

Arbeitskreis VI - Sachverständigenrecht -

Arbeitskreisleiter: Dipl. Ing. **Werner Seifert**, Würzburg
Stellvertreter: Vors. Richter am LG **Jürgen Ulrich**, Dortmund
Referenten: Rechtsanwalt **Prof. Hans-Benno Ulbrich**, Würzburg
Dipl.-Ing. **Peter-Andreas Kamphausen**, Hamburg
Betreuer des Arbeitskreises: **Prof. Dr. Rolf Katzenbach**, Darmstadt

Thema

Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die Beauftragung und Anleitung des gerichtlichen Sachverständigen im Zivilprozessrecht (Gemeinschaftsgutachten; Bauteilöffnung; Vorbereitung der Anhörung in einer mündlichen Verhandlung).

I. Einführung

von Vors. Richter am LG **Jürgen Ulrich**

Zur Person

Jürgen Ulrich ist Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund. Er hält einen Lehrauftrag für das Fach Baurecht an der Fachhochschule Bochum. Ferner ist er Mitglied des Landesjustizprüfungsamtes des Landes Nordrhein-Westfalen. Ulrich ist der Verfasser der Werke Jessnitzer/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 11. Aufl. 2001, und Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2004, sowie zahlreicher Aufsatzveröffentlichungen zu dem Recht der Sachverständigen und zum selbständigen Beweisverfahren.

1. Gemeinschaftsgutachten

Der Arbeitskreis VI befasst sich zunächst mit einem speziellen Thema aus dem Bereich der richterlichen Auswahl des gerichtlichen Sachverständigen.

Die ZPO kann in ihrer bisherigen Fassung so verstanden werden, dass der Richter auch in Bausachen nur natürliche Personen zu gerichtlichen Sachverständigen bestimmen kann. Diese so ausgewählten einzelnen Sachverständigenpersönlichkeiten dürfen dann ihrerseits gegebenenfalls noch Hilfspersonen heranziehen, die allerdings nur sehr untergeordnete Tätigkeiten für den Sachverständigen erledigen können. Ergibt sich dem gerichtlich bestimmten Sachverständigen bei seiner sogleich nach dem Erhalt der Beauftragung vorzunehmenden Kompetenzprüfung oder später im Verlaufe seiner gutachterlichen Arbeit, dass er - aufgrund der eingeschränkten fachlichen Fähigkeiten oder wegen zeitlicher Probleme - nur einen Teil der ihm aufgegebenen Arbeiten erledigen kann, muss er dies dem Richter konkret mitteilen, der dann insgesamt einen anderen Sachverständigen heranziehen kann oder nur betreffend die Erledigung dieses von dem zunächst bestimmten Sachverständigen nicht abarbeitbaren Teils des Auftrags einen zweiten Sachverständigen bestimmt. Einige Fachleute halten dieses Erfordernis der Auswahl einer bestimmten natürlichen Person für einen „alten Zopf“ der Regelungen der ZPO; insbesondere wegen der in vielen Fällen jetzt zu konstatierenden Komplexität und Kompliziertheit der baurechtlichen Streitigkeiten erscheint ihnen unter zeitlichen und sachlichen Aspekten, aber auch aus Gründen der Kosteneinsparung als weitaus effektiver, dass der Richter gesetzlich befugt werde, eine Sachverständigenorganisation - gegebenenfalls Sachverständigengruppe oder Sachverständigenunternehmung - mit der Erledigung des gesamten Auftrages zu betrauen, die dann ihrerseits in interner autonomer Entscheidung die einzelnen gutachterlichen Fragen sachlich und zeitlich aufeinander abstimmen und erledigen kann. In seinem schon im Jahre 1979 veröffentlichten Beitrag hat *Pieper* ZZP Bd. 84, 1, 23 ganz eingehend das Fehlen einer Norm bemängelt, die die Erstellung eines gemeinschaftlichen Gutachtens zulässt.

