

AnwaltZertifikatOnline-Aufsatz

Rechtsgebiet	Bau- und Architektenrecht (AZO)
Autor * Vor- und Zuname, Titel, Berufsbezeichnung	Prof. Dr. Peter Fischer, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Kanzlei, Ort (freiwillige Angabe)	Anwaltpartnerschaft von Appen, Prof. Dr. Fischer, Prof. Schonebeck, An der Kolckwiese 6, 26133 Oldenburg
Titel des Aufsatzes*	Recht des Bausachverständigen (1. Teil)
Untertitel	

Pflichtangaben sind mit * markiert.

Inhaltsverzeichnis

Wird automatisch generiert, zum Aktualisieren bitte rechte Maustaste auf das Inhaltsverzeichnis und dann „Felder aktualisieren“.

A. Einleitung	I
B. Die Stellung des Sachverständigen als Privatgutachter	I
1. Der Vertrag mit dem Sachverständigen	I
2. Die Honorierung des Sachverständigen	II
3. Die Haftung des Sachverständigen.....	III
4. Erstattung der Kosten des Sachverständigen durch die Gegenseite	IV
C. Literaturempfehlungen	VI

Text siehe nächste Seite, Fragen und Antworten letzte Seite

A. Einleitung

Der Sachverständige wird entweder als Privatgutachter von einer Partei oder als Gerichtsgutachter durch das Gericht beauftragt. Wenn der Sachverständige von einer Partei als Privatgutachter den Auftrag erhält, ist sein Gutachten für die andere Vertragspartei erst einmal nicht verbindlich. In einem Prozess ist jedoch die Vorlage eines Privatgutachtens als qualifizierter Parteivortrag zu werten ist.¹ Privatgutachten werden insbesondere in Fällen absoluter Eilbedürftigkeit eingesetzt, aber auch dann, wenn Ermittlungen nötig sind, um Mängel feststellen zu können. Der Grund liegt darin, dass selbständige Beweisverfahren bei Gericht einen erheblichen Zeitraum von meist über einem Jahr, nicht selten bis zu drei Jahren in Anspruch nehmen. Das Gutachten dient dann als Grundlage für die Geltendmachung von Ansprüchen oder gegebenenfalls zur Begründung einer Klage. Weiterhin werden Sachverständige als Privatgutachter im Rahmen der baubegleitenden Qualitätskontrolle eingesetzt. Der gerichtliche Sachverständige seinerseits wird vom Gericht beauftragt und hat keine Vertragsbeziehungen zu den Prozessparteien. Es ist Aufgabe des Gerichtes, den Sachverständigen zu beauftragen, wobei den Parteien die Möglichkeit der Stellungnahme gewährt werden muss. Das Gericht bestellt in der Regel öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige.

B. Die Stellung des Sachverständigen als Privatgutachter

1. Der Vertrag mit dem Sachverständigen

Ein Privatgutachten basiert auf einer Vereinbarung zwischen dem privatrechtlich tätigen Auftraggeber und dem privat eingeschalteten Sachverständigen. Der zwischen dem Sachverständigen und einer Vertragspartei abgeschlossene Sachverständigenvertrag ist im Regelfall ein Werkvertrag. Nach § 631 Abs. 2 BGB kann Gegenstand eines Werkvertrages sowohl die Herstellung oder die Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbei zu führender Erfolg sein. Für den Werkvertrag kennzeichnend ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass ein erfolgsbezogener Beitrag zur Verwirklichung eines Werkes zu leisten ist.² Der Bundesgerichtshof hat für den mit der Bauaufsicht beauftragten Architekten angenommen, dass dieser einen derartigen Erfolg und nicht einen nur für das Arbeitsergebnis nur mittelbar bedeutsamen Arbeitseinsatz schuldet.³ Auch die Geschäftsbesorgung zur Ermittlung des Verkehrswertes eines Grundstückes und der sich danach richtenden Beleihungsgrenze ist als Werkvertrag qualifiziert worden.⁴ Im Zusammenhang mit der baubegleitenden Qualitätskontrolle hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass hier keine bloße Dienstleistung, sondern eine erfolgsbezogene

