

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 (2. Teil)
Untertitel	

Pflichtangaben sind mit * markiert.

Inhaltsverzeichnis

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

E.	Einleitung	1
F.	Der Gerichtssachverständige.....	1
1.	Die rechtliche Stellung des gerichtlichen Sachverständigen	1
2.	Ablehnung des Sachverständigen.....	2
3.	Die Honorierung des gerichtlichen Sachverständigen.....	2
4.	Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen	4
5.	Privatgutachten im gerichtlichen Verfahren	5
G.	Der Sachverständige als Schiedsgutachter	6
1.	Einleitung	6
2.	Darstellung der Rechtslage	6
3.	Rechtliche Würdigung.....	7
H.	Auswirkungen des Schiedsgutachtens auf die Praxis.....	8
I.	Literaturempfehlungen.....	8

E. Einleitung

Nachdem im ersten Teil die rechtliche Stellung des Sachverständigen als Privatgutachter dargelegt worden ist, werden im zweiten Teil die rechtlichen Aspekte des gerichtlichen Sachverständigen einschließlich des Sachverständigen als Schiedsgutachter erörtert.

F. Der Gerichtssachverständige

1. Die rechtliche Stellung des gerichtlichen Sachverständigen

Der vom Gericht bestellte Sachverständige hat keine vertraglichen Partiebeziehungen zu den Prozessparteien. Der gerichtliche Sachverständige hat allein eine rechtliche Beziehung zum Gericht, die öffentlich-rechtlicher Natur ist. Der gerichtliche Sachverständige wird vom Gericht beauftragt und ist als Gehilfe des Richters diesem untergeordnet.¹ Das Gutachten ist von dem gerichtlichen Sachverständigen persönlich und in eigener Verantwortung zu erstellen. Er darf den Gutachterauftrag nicht eigenmächtig delegieren oder die Verantwortung Dritten übertragen. Dies ist allein Aufgabe und Befugnis des Gerichts.² Entsprechend ist es Aufgabe des Gerichtes, die Auswahl des Sachverständigen vorzunehmen, § 404 ZPO. Einigen sich jedoch die Parteien über eine bestimmte Person als Sachverständigen, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu leisten, § 404 Abs. 4 ZPO. Der Sachverständige kann sich Hilfskräften bedienen, wenn er die Mitarbeit der Hilfskräfte ordnungsgemäß überwacht und für das Ergebnis die volle Verantwortung übernimmt. Der Sachverständige hat sich streng an den gerichtlichen Auftrag zu halten. Positionen, die nicht im Beweisbeschluss aufgeführt sind, darf der gerichtliche Sachverständige nicht berücksichtigen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn beide Parteien bzw. deren Prozessbevollmächtigte der Begutachtung der zusätzlichen Position ausdrücklich zustimmen. Dabei ist er verpflichtet, die Überprüfung aus technischer Sicht vorzunehmen. Rechtsfragen sind der Begutachtung durch den Sachverständigen nicht zugänglich. Auf welcher vertraglichen Grundlage das Aufmaß zu nehmen ist, ist eine Rechtsfrage und daher einer Begutachtung durch den Bausachverständigen nicht zugänglich.³ Der Sachverständige muss alle Tatsachen, auf denen sein Gutachten beruht, anführen, damit das Gericht die Möglichkeit der Nachprüfung des Ergebnisses des Sachverständigen aufgrund der von ihm festgestellten Tatsachen erhält. Die Parteien haben ein Recht an der Teilnahme an dem vom Sachverständigen anberaumten Ortstermin. Daher hat der gerichtliche Sachverständige die Parteien bzw. ihre Prozessbevollmächtigten rechtzeitig von diesem Ortstermin zu benachrichtigen. Bei der Abfassung seines Gutachtens hat der Sachverständige darauf zu achten, dass er sich nicht auf Mutmaßungen und bloße Annahmen verlässt. Nach den Darstellungen des Sachverhaltes hat der Gutachter den gedanklichen Weg nachzuzeichnen, auf dem er seine Folgerungen entwickelt hat. Es müssen Tatsachen ermittelt werden, es dürfen keine falschen Schlussfolgerungen gezogen werden. Verwendet der Sachverständige Informationen Dritter, sind diese auszuweisen und dem Gutachten beizufügen. Stellt er Prognosen an, was grundsätzlich die Ausnahme sein sollte, hat er den Grad