Er hat darauf hingewiesen, dass die Zivilprozessordnungen anderer Staaten solche Gemeinschaftsgutachten ausdrücklich zulassen; die mehreren gerichtlich beauftragten Sachverständigen haben da das Recht, sich untereinander zu beraten; gelangen sie zu einheitlichen Schlussfolgerungen, unterzeichnet jeder von ihnen; wer abweichender Meinung ist, erstellt ein Sondervotum. Die Vertreter dieser Meinung sehen in der Regelung des § 1 Abs. 1 S. 3 2. Halbsatz JVEG gleichsam die Eingangstür für ihre Auffassung; denn diese Vorschrift bestimmt betreffend den Anspruch auf Zahlung von Vergütung, also das für die sachverständige Arbeit zu leistende Geld, dass dieser einer Unternehmung zusteht, sofern der Auftrag der Unternehmung erteilt worden ist. In erster Linie aus Kreisen der Rechtsanwälte wird dagegen eingewandt, dass mit der Beauftragung einer Sachverständigenmehrheit die Einflussnahme der Parteien auf die Bestimmung und Auswahl des konkreten und nicht selten den Rechtsstreit faktisch mitentscheidenden Sachverständigen noch weiter verwässert werde.

2. Bauteilöffnung

Das zweite Thema des Arbeitskreises VI des 2. Deutschen Baugerichtstages ist das der Konstruktions- bzw. Bauteilöffnungen.

Wohl kein anderes Feld des Rechts der Sachverständigen wird gegenwärtig in seinem Grundsatz und in den Nuancen kontroverser diskutiert (vgl. *Henkel* BauR 2003, 1650; *Dagenförde/Fastabend/Kindereit* BauR 2006, 1202; *Dötsch* Der Sachverständige 2008, 20); insbesondere in der Rechtsprechung finden sich nicht selten gegensätzliche Auffassungen. Im Einzelnen geht es u.a. um diese Fragen:

Darf das Gericht den Sachverständigen anweisen, selbst oder mit Einschaltung von Helfern Bauteilöffnungen vorzunehmen (Bejahend u.a.: *OLG Celle* 30.10.1997 BauR 1998, 1281 mit *Kamphausen* BauR 1999, 436; *OLG Jena* 18.10.2006 mit *Luz* Der Sachverständige 2008, 29. Ablehnend u.a.: *OLG Rostock* 4.2.2002 mit *Kamphausen* BauR 2003, 757; *OLG Frankfurt* 13.11.2003 OLGR 2004, 145 mit *Vogel* IBR 2004, 442; *LG Limburg* 12.5.2005 BauR 2005, 1670; *OLG Hamm* 18.10.2005 mit *Ulrich* IBR 2007, 160; *LG Limburg* 30.5.2007 BauR 2007, 1779)? Muss der Sachverständige einer solchen Anweisung selbst dann folgen, wenn sein Versicherer Deckung für den Fall einer Schadensverursachung von vornherein ablehnt (so *OLG Celle* 8.2.2005 BauR 2005, 1670 mit *Schwenker* IBR 2005, 272)? Muss der Sachverständige seine Bauteilöffnungen in jedem Fall wieder verschließen (Bejahend: *OLG Stuttgart* 13.9.2005 OLGR 2006, 769 mit *Mögle* IBR 2006, 62), oder hat er Vorsorge nur gegen den Eintritt weiterer Schäden zu treffen?

Seitens der an dem Verfahren beteiligten Parteien wird die Abwälzung der Risiken, welche durch im Rahmen der Begutachtung verursachte Öffnungen entstehenden können, auf den Sachverständigen durchweg goutiert; einige spekulieren gar auf kostengünstige und fachkundige Reparatur im Rahmen der gerichtlichen Beweiserhebung. Die gerichtlichen Sachverständigen sind indes gegenwärtig insbesondere aufgrund der verschiedenen veröffentlichten Auffassungen sehr stark verunsichert.

3. Vorbereitung der Anhörung in der mündlichen Verhandlung

Dieser Arbeitskreis VI befasst sich schließlich mit einem Problembereich, der nach Ablieferung des Gutachtens bei Gericht auftreten kann. Nicht selten wird dann seitens einer oder aller Parteien der Antrag auf mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens gestellt.