¹ BGH, Urt. v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03

² BGH, Urt. v. 03.03.1998 – X ZR 4/95

³ BGH, Urt. v. 22.10.1981 – VII ZR 310/97

⁴ BGH, Urt. v. 10.06.1976 – VII ZR 129/74

Tätigkeit geschuldet wird. Dies ist gegeben, wenn als Leistungsgegenstand des Vertrages die „gutachterliche Erfassung von Mängeln, Abweichung von den einschlägigen DIN-Vorschriften und den Regeln der Baukunst“ geschuldet ist.⁵ Wenn überprüft werden soll, ob die Ist-Beschaffenheit und die Soll-Beschaffenheit übereinstimmen sowie die Leistung nach objektiven Kriterien mangelfrei ist, ist ein Erfolg geschuldet. Bei der baubegleitenden Qualitätskontrolle ändert sich auch nicht deshalb etwas daran, weil die Mängelerfassung nur präventiv und stichprobenartig erfolgen soll. Auch stichprobenartige Kontrollen sind eine erfolgsbezogene, auf die Erfassung der bei der jeweiligen Begutachtung erkennbaren Mängel gerichtete Tätigkeit. Der geschuldete Erfolg bezieht sich darauf, dass die bei den vereinbarten Baustellenbesuchen von einem Fachkundigen erkennbaren Mängel ermittelt und beanstandet werden.⁶ Entschieden ist weiterhin, dass ein Sanierungsgutachten⁷ und ein Bodengutachten⁸ als Werkvertrag zu klassifizieren sind. Ausnahmsweise kann der Vertrag mit dem Sachverständigen ein Dienstvertrag sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Tätigkeit des Sachverständigen im Vordergrund steht, was insbesondere bei Feststellung eines Zustandes z.B. nach einem Brand des Gebäudes möglich sein kann. Wenn ein Kaufinteressent einen Sachverständigen zur Besichtigung des zu erwerbenden Hausgrundstückes hinzuzieht, damit dieser nach einer visuellen und – soweit kein konkreter Anlass für eine weitere Überprüfung besteht – summarischen Prüfung eine Stellungnahme abgibt, kommt ein als Beratungsvertrag zu qualifizierender Dienstvertrag zustande.⁹ Ob die Objektbetreuung nach Abnahme der Bauleistung als Dienstvertrag einzuordnen ist,¹⁰ ist fraglich. Wenn hier der Sachverständige eingeschaltet wird, die Beseitigung von Mängeln zu überwachen und eine Objektbegehung zur Mangelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche gegenüber dem bauausführenden Unternehmen durchzuführen, wird ein Erfolg geschuldet, so dass hier ein Werkvertrag vorliegt. Eine Bestimmung der Vertragsart durch die Parteien ist nicht möglich. Eine Bestimmung, dass ein Vertrag einem bestimmten rechtlichen Vertragstyp einzuordnen ist, steht den Parteien nicht zu. Die Bestimmung der Art des Vertrages erfolgt allein durch eine objektive Einordnung. Welche Art der Vertrag darstellt, wird allein durch seinen Inhalt bestimmt. Dabei geht die Rechtsprechung von der so genannten Schwerpunkttheorie aus.¹¹ Ob auf den Vertrag das Recht des Dienst- oder Werkvertrages anzuwenden ist, ergibt die Auslegung des Vertrages. Hat der Vertragspartner verschiedene Aufgaben übernommen, ist das Werkvertragsrecht anwendbar, wenn die erfolgsorientierten Aufgaben dermaßen überwiegen, dass sie den Vertrag prägen.¹²

2. Die Honorierung des Sachverständigen

Die Vergütung des Sachverständigen regelt sich grundsätzlich nach den §§ 631 ff. BGB. Die HOAI enthält keine Regelung mehr für die Honorierung von Gutachten, weil § 33 HOAI a. F. ersatzlos aufgehoben worden ist. Gleiches gilt für die Vorschrift

⁵ BGH, Urte. v. 11.10.2001 – VII ZR 475/00

⁶ BGH, Urte. v. 11.10.2001 – VII ZR 475/00

⁷ BGH, Urte. v. 12.03.1987 – VII ZR 80/86

⁸ OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.02.2002 – 23 U 74/01

⁹ OLG Hamm, Urte. v. 22.06.1999 – 21 U 155/98

¹⁰ OLG Hamm, Urte. v. 22.06.1999 – 21 U 155/98

¹¹ BGH, Urte. v. 10.06.1999 – VII ZR 215/98

¹² BGH, Urte. v. 10.06.1999 – VII ZR 215/98

des § 34 HOAI a. F., der die Honorierung von Leistungen der Wertermittlung vorsah. Nach § 631 Abs. 1 BGB können die Parteien die Vergütung frei vereinbaren. Ist keine Regelung über die Vergütung getroffen worden, gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart (§ 632 Abs. 1 BGB), weil die Sachverständigentätigkeit grundsätzlich nicht unentgeltlich erbracht wird.¹³ Ist keine Vergütung vereinbart, gilt die übliche Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB. Dabei kann der Sachverständige die Höhe der Vergütung nicht einseitig bestimmen, vielmehr wird diese objektiv unter Berücksichtigung der in dem betreffenden Bereich üblichen Honorierung vorgenommen. Dabei dürfte grundsätzlich eine Honorierung nach Stundensätzen als üblich anzusehen sein. Die Höhe liegt hier je nach Gegend zwischen 75,00 € bis 135,00 € netto.