¹ OLG Hamm, Beschl. v. 20.01.2010 – 1 W 85/09

² Vogel in Thode u.a., Praxishandbuch Architektenrecht S. 603

³ BGH, Urt. v. 17.06.2004 – VII ZR 75/03

der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Prognose darzustellen. Bei der Abfassung seines Gutachtens muss er den gesicherten Stand der Technik zugrunde legen.⁴

2. Ablehnung des Sachverständigen

Nach § 406 Abs. 1 S. 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen abgelehnt werden, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Der Sachverständige ist als Gehilfe des Richters zur Objektivität und zu strenger Sachlichkeit verpflichtet. Für den Ablehnungsgrund der Besorgnis der Befangenheit (§ 42 Abs. 2 ZPO) genügt jede Tatsache, die ein auch nur subjektives Misstrauen der ablehnenden Partei, welches die Unparteilichkeit des Sachverständigen vernünftigerweise rechtfertigen kann. Eine solche Befürchtung fehlender Unparteilichkeit kann dann vorliegen, wenn der Sachverständige auf die Einwendungen und Vorhaltungen der Partei dermaßen unsachgemäß reagiert, dass bei verständiger Betrachtung die Besorgnis aufkommen kann, der Sachverständige stehe der Partei nicht mehr unvoreingenommen gegenüber.⁵ Die Ablehnung eines gerichtlichen Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit kann grundsätzlich nicht allein darauf gestützt werden, dass der Sachverständige und die Gegenpartei in beruflichen Beziehungen zu einem Dritten stehen.⁶ Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Sachverständigen zu rechtfertigen, § 42 Abs. 2 ZPO. Die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit kommt in Betracht, wenn zwischen dem Sachverständigen und der Partei ein nahes persönliches, geschäftliches oder berufliches Verhältnis besteht. Die Befürchtung fehlender Unparteilichkeit eines Sachverständigen kann berechtigt sein, wenn der Sachverständige seine gutachterlichen Äußerungen in einer Weise gestaltet, dass sie als Ausdruck einer unsachlichen Grundhaltung gegenüber einer Partei gedeutet werden können. Hiervon ist regelmäßig auszugehen, wenn der Sachverständige bei der Gutachterstattung eigenmächtig über die ihm durch den Beweisbeschluss und den Gutachterauftrag gezogenen Grenzen hinaus geht und den Prozessbevollmächtigten in unzulässigerweise den von ihm für richtig gehaltenen Weg zur Entscheidung des Rechtsstreites aufweist.⁷ Eine Partei kann den Sachverständigen nicht mehr wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen, wenn sie sich, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, § 43 ZPO. Tritt der Ablehnungsgrund, auf den die Partei sich beruft, in der mündlichen Verhandlung zutage, so muss das Ablehnungsgesuch spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden.⁸

3. Die Honorierung des gerichtlichen Sachverständigen

Die Vergütung des gerichtlichen Sachverständigen richtet sich nach dem Justizvergütungs- und entschädigungsgesetz, JVEG. Der Grundsatz der Vergütung regelt § 8