In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, ob - und dann inwieweit - die Bedenken vorweg mitgeteilt werden müssen, nicht einheitlich beantwortet (vgl. *Kamphausen* BauR 2007, 807). Einige meinen, dass Anträge auf mündliche Anhörung allein bei Verspätung und Rechtsmissbrauch zurückgewiesen werden können (*KG* 18.9.2006 KGR 2007, 776 = BauR 2007, 776 L); andere fordern zwar nicht die Bekanntgabe der beabsichtigten Fragen, aber doch mindestens die Darlegung des konkreten Erörterungsbedarfs (so *OLG Bamberg* 28.2.2007 BauR 2007, 934 L mit *Ulbrich* IBR 2007, 290). Seitens der bearbeitenden

Richter wird ein gleichsam arbeitstechnisches Bedürfnis nach vorbereitenden Mitteilungen gesehen; denn insbesondere für eine geordnete Organisation der Terminierung und Verhandlung muss ansatzweise erkennbar werden, welche Zeitspanne für die mündliche Anhörung anzusetzen ist. Die Sachverständigen rügen durchweg, dass sie sich nicht hinreichend vorbereiten können, wenn ihnen die für erörterungsbedürftig angesehenen Punkte nicht vorweg mitgeteilt werden. Umgekehrt weisen die Parteien und ihre Verfahrensbevollmächtigten gelegentlich darauf hin, dass sie einerseits Fristsetzungen zur Anmeldung von Einwänden gegen das Gutachten erhalten, andererseits aber für die Prüfung der in Betracht kommenden Nachfragen oft private Sachverständige einschalten müssen, deren verwertbare Antworten gelegentlich erst nach Ablauf der gerichtlich gesetzten Stellungnahmefrist vorliegen; deshalb müssten Anträge auf mündliche Anhörung auch aus Gründen der Konservierung der Stellungnahmefrist gebracht werden. Einige Rechtsanwälte meinen gar erkannt zu haben, dass Sachverständige, denen die Bedenken und Fragen vorweg ganz konkret genannt werden, geneigt seien, sich allein in der Weise vorzubereiten, wie diese abzuwehren seien. Dieselben und andere Rechtsanwälte bringen zusätzlich das - wohl beachtlichere - Argument, dass die Einwände oft schon deshalb nicht vorweg umfassend bekannt gegeben werden können, weil sich nicht selten aus Antworten auf erste Einwände neue Fragen und weitere Einwände ergeben.

II. Thesen

1. Thesen Prof. Hans-Benno Ulbrich

Zur Person

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Würzburg. Prof. für Baurecht an der FH Würzburg-Schweinfurt, Vorsitzender des Fachprüfungsausschusses Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht der Rechtsanwaltskammern Nürnberg und Bamberg und Vorsitzender der Benennungskommission der SO-Bau, der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Immobilienrecht. Mitautorenschaft im Beck'schen VOB/C-Kommentar und im Handbuch für Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht im Werner Verlag

These 1:

Eine Abänderung des § 404 Abs. 1, Satz 2 ZPO dahin, dass das Prozessgericht ermächtigt ist, eine Sachverständigengruppe zu bestimmen, deren Mitglieder berechtigt sind, die Beantwortung der Beweisfragen eigenverantwortlich untereinander aufzuteilen ist nicht zu empfehlen.

Eine derartige Abweichung von den bisherigen Regelungen würde zu einer noch größeren Verlagerung von gerichtlichen Aufgaben auf Sachverständige führen. Zwar wird die Vorschrift des § 404 Abs. 1 ZPO nur sehr zurückhaltend vom Gericht angewandt, was aber nicht dazu führen kann, den Sachverständigen hier freie Hand einzuräumen. Das Gericht „kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken“, bzw. kann selbstverständlich auch mehrere Sachverständige bestimmen und Sachverständige abberufen, bzw. zusätzlich ernennen. Es können aufgrund dieser Vorschrift gleichzeitig mehrere Sachverständige mit gesonderten Aufträgen betraut werden, was in der Praxis relativ wenig geschieht. Baukundige Richter praktizieren es allerdings schon, dass in größeren Verfahren für die jeweiligen Fachfragen unterschiedliche Gutachter eingeschaltet werden, nachdem der „Universalgutachter für Bauschäden“ wohl nicht alle Spezialfragen beantworten kann.

Es genügt deshalb vollständig, die Vorschrift des § 404 Abs. 1 ZPO richtig anzuwenden, wobei dies zwingend unter Anweisung und Anleitung des Gerichts zu geschehen hat. Sachverständige bestimmen bereits jetzt in vielen Fällen den Ausgang von Verfahren, weshalb für eine Ausweitung ihrer Kompetenzen keine Notwendigkeit besteht. Es ist notwendig, dass gerichtliche Gutachtaufträge von dem vom Gericht ausgewählten Sachverständigen höchstpersönlich ausgeführt werden, was bereits zu genügend

Rechtsproblemen in Verbindung mit § 407a ZPO führt. Die hier zugelassenen „Hilfspersonen“ werden von vielen Sachverständigen mit „Hilfssachverständigen“ verwechselt, weshalb die Prozessgerichte an die Wahrung ihrer Kompetenzen zu erinnern sind. Insbesondere durch die Fehlkonstruktion des selbstverständigen Beweisverfahrens (keine richterliche Tätigkeitsbewertung) werden immer mehr Befugnisse vom Gericht auf Sachverständige verlagert, was dringend einer Korrektur bedarf.