Die HOAI findet dann Anwendung, wenn der Sachverständige Architekten- oder Ingenieurleistungen aus den Leistungsbildern der Anlagen 11 bis 14 zur HOAI erbringt. Da die HOAI nicht personen-, sondern leistungsbezogen ist, § 1 HOAI, kommt es nicht darauf an, ob der Sachverständige Architekt oder Ingenieur ist. Wenn ein Dachdecker als Sachverständiger Vorschläge zur Sanierung unterbreitet, ist er berechtigt und verpflichtet, nach der HOAI abzurechnen.¹⁴ Ein Sachverständiger, der mit der Überwachung von Sanierungsarbeiten beauftragt wird, muss seine Leistungen nach der HOAI abrechnen. Dies gilt auch dann, wenn der Sachverständige zuvor ein Gutachten über die erforderlichen Sanierungsarbeiten erstellt hat.¹⁵ Die HOAI ist jedoch dann nicht anwendbar, wenn das Gesamtbild der geschuldeten Leistung nicht den in der HOAI enthaltenen Leistungsbildern entspricht.¹⁶ In diesem Fall war ein Architekt lediglich mit Beratungsleistungen beauftragt, um das Projekt zu entwickeln. Bei der Feststellung von Mängeln, der Entwicklung eines Sanierungskonzeptes und der Beaufsichtigung der Sanierungsarbeiten handelt es sich um Architektenleistungen und nicht um die Leistungen eines Bausachverständigen.¹⁷ In diesem Fall wird das Honorar nur fällig, wenn das entsprechende Honorar nach der HOAI prüffähig abgerechnet und die Leistungen vertragsgemäß erbracht worden sind, § 15 HOAI. Auch wenn die HOAI Anwendung findet, ist die Vereinbarung eines Zeithonorars durch den Sachverständigen zulässig. Voraussetzung ist, dass die Honorarvereinbarung über die Abrechnung nach Zeithonorar schriftlich bei Auftragserteilung unter Berücksichtigung des Preisrahmens der Mindest- und Höchstsätze der HOAI erfolgt.¹⁸ Bezüglich der Höhe des Zeithonorars enthält die HOAI keine Regelung mehr, so dass die Höhe des Zeithonorars zwischen den Vertragsparteien frei vereinbart werden kann.

3. Die Haftung des Sachverständigen

Der mit dem Sachverständigen abgeschlossene Vertrag ist ein Werkvertrag, so dass sich die Haftung des Sachverständigen nach §§ 634 ff. BGB richtet. Dem Auftraggeber stehen gegenüber dem Sachverständigen bei Vorliegen von Mängeln gemäß § 633 BGB in erster Linie ein Nacherfüllungsrecht nach § 635 BGB zu. Bei Vorliegen

