

DIPLOM-INGENIEUR (FH)
MICHAEL PROBST
 ARCHITEKT UND BAUSACHVERSTÄNDIGER
 KAPELLENSTRASSE 16
 TELEFON 0 61 31 / 4 48 18
 D - 55 124 MAINZ

DER SACHVERSTÄNDIGE IM BAUWESEN

Moderation: Franz R. Kurz

Verfahrensfehler im Selbstständigen Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO

In Heft 4/2001 des DAB wurde bereits auf die Entwicklung des Selbstständigen Beweisverfahrens nach der Novelle 1991 eingegangen. Heute soll über gängige juristische und technische Fehler berichtet werden.

Klassische Mängel in Anträgen und Beschlüssen

Bekanntlich ist die Antragschrift eine Grundlage des Beweisbeschlusses. Ein Beweisbeschluss enthält:

- Die Bezeichnung der Tatsachen, über die der Beweis zu erheben ist
- Die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung des Sachverständigen
- Die Bezeichnung der Partei, die sich auf das Beweismittel berufen hat. Ein Sachverständiger kann benannt werden, muss aber vom Gericht nicht akzeptiert werden. Zu den Tatsachen kann aus dem Alltag eines praktizierenden Berufs-Sachverständigen Leidvolles berichtet werden:

Weil bereits die Antragschrift aus bautechnischer Sicht missverständlich/unpräzise/nicht quantifiziert/unvollständig ist, wird die Erstattung eines ordnungsgemäßen Gutachtens unnötig erschwert, verteuert oder gar unmöglich gemacht. In der Gerichtspraxis erfolgt die Signatur der relevanten Stellen in der Antragschrift mit den bekannten eckigen Klammern als Beschlussgrundlage. Das Gericht kann ja auch nicht anders, denn es ist nicht in der Lage, technische Sachverhalte zu beurteilen. Man würde sich aber gerne hin und wieder eine genauere Prüfung rechtlicher Rahmenbedingungen wünschen. Eigentlich sollte es auch eine Selbstverständlichkeit

sein, dass Beweisthemen durchnumeriert sind, sich nicht wiederholen, eine Lokalität eingrenzen und nach Bauteilen, Wohnungen oder dergleichen geordnet sind. Im Folgenden wird wörtlich aus Beweisbeschlüssen laufender-Verfahren zitiert, weshalb keine Fundstellen angegeben werden.

„2. Zusätzliche Stahlaussteifung der Gasbetonwände im Osten-, Tür- und Eingangsbereich. Wir bitten um Detailzeichnung und Nachweis bezüglich Statik und Windbelastung.“

Damit kann ein Sachverständiger gar nichts anfangen. Es stellte sich heraus, dass aus einem antragstellerseitigen Schriftsatz die falschen Passagen geklammert wurden.

„1. Die Wärmedämmung ist mit 80 mm für den Sickenabstand des Stahltrapezblechs (166 mm) aus mechanischer Erfordernis zu dünn. Das Dach weist daher eine unzureichende Montagetrifffestigkeit auf.“

Die Aufgabenstellung an den Sachverständigen ist zwar klar, die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller wählen aber eine den Sachverständigen in der Ursachenerforschung unnötig einschränkende Formulierung. „Daher“ ist hier unangebracht. In diesem Fall bleibt dem Sachverständigen keine andere Wahl als im Gutachten darauf hinzuweisen, dass das Dach zwar eine unzureichende Montagetrifffestigkeit aufweist, die aber nicht auf einer zu dünnen Wärmedämmung beruht. Lediglich die Formulierung „das Dach weist eine unzureichende Montagetrifffestigkeit auf“ hätte in Verbindung mit der Frage nach der Ursache völlig ausgereicht.

„1.1 Die überwiegende Anzahl der handverschweißten Nähte, die nach der Verarbeitung geschlossen waren, haben sich zwischenzeitlich wieder gelöst.“

In dieser Beschlussformulierung sind gleich mehrere Fehler enthalten. Es ist nicht quantifiziert, was „die überwiegende Anzahl“ angeht. Immerhin handelt es sich hier um ein ca.