These 2:

Eine Ergänzung des § 404 a Abs. 1 ZPO, dass das Gericht auch berechtigt ist, den Sachverständigen anzuweisen, bei Einverständnis des Eigentümers oder Vorliegen der Voraussetzungen des § 144 ZPO Substanzeingriffe in den zu begutachtenden Gegenstand selbst oder durch hinzugezogene Dritte vorzunehmen und diese Substanzeingriffe nach Durchführung der Sachverständigenbesichtigung wieder rückgängig zu machen wird empfohlen.

Bei Durchsicht der zu diesem Problem ergangenen divergierenden Entscheidungen und Veröffentlichungen fällt schnell auf, dass eine Ergänzung des § 404a ZPO offensichtlich notwendig ist. Eine Auswahl der zu der Problematik der Bauteilöffnungen ergangenen Entscheidungen und Meinungen wird – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – in Kurzfassung wiedergegeben:

Für eine durch § 404a ZPO gedeckte Anweisung an den Sachverständigen, sprechen sich aus:

OLG Düsseldorf 16.01.1997, OLG Celle 30.10.1997, OLG Frankfurt 26.02.1998, OLG Celle 08.02.2005, OLG Stuttgart 13.09.2005, Kammergericht 21.10.2005, OLG Jena, 18.10.2006.

Hierbei stellt die Kammergerichtsentscheidung mehr auf die Duldung derartiger Eingriffe und die Entscheidung des OLG Stuttgart auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nach der Herstellung von Öffnungen ab. In der Literatur spricht sich die Kommentierung von Kniffka/Koeble (Kompendium des Baurechts, 2.Auflage 2004, 20. Teil, RdNr. 36) und Wussow (Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen – Seite 82 ff) für die Ermächtigung des Gerichts zur Anordnung von Bauteilöffnungen aus. Auch Zöller/Greger (26. Aufl. § 404 a RdNr.4 ZPO) sieht das Anordnungsrecht durch Abs. 4 des § 404a ZPO gedeckt.

Gegen die Möglichkeit sprechen sich folgende Gerichte aus:

OLG Bamberg 09.01.2002, OLG Rostock 04.02.2002, OLG Frankfurt 13.11.2003, LG Limburg 12.05.2005, OLG Hamm 18.10.2005.

Die Kommentierung von Werner/Pastor bezieht sich lediglich auf die Rechtsprechung und spricht sich ohne eigene Begründung ebenfalls gegen eine Ermächtigung zur Bauteilöffnung aus.

Kamphausen vertritt in einer Vielzahl von Beiträgen die Auffassung, dass ein Sachverständiger aus den verschiedensten Gründen nicht zur Bauteilöffnung gezwungen werden kann. Die Autoren Gageförde, Fastabend und Kinderreith begründen in Baurecht 2006, 1202 ff. ausführlich, dass bei einer Anordnung durch das Gericht in jedem Fall eine Verlagerung der Verantwortung weg vom gerichtlich bestellten Sachverständigen zu den Prozessparteien erfolgen sollte. Ulrich fasst in seinem Beitrag Baurecht 2007, 1639 nochmals die wesentliche Rechtsprechung zusammen und weist auf die Kostenproblematik hin.

Die Vorschriften der §§ 404a und 407a ZPO wurden durch das Rechtspflegevereinfachungsgesetz im Jahr 1990 in die Zivilprozessordnung neu aufgenommen. Wie die Überschrift „Rechtspflegevereinfachungsgesetz“ schon sagt, sollte hier die Zusammenarbeit zwischen Gericht, Sachverständigen und Prozessparteien verbessert werden, damit die Verfahrenslaufzeiten verkürzt und Kosten eingespart werden. Hierzu wurde in der Gesetzesbegründung erwähnt, dass der neue § 407a ZPO einen **Katalog der wesentlichen Pflichten** des vom Gericht beauftragten Sachverständigen enthält, der im geltenden Recht fehle. Die Befürworter von Bauteilöffnungen legen den § 404 a Abs. 1 ZPO so aus, dass die Anordnung von der Leitungstätigkeit des Gerichts umfasst ist und eine Anweisung über Art und Umfang der Tätigkeit erteilt werden dürfe, was die gegenteiligen Entscheidungen gerade entgegengesetzt sehen. Allein diese Tatsache beweist, dass hier dringend eine Ergänzung bzw. Klarstellung notwendig ist.