¹³ BGH, Urt. v. 10.10.2006 – X ZR 20/06

¹⁴ OLG Köln, Urt. v. 20.01.2009 – 22 U 77/08

¹⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.1999 – 5 U 267/98

¹⁶ OLG Nürnberg, Urt. v. 16.03.2001 – 6 U 1330/00

¹⁷ BGH, Urt. v. 12.05.2005 – VII ZR 349/03

¹⁸ BGH, Urt. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/06

eines Mangels im Gutachten muss somit dem Sachverständigen erst einmal eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden. Erst wenn diese Frist ergebnislos abläuft, können die weiteren Rechte wie Minderung, Ersatzvornahme oder Schadenersatz nach § 634 Nr. 2 bis Nr. 4 BGB geltend gemacht werden. Ein Nacherfüllungsanspruch scheidet in tatsächlicher Hinsicht dann aus, wenn auf der Grundlage des Gutachtens eine nicht mehr rückgängig zu machende Entscheidung getroffen wurde.¹⁹ Die Haftung des Sachverständigen kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden.²⁰ Eine Haftungsbeschränkung kann sowohl individualvertraglich als auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann wirksam vereinbart werden, wenn diese sich nur auf Fälle leichter Fahrlässigkeit beschränkt.²¹ Ein völliger Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksam. Die Haftung des Sachverständigen ist unabhängig von der Honorarhöhe. Ein Architekt war beauftragt worden, ein Beratungsgespräch und sieben Baustellenbesuche durchzuführen, wobei das Honorar sich auf 1.000,00 € netto belief. Bei einem der Baustellenbesuche übersah der Architekt den fehlenden Einbau der Folie gegen aufsteigende Feuchtigkeit. Der geltend gemachte Schaden belief sich auf 82.000,00 €. Die Haftung des hier als Sachverständigen eingeschalteten Architekten war nicht dadurch begrenzt, weil er nur ein geringes Honorar erhielt. Bei der Übernahme einer derartigen stichprobenartigen Baustellenkontrolle ist jedoch die Haftung durch den übernommenen Pflichtenkreis beschränkt.²² Ausnahmsweise haftet der Sachverständige auch gegenüber Dritten. Der Verkäufer eines Hauses beauftragte einen Sachverständigen mit der Wertermittlung des Kaufgegenstandes. Das von dem Sachverständigen erstellte Gutachten legte er dem Käufer vor, der daraufhin den Kaufvertrag abschloss. Nach dem Erwerb des Hauses stellte der Käufer erhebliche Schäden am Dach fest. Er verlangte deshalb Schadenersatz vom Sachverständigen, der vom Verkäufer beauftragt war. Der Bundesgerichtshof²³ legte den Gutachtervertrag zwischen Verkäufer und Sachverständigen dahingehend aus, dass der Sachverständige auch Schutzpflichten zugunsten des Käufers zu beachten habe. Ein Vertrag mit Schutzwirkungen für den Käufer sei nicht deshalb zu verneinen, weil die Interessen des Verkäufers und des Käufers an der Bewertung des Grundstückes gegenläufig seien. Wer bei einer Person, die über besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, ein Gutachten erstellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen, ist an einer Ausarbeitung mit entsprechender Beweiskraft interessiert. Dies ist jedoch nur gewährleistet, wenn der Sachverständige sein Gutachten objektiv nach bestem Wissen und Gewissen erstellt und dem Dritten gegenüber dafür einsteht. Der eingeschaltete Architekt war ein anerkannter Sachverständiger, obwohl er nicht öffentlich bestellt und vereidigt war.²⁴

4. Erstattung der Kosten des Sachverständigen durch die Gegenseite

Die Erstattung der Kosten des Sachverständigen kann entweder auf Grundlage eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruches gemäß §§ 634 Nr. 4, 636 BGB

¹⁹ Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2. Teil, Rn. 5

²⁰ BGH, Urt. v. 11.12.2003 – VII ZR 31/03

²¹ OLG Celle, Urt. v. 05.01.1995 – 22 U 196/93

²² OLG Oldenburg, Urt. v. 20.02.2007 – 12 U 57/06

²³ BGH, Urt. v. 10.11.1944 – III ZR 50/94

²⁴ BGH, Urt. v. 10.11.1994 – III ZR 50/94

bzw. eines prozessualen Kostenerstattungsanspruches nach §§ 91, 103 ZPO erfolgen.

Ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Erstattung der Kosten des Sachverständigen-gutachtens ist gegeben, wenn die Beauftragung des Sachverständigen zur Feststellung des Schadens bzw. zur Überprüfung der notwendigen Maßnahmen erforderlich war. Soweit dem Auftraggeber Schadenersatzansprüche wegen Mängeln nach §§ 634 Nr. 4, 636 BGB zustehen, gehören die Gutachterkosten zum Schaden. Entsprechendes gilt auch dann, wenn auf Grundlage der VOB/B Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können nach § 13 Abs. 7 VOB/B.²⁵ Der Auftraggeber eines Bauvertrages bekommt bei Mängeln des Bauvorhabens vom Unternehmer auch die Kosten für ein vorgerichtliches Privatgutachten als Schaden ersetzt. Die Gutachterkosten sind als Schaden zu ersetzen, wenn der Schaden durch die vom Bauträger zu vertretenen Mängel verursacht wurde.²⁶ Werden Mängelansprüche im Wege der Nacherfüllung oder auf Grundlage eines Selbstvornahmerechts oder im Wege der Minderung geltend gemacht, dann sind die Kosten für die Beauftragung des Sachverständigen dennoch als Schaden erstattungsfähig. Dies ergibt sich daraus, dass auch neben den genannten Rechten ein Anspruch auf Schadenersatz neben der Leistung besteht, §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB. Die Kosten für den eingeschalteten Sachverständigen als Privatgutachter sind jedoch nicht in allen Fällen erstattungsfähig. Voraussetzung ist, dass die Hinzuziehung eines Sachverständigen im konkreten Einzelfall erforderlich war. Bei Mängeln von nicht ganz untergeordneter Bedeutung ist die Erforderlichkeit im Normalfall zu bejahen.²⁷ Eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn dem Bauherrn Schadenersatzansprüche gegenüber seinem Architekten bestehen, der ohnehin mit den Leistungsphasen 8 und 9, Anlage 11 zu § 33 HOAI, beauftragt war. In diesem Fall steht dem Architekten ein Recht auf Nacherfüllung zu.²⁸