86 000 m² großes Flachdach mit handverschweißten Nähten der Dachbahnen in Kilometerlänge. Eine wenigstens annäherungsweise Quantifizierung der Längen der beanstandeten Nähte wäre sicherlich erforderlich gewesen. Weiterhin unterliegt es nicht dem Sachverständigen-Beweis, ob die Nähte nach der Verarbeitung tatsächlich geschlossen waren und ob sie sich im Nachhinein wieder lösten. Weiterhin sind an typischen Mängeln in Anträgen und Beweisbeschlüssen aufzuführen:

Der geradezu klassische Fall ist die Standardfrage beziehungsweise -behauptung, dass ein bestimmtes Bauteil, Bauverfahren oder ähnliches nicht den gültigen DIN-Normen entspreche. Gelangt man an einen Sachverständigen, der die tatsächliche Bedeutung von DIN-Normen entsprechend kennt und im Gutachten würdigt, „schießt“ sich der Jurist möglicherweise ein „Eigentor“, weil es häufig hierauf gar nicht ankommt.

Teiltzitate: **„Zwar kann den DIN-Normen einerseits Sachverstand und Verantwortlichkeit für das allgemeine Wohl nicht abgesprochen werden. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, dass es sich dabei zumindest auch um Vereinbarungen interessierter Kreise handelt, die eine bestimmte Einflussnahme auf das Marktgeschehen bezwecken.“** (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 22. Mai 1987, 4 C 33-35/83, Fundstelle NJW Jahrgang 1987, Heft 45, Seite 2888).

Und weiter: **„DIN-Normen können anerkannte Regeln der Technik (im Sinne des § 18 b WHG) sein,**

sind dies aber noch nicht ohne weiteres kraft ihrer Existenz; sie schließen den Rückgriff auf weitere Erkenntnismittel nicht aus.“

(Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 30. September 1996, 4 B 175/96, Fundstelle IBR 1997, Privates Baurecht, Seite 149)

Und zuletzt: **„Die DIN-Normen sind keine Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter. Sie können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben oder hinter diesen zurückbleiben.“**

(Bundesgerichtshof, Urteil vom 14. Mai 1998, VII ZR 184/97, Fundstelle IBR 1998, Privates Baurecht, Seite 377)

Die oben aufgeführte Fragestellung respektive Behauptung kann zu zwei Konsequenzen führen:

- Der Sachverständige A bejaht beispielsweise die Übereinstimmung mit einer DIN-Norm, bewertet dies aber mangels fehlender Aufgabenstellung nicht. Für die Bauunkundigen entsteht der Eindruck, dass DIN-Normen-Gerechtes Bauen richtiges Bauen sei und deshalb kein Mangel vorliegt, obwohl eine Mangelhaftigkeit gegeben ist oder
- Der Sachverständige B verneint die Zugehörigkeit zu einer DIN-Norm ohne weitere Wertung, wodurch der Eindruck entsteht, es läge ein Mangel vor. Tatsächlich ist dies jedoch nicht so. Antragsteller sollten daher immer nach den im konkreten Einzelfall anzuwendenden Regeln der Bautechnik fragen, dann kann der Sachverständige dies verfahrensökonomisch und objektspezifisch interpretieren.

Es kommt auch vor, dass Sachverständige in Beweisbeschlüssen um Beantwortung von Rechtsfragen gebeten werden, Zitate aus Beweis-

beschlüssen laufender Verfahren:

„2.1 Das Dachbahnmaterial ist nicht geeignet, die vertraglich vereinbarten und für das konkrete Bauvorhaben notwendigen Gebrauchseigenschaften zu entwickeln.“

Es unterliegt nicht dem Sachverständigen-Beweis zu eruieren, welche Gebrauchseigenschaften die Parteien vertraglich vereinbart haben. Möglicherweise kann diese Frage in Bezug auf das „konkrete Bauvorhaben“ vom Sachverständigen noch beantwortet werden, dies ist aber sicherlich ein Grenzfall.