Mit Erlass des Beweisbeschlusses durch das Gericht hat das Gericht die Verfahrensleitung übernommen. Das Gericht wird nur in den seltensten Fällen bereits im ersten Beweisbeschluss eine Anordnung nach den berühmten 5 W treffen, nämlich: **welche, wann, wo, wie** und durch **wen** Bauteilöffnungen vorzu-

nehmen sind. Hierzu wird zunächst der Sachverständige eine Ortseinsicht vornehmen und anschließend dem Gericht bekannt geben müssen, welche Bauteilöffnungen er zur Erstellung des Gutachtens für notwendig hält. In diesem Zusammenhang ist sodann das Gericht nach § 404a ZPO gefordert und sollte entsprechende Weisungen erteilen. Diese Weisungen müssen immer fallbezogen sein und können nur grundsätzlich geregelt werden. Dies muss aber auch ausschließlich Sache des Gerichts bleiben, was leider in einer Vielzahl von selbstständigen Beweisverfahren gerade in Bausachen nicht umgesetzt wird. Die konkret notwendige Sachleitungs-Anweisung des Gerichts sollte so gestaltet werden, dass zunächst einmal der beweispflichtigen Partei Gelegenheit gegeben wird, entweder nach Anweisung des Sachverständigen die Bauteilöffnung vorzunehmen oder aber einen vom Sachverständigen errechneten Kostenvorschuss zu zahlen, damit entweder der Sachverständige oder dieser durch Hilfspersonen die Bauteilöffnung vornehmen kann. In dieser Verfügung sollte ggf. auch auf bestehende Risiken hingewiesen werden. Es obliegt somit den Parteien, soweit sie beweibelastet sind, ihre Bauteilöffnungen nach Weisung des Gerichts selbst vorzunehmen oder aber einen entsprechenden Vorschuss für die Öffnung durch den Sachverständigen zu leisten.

Der § 404a ZPO sollte deshalb insoweit ergänzend klarstellen, dass das Gericht bei Art und Umfang der Anweisungen auch den Gutachtensauftrag auf unabwendbar notwendige Maßnahmen, wie Bauteilöffnungen erstrecken darf. Durch den Begriff „unabwendbar“ obliegt es dem Gericht, z.B. den Parteien zunächst ein Öffnungsrecht oder eine Öffnungspflicht, je nach Einzelfallgestaltung einzuräumen, bzw. Risiken und Beweislast einzubeziehen.

In der Praxis wird das Problem nur von wenigen Sachverständigen ausdiskutiert, die Mehrzahl hat auch in der Vergangenheit praxisnahe Lösungen gefunden.

Der Unterzeichner plädiert allerdings nachhaltig dafür, die Bauteilöffnungen nicht ausschließlich den Parteien zu überlassen, sondern die Befugnisse des Gerichts auszuweiten, hier entsprechende Anordnungen zu treffen. Dies ist im Sinne einer zügigen Verfahrensdurchführung zwingend notwendig, da im Falle einer Übertragung derartiger Entscheidungen auf die Parteien mit erheblichen weiteren Verzögerungen zu rechnen ist. Eine Klarstellung wird allein aufgrund der Diskrepanz in der Rechtsprechung und in den Kommentierungen zu dem Problem allerdings für notwendig angesehen.

Die Bedenken der Gegner können durch entsprechende gerichtliche Anordnungen entkräftet werden, da in diesem Fall die Haftung des Sachverständigen auf das absolute Minimum reduziert wird.

These 3:

Es wird nicht empfohlen, den § 411 Abs. 3 ZPO um einen Satz 2 und 3 dahin zu ergänzen, dass der Antrag einer Partei auf mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens die Begründung enthalten muss, welche Abänderungen des Gutachtens begehrt werden, sowie dass dem Sachverständigen diese Begründung mit der Ladung bekannt zu geben ist.