⁴ Vogel in Thode u.a., Praxishandbuch Architektenrecht S. 603

⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 20.01.2010 – 1 W 85/09

⁶ OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.01.2010 – 1 W 5/10

⁷ OLG Celle, Beschl. v. 25.05.2010 – 13 Verg 7/10

⁸ BGH, Beschl. v. 05.02.2008 – VII ZB 56/07

JVEG. Danach erhalten Sachverständige als Vergütung ein Honorar für ihre Leistungen (§§ 9 bis 11 JVEG), Fahrtkostenersatz (§ 5 JVEG), Entschädigung für Aufwand (§ 6 JVEG) sowie Ersatz für sonstige oder besondere Aufwendungen (§§ 7 und 12 JVEG). Der Sachverständige erhält je nach Honorargruppe ein Stundenhonorar von 50,00 € bis 95,00 €, § 9 JVEG. Die Honorargruppen ergeben sich aus der Anlage 1 zum JVEG, wobei der Sachverständige für Schäden an Gebäuden der Honorargruppe 6 mit 75,00 € zugeordnet ist. Der gerichtliche Sachverständige kann formlos einen höheren Stundensatz als nach § 9 JVEG beantragen. Der gerichtliche Sachverständige erhält einen höheren Stundensatz, wenn beide Parteien zustimmen, § 13 JVEG. Die fehlende Zustimmung einer Partei kann durch das Gericht ersetzt werden. Die Festsetzung einer besonderen Vergütung nach § 13 JVEG setzt voraus, dass ein ausreichender Betrag für die gesamte Vergütung an die Staatskasse gezahlt wird.⁹

Das Honorar, das der Sachverständige für seine Leistung erhält, bestimmt sich nach zwei Parametern, nämlich dem Stundensatz, der sich aus § 9 JVEG ergibt sowie dem Zeitaufwand gemäß § 8 Abs. 2 JVEG. Maßgebend ist die korrekte Gutachtertätigkeit, mit der der Sachverständige beauftragt worden ist, während das Fachgebiet seiner üblichen Tätigkeit keine taugliche Grundlage für die Eingruppierung in die Honorarzone nach Anlage 1 ist. Der Sachverständige, der für Schäden an Gebäuden bestellt ist (Honorargruppe 6), jedoch aufgrund des konkreten Gutachterauftrages Fußböden (Honorargruppe 4) beurteilen soll, kann nur nach der Honorargruppe 4 abrechnen.¹⁰ Nach § 8 Abs. 2 JVEG wird das Honorar für jede Stunde der erforderlichen Zeit einschließlich der notwendigen Reise- und Wartezeiten gewährt. Erforderlich ist der Zeitaufwand, den ein Sachverständiger mit durchschnittlichen Fähigkeiten und Kenntnissen benötigt, um sich nach sorgfältigem Aktenstudium ein Bild von den zu beantwortenden Fragen zu machen, um seine gutachterliche Stellungnahme zu den ihm gestellten Fragen schriftlich niederzulegen. Die Arbeitsweise bleibt dem gerichtlichen Sachverständigen grundsätzlich selbst überlassen. Dem anrechnungsfähigen Zeitaufwand ist nur dadurch eine Obergrenze gesetzt, dass ein gerichtlicher Sachverständiger fachliche Kompetenz gerade auf dem technischen Gebiet besitzt und besitzen muss, auf das sich die Begutachtung bezieht und für das er seine Kompetenz aufgrund der entsprechenden Anfrage des Senats vor der Beauftragung mit dem Gutachten bestätigt hat. Deshalb muss zwischen Fachkunde und zeitlichem Aufwand eine plausible Proportionalität gewahrt sein.¹¹ Wenn das Gutachten nur teilweise die gestellten Fragen beantwortet, rechtfertigt dies grundsätzlich nicht, dem Sachverständigen die geltend gemachte Vergütung vorzuenthalten. Die offen gebliebenen Fragen sind ggf. in der mündlichen Verhandlung zu klären.¹²

Zu beachten ist, dass nach § 2 Abs. 1 JVEG die Rechnung für ein schriftliches Gutachten grundsätzlich binnen drei Monaten nach Eingang des schriftlichen Gutachtens bei Gericht geltend zu machen ist. Die Frist von drei Monaten für die Antragstellung ist eine materiell-rechtlich wirkende Ausschlussfrist. Der Vergütungs- und Entschädigungsanspruch geht unter, wenn er nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht wird. Nach Sinn und Zweck der gerichtlichen Regelung soll durch die Antragsfrist von drei Monaten sichergestellt werden, dass zeitnah eine Überprüfung möglich ist.