Im Rahmen eines prozessualen Kostenerstattungsanspruches können unter bestimmten Voraussetzungen sowohl Kosten des vorprozessual tätigen Privatgutachters als auch Kosten des während eines Prozesses von einer Partei beauftragten Privatgutachters geltend gemacht werden. Die notwendigen Kosten eines vorprozessual tätigen Privatgutachters können in einem gerichtlichen Verfahren festgesetzt werden, wenn sie in unmittelbarer Beziehung zum Rechtsstreit stehen und damit prozessbezogen sind.²⁹ Dies ist dann der Fall, wenn eine Prozesspartei wegen fehlender Sachkenntnisse ohne das Gutachten des beauftragten Sachverständigen nicht sachgerecht hätte vortragen können. Die notwendige Prozessbezogenheit, die Voraussetzung für die Kostenerstattung im Rahmen der ZPO ist, ist gegeben, wenn die Tätigkeit des Sachverständigen in unmittelbarer Beziehung zum Rechtsstreit steht.³⁰ Die fehlende Sachkunde einer Partei kann Anhaltspunkt für die Bejahung der Notwendigkeit des § 91 Abs. 1 ZPO sein.³¹ Dies ist dann gegeben, wenn eine Partei selbst nicht über das zur Prozess- und Beweisführung notwendige Wissen verfügt, während die Gegenseite dieses besondere Fachwissen hat. Es muss eine „unabwendbare Notwendigkeit“ gegeben sein, um die Waffengleichheit zwischen den Parteien hinsichtlich besonderen Wissens herzustellen.³² Dabei wird auch auf die Quali-

²⁵ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 13. Teil, Rn. 4

²⁶ OLG München, Urt. v. 22.12.2005 – 9 U 4071/05

²⁷ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 13. Teil, Rn. 4

²⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.03.2000 – 22 U 64/99

²⁹ BGH, Beschluss v. 17.12.2002 – VI ZB 56/02

³⁰ BGH, Beschluss v. 17.12.2002 – VI ZB 56/02

³¹ OLG Karlsruhe, Beschluss v. 02.02.2009 – 22 W 1/09

³² OLG Karlsruhe, Beschluss v. 02.02.2009 – 22 W 1/09

fikation der beteiligten Anwälte abgestellt. Dabei ist es jedoch unrichtig, die Prozessbezogenheit und somit die Erstattungsfähigkeit abzulehnen, wenn die Prozesspartei durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht vertreten ist. Der Auffassung des OLG Karlsruhe, dass auch der Qualifikation und Erfahrung der Rechtsanwälte bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Sachverständigenkosten zu berücksichtigen ist,³³ kann nur im Ausnahmefall beigeplant werden. Auf jeden Fall ist eine komplette sachverständige Begleitung einer Prozesspartei während des Laufes des gerichtlichen Verfahrens zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung im Sinne von § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO in der Regel nicht erforderlich.³⁴

C. Literaturempfehlungen

Fischer, Wo endet die Sachverständigendienstleistung? Wo beginnt der Werkvertrag?, *Der Sachverständige* 2010, S 49

Kniffka/Koeble, *Kompendium des Baurechts*, 2. Aufl.

Ulrich, Bedeutung der Privatgutachten im Bauprozess, Abgrenzung zum gerichtlichen Gutachten, *Der Bausachverständige* 2010, Heft 1, S.52

Ulrich, *Der gerichtliche Sachverständige*, 12. Aufl. 2007, Rn. 273

³³ OLG Karlsruhe, Beschluss v. 02.02.2009 – 22 W 1/09

³⁴ OLG Köln, Beschluss v. 12.03.2010 – I – 17 W 21/10