Diese Frage ist rechtlich seit den beiden Entscheidungen des BGH vom 08.11.2005, VI ZR 121/05 und vom 22.05.2007, VI ZR 233/06 geklärt. In beiden Entscheidungen hat der VI. Senat unmissverständlich klar gestellt, dass dem Antrag auf Ladung des gerichtlichen Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens nur dann nicht statt zu geben ist, wenn der Antrag rechtsmissbräuchlich ist oder der Prozessverschleppung dient. Weiter wird bestätigt, dass es genügt, wenn im allgemeinen angegeben wird, in welcher Richtung durch die Fragen eine weitere Aufklärung herbei geführt werden soll.

Dies ist auch zur Wahrung des Grundrechts auf rechtliches Gehör notwendig, da es zunächst einmal nur um eine mündliche Erläuterung seines Gutachtens durch den Sachverständigen geht. Hierbei sind selbstverständlich die Grenzen des § 397 ZPO zu beachten, dessen Einhaltung wiederum in der mündlichen Verhandlung Sache des Richters ist. Die berechtigte Sorge von bestimmten Sachverständigen, dass ihre Erkenntnisse und deren Findung genauer hinterfragt werden, kann hierbei keine Rolle spielen.

Soweit Bedenken gegen die Richtigkeit eines Sachverständigengutachtens bestehen, ist der Sachverständige grundsätzlich zur mündlichen Erläuterung zu laden, nachdem der III. Senat des BGH (III ZR 240/06) am 05.07.2007 entschieden hat, dass der Antrag auf Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens ein „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839a II ZPO darstellt.

Das obiter dictum des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 2485/06) ist insoweit nicht hilfreich, da auf einen Antrag auf mündliche Gutachtenerläuterung wohl nicht ernsthaft eine schriftliche Beantwortung angeordnet wird.

2. Thesen von Dipl.-Ing. Peter-Andreas Kamphausen

Zur Person

Geboren 1954 in Hamburg. Handwerksausbildung und Bauingenieurstudium. Seit 1977 Tätigkeit als beratender Bauingenieur und anschließend als Bau- und Wohnungssachverständiger in Hamburg. Ab 1980 Fachvorträge und zahlreiche Fachveröffentlichungen zu bautechnischen und interdisziplinären Themen Technik/Recht. Seit 1986 Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft Dr.-Ing. Aurnhammer zur Aus- und Weiterbildung von Bau- und Immobiliensachverständigen, seit 2000 Geschäftsführer. Von 1990 bis 1995 fachlicher Leiter der Frankfurter Bausachverständigentage, von 1994 bis 2008 Leitung des Sachverständigenkongresses ARGE-INFOTAG „SV-aktuell“ der ARGE Aurnhammer.

These 1:

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen in §§ 404 ff. ZPO sind auch dann ausreichend, wenn das Gericht eine Mehrzahl von Sachverständigen beauftragt. Demgemäß sollte es dabei bleiben, dass alleine das Gericht die zu beantwortenden Beweisfragen vorgibt und diese den Gutachtern zuordnet. Dies empfiehlt sich wie bisher auch dann, wenn die Sachverständigen das Beweisthema durch ein Gemeinschaftsgutachten abarbeiten sollen.

1. Die ZPO geht von dem Grundsatz aus, dass das Gericht nach seinem Ermessen einen oder auch mehrere Sachverständige zuziehen kann. Werden – ausnahmsweise – mehrere Gutachter beauftragt, muss sowohl dem Gericht als auch den Parteien bekannt sein, welcher Sachverständige mit welchem Beweisthema beauftragt ist. Dies gilt – z.B. im Hinblick auf die personenbezogene Zuordnung von Ablehnungsgründen (§ 406 ZPO) – insbesondere dann, wenn „Sachverständigengruppen“ – mehr oder minder anonym – mit gleichen oder unterschiedlichen Disziplinen in Unternehmen organisiert sind.
2. Bei der Beauftragung einer „Sachverständigengruppe“ ist im übrigen zu unterscheiden:
 - a) Die Erstattung forensischer Gutachten durch eine Mehrzahl von Sachverständigen als „echte“ Gemeinschaftsgutachten unterschiedlicher Disziplinen, bei denen die Sachverständigen das Gutachten quasi nur zusammen „am runden Tisch“ erarbeiten können, hat jedenfalls in Bausachen keine praktische Bedeutung und bedarf keiner gesetzlichen Regelung.
 - b) Der immer wieder auftretende Fall einer Beauftragung mehrerer Sachverständiger ist vielmehr das „unechte“ Gemeinschaftsgutachten, das von einem federführenden „Hauptgutachter“ und fachspezifisch beigezogenen Zusatzgutachtern als „Zuarbeiter“ für klar umrissene Beweisfragen erstattet werden muss. Hierfür enthält die ZPO bereits ausreichende Regelungen, die sich in der Praxis bewährt haben (z.B. § 407a Abs. 1 u. 2 ZPO) und keiner Ergänzung bedürfen.