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.12.2008 – 10 W 142/08

¹⁰ Saerbeck, Die Überprüfung der Vergütung des gerichtlichen Sachverständigen, juris AnwZert BauR 23/09

¹¹ BGH, Beschl. v. 25.09.2007 – X ZR 52/05

¹² BGH, Beschl. v. 02.12.2008 – X ZR 159/05

4. Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

Der gerichtliche Sachverständige haftet nach § 839a BGB nur, wenn er sein Gutachten vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch erstellt, die gerichtliche Entscheidung auf dem fehlerhaften Gutachten beruht und die Anspruch stellende Partei die ihr möglichen Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung ausgeschöpft hat. Grobe Fahrlässigkeit liegt nur dann vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden und dass nicht beachtet wird, was jedem einleuchten muss. Bei der groben Fahrlässigkeit handelt es sich um eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit des § 276 Abs.1 BGB erheblich übersteigt. Der Nachweis grober Fahrlässigkeit wird dadurch erleichtert, dass der BGB es dem Tatrichter erlaubt, vom äußeren Geschehensablauf und vom Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge und gesteigerte Vorwerfbarkeit zu schließen. In geeigneten Fällen soll sich deswegen aus dem objektiv schwerwiegenden Fehler des Gutachtens eine gravierende Pflichtverletzung des Gutachters ableiten lassen. Sind allerdings die Gerichte in zwei Instanzen dem Sachverständigen gutachten gefolgt, bedarf es einer eingehenden Darlegung der grob fahrlässigen, also jedem einleuchtenden Fehlerhaftigkeit des Gutachtens.¹³ Dem Handelnden muss dabei auch in subjektiver Hinsicht ein schwereres Verschulden treffen.¹⁴ Nach § 839a BGB setzt grobe Fahrlässigkeit einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuld baren Verstoß gegen die Anforderung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus.¹⁵ Die Haftungsbegrenzung des gesetzlichen Sachverständigen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist auch sachgerecht. Ohne die Begrenzung wird dem Sachverständigen die innere Freiheit genommen, die er benötigt, um sein Gutachten ohne Druck eines Rückgriffes erstatten zu können. Durch diese Haftungsbegrenzung wird auch der Gefahr vorgebeugt, dass die unterlegene Partei vorschnell den bereits rechtskräftig abgeschlossenen Prozess in Form eines Regressprozesses gegen den Sachverständigen wieder aufrollt, weil die Anspruch stellende Partei grobe Fahrlässigkeit nachweisen muss. Eine Begrenzung der Haftung scheidet jedoch für die Fälle aus, wenn der gerichtliche Sachverständige Rechtsfragen beantwortet oder wenn er Aussagen tätigt, für die er nicht ausgebildet bzw. für dessen Bereich er nicht als Sachverständiger bestellt worden ist.

Die Haftungsbegrenzung des § 839a BGB erfasst auch den Sachverständigen, der im Zwangsversteigerungsgutachten vom Gericht zur Erstellung eines Verkehrswertgutachtens als Versteigerungsgrundlage eingesetzt worden ist.

Ein Verkehrswertgutachten im Zwangsversteigerungsverfahren ist lediglich als eine gutachterliche Schätzung des Marktverhaltens anzusehen. Die Feststellung von Mängeln gehört in diesen Fällen nicht zu den Pflichten eines Sachverständigen.¹⁶ Im Übrigen steht dem gerichtlichen Sachverständigen in diesen Fällen ein Toleranzrahmen bis 20 % zu.¹⁷

¹³ OLG Celle, Beschl. v. 05.05.2009 – 4 U 26/09

¹⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 14.07.2006 – 10 U 1885/05; OLG Rostock, Beschl. v. 21.03.2006 – 8 U 113/05

¹⁵ OLG München, Urt. v. 21.05.2010 – 1 U 36 11/09

¹⁶ OLG Rostock, Urt. v. 27.06.2008 – 5 U 50/08

¹⁷ OLG Rostock, Urt. v. 27.06.2008 – 5 U 50/08

Eine Ersatzpflicht tritt dann nicht ein, wenn der Geschädigte es unterlassen hat, den Eintritt des Schadens durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden. Als Rechtsmittel im Sinne von § 839a Abs. 3 BGB kommen Gegenvorstellungen und Hinweise auf die Unrichtigkeit des Gutachtens, Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden und formelle Beweisanträge auf Einholung eines neuen Gutachtens in Betracht.¹⁸ Die Inanspruchnahme eines Sachverständigen nach § 839a BGB setzt in jedem Fall voraus, dass eine Beweisaufnahme stattgefunden hat. Das Gutachten muss im Wege des Sachverständigenbeweises verwertet worden sein; eine bloße urkundsbeweisliche Verwertung reicht dagegen nicht aus.¹⁹