Weiteres Beispiel:

„2.4 Es liegen keine den gesetzlichen Erfordernissen gerecht werdende Zulassungen oder Eignungsnachweise für die Dichtungsbahn ... vor.“

Auch hier sollen Rechtsfragen beantwortet werden, weiterhin scheint ein verbotenes Ausforschungsverlangen formuliert worden zu sein. Warum verifiziert die (fachkundige) Antragstellerin nicht, was sie konkret meint?

Schlussendlich nimmt im Selbstständigen Beweisverfahren das Verlangen nach einem Ausforschungsbeweis immer mehr zu. Zitat aus einem Beweisbeschluss eines laufenden Verfahrens: „Der Sachverständige soll alle sonstigen im Interesse der Beweissicherung der Mängel erforderlichen Maßnahmen nach seinem Ermessen selbst treffen und weitere Mängel feststellen.“

Klassischer lässt sich gegen das Ausforschungsverbot durch ein Gericht nicht mehr verstoßen.

Die Ausführungen ließen sich fast beliebig fortsetzen.

Die gängigen „Todsünden“ des Sachverständigen

Sachverständige sind sicherlich in einer schwierigen Position, da sie einen Grat zwischen Recht und Technik begehen. Das darf aber nicht dazu führen, dass es Sachverständige gibt, die unter dieser Prämisse glauben, im Laufe der vielen Jahre zu Juristen geworden zu sein. Unzulässige Rechtsausführungen im Gutachten zählen zu der hauptsäch-

lichen „Todsünde“ in aller Regel solcher Sachverständiger, die routiniert sind und von daher glauben, sich ein rechtliches Urteil anmaßen zu können. Im schlimmsten Falle kann dies sogar zu einer Strafverfolgung wegen Rechtsberatungsmissbrauch führen. Eine weitere „Todsünde“ ist die relativ weit verbreitete fachliche Eitelkeit und die häufig damit verbundene polemische Auseinandersetzung mit vorausgegangenen Sachverständigen-Gutachten. Oberstes Gebot ist die Wahrung absoluter Sachlichkeit, wobei Kritik sicherlich im Einzelfall berechtigt und erforderlich ist.

Dieser Unsitte folgen „fachchinesische Gutachten“, also solche, die die am Verfahren beteiligten Baukundigen nicht verstehen können. Der Sachverständige als Helfer des Gerichts muss sein Gutachten allgemeinverständlich formulieren, sonst hat es nicht den bestellten Wert. Leider wird die gängige Praxis der Wissenschaftlichkeit von Gutachten durch eine völlig unsinnige Gebührenpolitik der Kostenbeamten und Bezirksrevisoren sogar noch gefördert mit dem Argument, nur ein wissenschaftlich erscheinendes Gutachten sei mit einem höheren Stundensatz des Sachverständigen zu entschädigen.

Hin und wieder findet man aber auch fachlich neben der Sache liegende Gutachteninhalte, die man sich nur noch mit „schnell und billig“ erklären kann. Die im Folgenden zitierten Gutachtenauszüge stammen wiederum aus einem laufenden Verfahren eines in einer bestimmten Region ansässigen, erheblich beschäftigten Gerichtsgutachters:

„Den Abriss des Kaminkopfes halte ich für eine nicht zweckmäßige Maßnahme, da evtl. bei Neuauflagerung die gleichen Fehler wieder gemacht werden ...“

„... Im vorliegenden Falle muss der beim Belaufen der Treppe entstehende Schall durch entsprechende Lauftechnik und Schuhwerk gemindert werden ...“

Dieser Sachverständige ist trotz

eines wahren Sturmlaufs der negativ beschiedenen Partei seit Jahren im Verfahren geblieben.