These 2:

Die Vornahme und Beseitigung beweisnotwendiger Substanzeingriffe in einen zu begutachtenden Gegenstand ist nach geltendem Prozessrecht weder eine Aufgabe des Gerichtsgutachters noch hat dieser dazu selbst Dritte hinzuzuziehen. Für gesetzliche Änderungen an dieser Rechtslage besteht weder ein Bedarf noch wären diese mit der prozessualen Stellung des Sachverständigen und den Mitwirkungspflichten

der Prozessparteien vereinbar. Zur Klarstellung der prozessualen Pflichtenkreise, insbesondere im Hinblick auf den geltenden Beibringungsgrundsatz, wird aber vorgeschlagen, eine entsprechende vorbildliche Regelung der österreichischen ZPO sinngemäß zu übernehmen.

3. Eine Berechtigung des Gerichts, den hoheitlich herangezogenen Sachverständigen zu verpflichten, Substanzeingriffe selbst oder – im Wege eines mittelbaren Kontrahierungszwanges – durch auf Werkvertragsbasis beizuziehende Dritte vorzunehmen sowie die Eingriffsfolgen zu beseitigen, ist **grundrechtsrelevant** und berührt die grundsätzliche Verfahrensstellung eines Gerichtsgutachters als „Helfer des Richters“. Nach geltender Verfassungsrechtslage kann – u.a. im Kontext reglementierter Entschädigungen (JVEG) – allenfalls die Verpflichtung Privater zur Gutachtenerstattung gemäß § 407 ZPO nach Art. 12 GG gerechtfertigt werden. Darüber hinaus gehende Verpflichtungen im Zusammenhang mit Substanzeingriffen sind gemessen an den Anforderungen des Art. 12 GG wegen des **zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes** nicht erforderlich. Angesichts **erheblich erhöhter Haftungsrisiken** bei Vornahme bauteilzerstörender Substanzeingriffe und **weitgehend nicht bestehender Versicherungsmöglichkeiten** für den Sachverständigen sind auch sonstige überragende Gemeinwohlgründe für derartige Regelungen nicht erkennbar.
4. Es ist alleine Sache der Verfahrensparteien, die tatsächlichen Voraussetzungen für die notwendigen Faktenerhebungen eines Gerichtsgutachters zu schaffen. Dazu gehören auch sämtliche Vorbereitungsmaßnahmen für Substanzeingriffe sowie eine von den Parteien ggf. gewünschte Folgenbeseitigung. Diese Verpflichtungen der Verfahrensparteien folgen unmittelbar aus dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz. Der gerichtlich beauftragte Sachverständige ist weder „Detektiv der Parteien“ bei der Beschaffung der Tatsachengrundlagen noch „Beauftragter“ oder „Bauleiter“ der Parteien bei der Beseitigung von ausschließlich im Interesse der Verfahrensbeteiligten erfolgten Substanzeingriffen. Für eine Erweiterung der nach geltendem § 404a Abs. 1 ZPO bestehenden gerichtlichen Weisungsbefugnis auf Substanzeingriffe besteht damit kein Regelungsbedarf.
5. Angesichts der uneinheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung ist aber gesetzgeberischer Regelungsbedarf zur konkreten Ausformulierung und Klarstellung des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes gegeben. Rechtsvergleichend wird deshalb vorgeschlagen, sinngemäß den § 359 Abs. 2 der österreichischen ZPO in die deutsche Zivilprozessordnung (z.B. als neuen § 404a Abs. 4 ZPO) zu übernehmen. Diese Vorschrift lautet:

