinnvollerweise so gestalten, dass die Fachleute bemüht sind, gemeinsam nach der richtigen Lösung bzw. richtigen Beantwortung der Beweisfrage zu suchen.

Der Anwalt bzw. die Anwältin sollte jedoch nicht davor zurückschrecken, den fehlenden technischen Sachverstand einzuräumen und auch als naiv erscheinende Fragen zu stellen. So kann der Sachverständige sehr viel eher „motiviert“ werden, den von ihm beabsichtigten Pfad unangreifbarer Standards und zumindest technisch klingender Floskeln zu verlassen.

Die gute Vorbereitung des Anwalts bzw. der Anwältin und das Signal an den Richter bzw. die Richterin in der mündlichen Verhandlung bzw. Anhörung, das Fragerecht sehr umfassend und auch aktiv wahrnehmen zu können, könnte zudem dazu führen, dass sich das Gericht

## M Ö G L I C H K E I T E N U N D G R E N Z E N

mit der eigenen Befragung des Sachverständigen eher zurückhält und den Anwalt sein Fragerecht ausüben lässt, um auf diese Weise die für das Gericht entscheidenden Fragen vom Anwalt „herauskitzeln“ und vom Sachverständigen beantworten zu lassen.

Enthalten allerdings die mündlichen Ausführungen des Sachverständigen – im Vergleich so seinen schriftlichen Gutachten – neue und ausführlichere oder gar neue Bewertungen, muss der Partei Gelegenheit gegeben werden, hierzu Stellung nehmen zu können, wobei zumindest der nicht fachlich unterstützte Anwalt dann darauf drängen sollte, sich zuvor anderweitig fachkundig beraten lassen zu dürfen. Ein solches Bedürfnis bzw. Erfordernis sollte im Anschluss an die Beweisaufnahme dem Gericht mitgeteilt werden, da die Partei anderenfalls das Recht auf nochmalige Stellungnahme verlieren könnte.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Vgl. BGH, NJW 1988, 2302 im Bereich des Arzthaftungsprozesses.



# LITERATUR

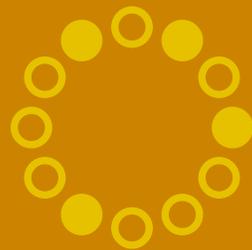
- Bayerlein*, Walter, Der Sachverständige im Bauprozess, BauR 1989, S. 397 ff.
- Ders. / Walter, Frank, „Todsünden“ des Sachverständigen, in: Schriftenreihe des Instituts für Sachverständigenwesen e.V., Band 7, 6. Aufl. 2017.
- Ders.* / Bleutge, Katharina / Roßner, Wolfgang, Praxishandbuch Sachverständigenrecht C. H. Beck Verlag München, 6. Aufl. 2021
- Kniffka*, Rolf, Die Bedeutung des Sachverständigen im Zivilgerichtsverfahren mit besonderem Bezug zum Bauprozess, Der Sachverständige 2007, S. 125 ff.
- Ders. / Koebler, Wolfgang / Jurgeleit, Andreas / Sacher, Dagmar, Kompendium des Baurechts. Privates Baurecht und Bauprozess, Beck-Verlag, 5. Auflage. 2020
- Koenen*, Andreas, Sachverständigenbeweis im Bauprozess. Beweisführung und Prozesstaktik, Werner Verlag 2012.
- Ders., Das Gutachten als »Black Box«, in: Ganten (Hrsg.), Architektenrecht aktuell – Verantwortung und Vergütung bei Architektenleistungen, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rudolf Jochem, Springer Verlag 2014, S. 389 ff.
- Ders., Verfassungsrechtliche Grenzen des richterlichen Umgangs mit Sachverständigen, BauSV 2021, 48 ff.
- Ders., Sachverständige: ›(un-)heimliche Entscheider‹ in Bausachen?, in: Keldungs/Joussen, Spektrum privates Baurecht. Festschrift für Ulrich Locher zum 65. Geburtstag, Werner-Verlag 2022, S. 211 ff.
- Ders., Gerichtliche Durchsetzung, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht. Kommentar zu §§ 631 ff. BGB samt systematischen Darstellungen sowie Kurzkommentierungen zu VOB/B, HOAI und BauFordSiG, Beck-Verlag, 4. Auflage. 2022, S. 747 ff.
- Leupertz*, Stefan/Hettler, Stephan, Der Bau-sachverständige vor Gericht. Praxisleitfaden, Fraunhofer IRB Verlag Stuttgart, 2. Auflage 2013.
- Luz*, Uwe, Der Sachverständigenbeweis: Die größte Problembaustelle des Baurechts – Ein Weckruf, in BauR 2017, S. 14 ff.
- Werner*, Ulrich/Pastor, Walter, Der Bauprozess, Werner Verlag, 17. Auflage. 2020.

LEGAL

NOTE

BOOK

TIPPS FÜR BAUANWÄLTE



KOENEN BAUANWÄLTE.DE

PROF. DR. ANDREAS KOENEN  
ROGGENMARKT 1  
48143 MÜNSTER