Solche „Todsünden“ können durchaus zur Ablehnung des Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit führen. Dabei kommt es für eine Besorgnis der Befangenheit nicht darauf an, ob der vom Gericht beauftragte Sachverständige tatsächlich parteiisch ist oder ob das Gericht selbst Zweifel an der Unparteilichkeit des Sachverständigen hat.

Schon der bei der ablehnenden Partei erweckte(!) Anschein der Parteilichkeit rechtfertigt die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit.

Gemäß § 406 Absatz 1 Satz 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen abgelehnt werden, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Die Ablehnung des Richters ist in § 42 ZPO geregelt. Danach kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Im Gegensatz zur Ablehnung des Richters wird aber für den Sachverständigen eine automatische Ausschließung von der Gutachtentätigkeit kraft Gesetzes nicht vorgesehen. Es muss immer ein Ablehnungsgesuch gestellt werden, folgend von einem wirksamen Gerichtsbeschluss.

Wird der Sachverständige erfolgreich abgelehnt, hat er dennoch Anspruch auf die bis zu diesem Zeitpunkt entstandene Entschädigung. Er verliert diesen Anspruch nur dann, wenn er die Ablehnung grob fahrlässig selbst verursacht hat.

Grobe Fahrlässigkeit liegt diesbezüglich dann vor, wenn der Sachverständige einen Ablehnungsgrund in besonders krasser Weise verursacht hat oder bei seinem Verhalten im Verfahren die Pflicht zur Neutralität in ungewöhnlich großem Maße verletzt und nicht das beachtet hat, was jedem ordentlichen Sachverständigen hätte einleuchten müssen. Während im Ablehnungsverfahren der Ablehnungsgrund nur glaubhaft gemacht zu werden braucht, muss im Verfahren über den Verlust des Entschädigungsanspruchs die grob

fahrlässige Pflichtverletzung bewiesen werden. Hier liegt die Beweislast bei der Staatskasse.

Als grob fahrlässig können nach Meinung des Referenten und auf Grundlage der Rechtsprechung folgende beispielhafte Fehlverhalten betrachtet werden:

- Der Sachverständige ist fachlich unzuständig, erstattet aber das Gutachten dennoch,
- er erweitert den Beweisbeschluss eigenmächtig,
- er war vor seiner Tätigkeit als Gerichtsgutachter Privatgutachter einer Partei, oder ist mit einer Partei verwandt, verschwägert oder eng befreundet usw.

Diesbezüglich hat das OLG Frankfurt/Main einen schier unfassbaren Beschluss erlassen. Während bisher Bekanntschaften zwischen einer Prozesspartei und dem Sachverständigen oder gar Duz-Freundschaften als Ablehnungsgründe angesehen wurden, gleichfalls das gemeinsame Erscheinen des Sachverständigen mit einer Prozesspartei zur Ortsbesichtigung, hat sich das OLG Frankfurt völlig unberührt von der herrschenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, dass Duzen und gemeinsames Erscheinen bei der Ortsbesichtigung nicht ausreichen, einen Befangenheitsantrag zu begründen.

(Entscheidung vom 2. März 1998, 15 W 8/98, Fundstelle Informationen für den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, Heft VI/98, Seiten 26, 27).

Weiterhin ist beispielhaft aufzuführen:

- Er pflegt im laufenden Verfahren mit einer Partei einseitige Kontakte,
- ohne Zustimmung des Gerichts delegiert er Sachverständigen-Leistungen an Hilfspgutachter,
- er kommt seiner Verpflichtung nach persönlicher Gutachtenerstattung nicht nach und stempelt das Gutachten nur ab und unterschreibt es. Dies ist eine in letzter Zeit immer gravierender um sich greifende Unsitte, Stichwort: „Sachverständigen-Fabriken“.

Michael Probst

**DIPLOM-INGENIEUR (FH)
MICHAEL PROBST
ARCHITEKT UND BAUSACHVERSTÄNDIGER
KAPellenSTRASSE 16
TELEFON 06131 / 44818
D-55124 MAINZ**