„Benötigt der Sachverständige die Mitwirkung der Parteien oder dritter Personen und wird ihm diese auf seine Aufforderung nicht unverzüglich geleistet, so hat der Sachverständige dies dem Gericht unter genauer Auflistung der erforderlichen Mitwirkungshandlungen und der entgegenstehenden Hindernisse mitzuteilen. Das Gericht hat sodann mit abgesondert nicht anfechtbarem Beschluss den Parteien das Erforderliche aufzutragen und ihnen hierfür eine angemessene Frist zu setzen. Dieser Zeitraum ist in die dem Sachverständigen für die Begutachtung gesetzte Frist nicht einzurechnen. Kommen die Parteien der Aufforderung des Gerichts nicht fristgerecht nach, so hat der Sachverständige sein Gutachten ohne Berücksichtigung des Fehlenden zu erstatten. Werden die fehlenden Informationen noch vor Ausarbeitung des Gutachtens nachgebracht, so hat sie der Sachverständige sogleich zu berücksichtigen, ansonsten hat er ein Ergänzungsgutachten zu erstatten. Die Kosten dieses Gutachtens tragen unabhängig vom Verfahrensausgang die säumigen Parteien zur ungeteilten Hand.“

These 3:

Die Regelungen in § 411 Abs. 4 ZPO, wonach die Parteien Einwendungen gegen ein Sachverständigen Gutachten sowie Anträge und Ergänzungsfragen zeitnah – ggf. innerhalb einer von Gericht gesetzten Frist – mitzuteilen haben, haben sich unter Effizienzgesichtspunkten in der Praxis bestens bewährt. Es empfiehlt sich allerdings eine gesetzliche Klarstellung und Stärkung dieser Vorschriften durch den Zusatz, dass vorgebrachte Einwendungen und Ergänzungsfragen dem Sachverständigen

digen rechtzeitig vor dem Erläuterungstermin vom Gericht mitzuteilen sind.

1. Es kann heute keinem Zweifel mehr unterliegen, dass § 411 Abs. 3 ZPO trotz seiner Formulierung („*kann*“) dem Gericht grundsätzlich kein Ermessen einräumt, ob einem Antrag einer Partei auf mündliche Gutachtenerläuterung stattzugeben ist. Die wirklich praxisrelevanten Fragen betreffen demgemäß alleine die verfahrenseffiziente Vorbereitung und Durchführung (somit das „Wie“) der Anhörungstermine.
2. Die Praxiserfahrungen zeigen, dass die Prozessparteien, insbesondere in Verfahren mit Bezug zum Bau- und Immobiliensektor, nach Vorlage des schriftlichen Gerichtsgutachtens durchweg in der Lage sind, etwaigen ergänzenden Fragebedarf präzise zu klären und schriftsätzlich aufzuzeigen oder Einwände gegen das Gutachten konkret zu formulieren und vorzubringen.
3. Die Zivilprozessordnung trägt dieser Sachlage bereits seit vielen Jahren durch § 411 Abs. 4 ZPO Rechnung. Die strenge Formulierung der Vorschrift („*Die Parteien haben... mitzuteilen*“), verbunden mit der Möglichkeit einer Fristsetzung, hat der Gesetzgeber unter Effizienz Gesichtspunkten mit Bedacht gewählt; sie hat sich dort, wo die Gerichte entsprechend verfahren sind, bestens bewährt. Insbesondere konnten regelmäßig zeit- und damit kostenaufwändige erneute Anhörungstermine oder schriftliche Ergänzungsgutachten vermieden werden, weil sich der Sachverständige dann, wenn Ergänzungsfragen und/oder Einwendungen gegen das Gutachten vorab substantiiert bekannt gegeben worden sind, optimal auf den Termin vorbereiten konnte. **Genau dies entspricht dem gesetzgeberischen Willen.** Beeinträchtigungen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs sind dadurch nicht ansatzweise erkennbar.
4. Angesichts der geltenden Gesetzeslage ist – deren konsequente Umsetzung durch die Gerichte vorausgesetzt – ein weiterer Regelungsbedarf prinzipiell nicht erkennbar. Die Vorschriften des – insoweit gesetzessystematisch einschlägigen – **§ 411 Abs. 4 ZPO** könnten jedoch in ihrer praktischen Umsetzung durch Anfügung folgenden **Satzes 3** gestärkt werden: „*Die Ergänzungsfragen und die Einwendungen gegen das Gutachten sind dem Sachverständigen rechtzeitig vor dem Termin zur Gutachtenerläuterung vom Gericht mitzuteilen.*“