Ist eine Prozesspartei im gerichtlichen Verfahren der Auffassung, dass das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen unrichtig ist, kann nur eine Korrektur des Gutachtens durch Beantragung der Anhörung des Sachverständigen oder durch Einholung eines neuen Gutachtens erreicht werden. Eine Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen im laufenden Prozessverfahren ist nicht zulässig. Die Streitverkündung gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen gegen diesen aus angeblich fehlerhaften, im selben Rechtsstreit erbrachten Gutachterleistungen ist unzulässig. Der Streitverkündungsschriftsatz ist vom Gericht nicht zuzustellen.²⁰ Die Streitverkündung an den Sachverständigen ist als rechtsmissbräuchlicher Versuch, dessen unabhängige und unparteiische verfahrensrechtliche Stellung zu beseitigen, unzulässig auch im Hinblick auf das angebliche Interesse der nachteilig betroffenen Partei an der Vorbereitung eines Regressprozesses gemäß § 839a BGB.

5. Privatgutachten im gerichtlichen Verfahren

Von den Parteien des Rechtsstreites werden oft Privatgutachter beauftragt, um das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen zu erschüttern. Zum anderen werden auch Privatgutachten eingebracht, um den Vortrag bezüglich technischer Details, insbesondere wenn es um Mängel geht oder um Kalkulationen von Abrechnungen bzw. Nachtragsforderungen. Zu Unrecht wird das Privatgutachten von der Gegenseite und auch von manchen Gerichten als „unbedeutendes“ Parteigutachten zurückgewiesen. Dies ist in dieser Weise nicht ratsam und kann sogar für die entsprechende Partei von erheblichem Nachteil sein, wenn sie die Bedeutung des Privatgutachtens im Prozess unterschätzt.

Das Privatgutachten gilt als qualifizierter Parteivortrag.²¹ Das Gericht ist verpflichtet, eine kritische Würdigung zwischen dem gerichtlich eingeholten Gutachten und dem Privatgutachten vorzunehmen. Unterlässt das Gericht die kritische Würdigung, kann ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG vorliegen.²² Das Privatgutachten ersetzt nicht das gerichtlich eingeholte Gutachten, soweit die Gegenpartei sich substantiiert mit dem Privatgutachten auseinandersetzt und der Verwertung dieses Gutachtens widerspricht. In Betracht kommen kann aber die Verwer-

¹⁸ BGH, Urt. v. 05.07.2007 – III ZR 240/06

¹⁹ OLG Celle, Beschl. v. 05.05.2009 – 4 U 26/09

²⁰ BGH, Beschl. v. 27.07.2006 – VII ZB 16/06, Anm. 1-juris PR extra 2006, 242

²¹ BGH, Urt. v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03

²² BGH, Beschl. v. 27.01.2010 – VII ZR 97/08

tion des Privatgutachtens im Urkundenbeweis. Werden gegen Inhalte des Privatgutachtens, welches Darstellungen zu den Mängeln enthält, keine substantiierten Einwendungen erhoben, gilt der im Privatgutachten enthaltene Sachvortrag als zugestanden.²³ Dabei ist das Gericht nicht verpflichtet darauf hinzuweisen, dass ein vorgelegtes Privatgutachten Parteivortrag enthält.²⁴ Anträge auf Einholung eines neuen Gutachtens gemäß § 412 ZPO haben grundsätzlich nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die vorgebrachten Einwendungen durch ein vorgelegtes Parteigutachten gestützt werden.²⁵ Liegt ein widersprechendes Privatgutachten vor, dessen Unbrauchbarkeit nicht auf der Hand liegt, fehlt dem Gericht durchweg die für die dann abverlangte Abwägung erforderliche Sachkunde, so dass zumindest die Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen mit Vorhalt der vom Privatgutachter gebrachten Gegenmeinung geboten ist.

G. Der Sachverständige als Schiedsgutachter

1. Einleitung

Die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens kann zu einer schnellen und kompetenten Erledigung von Baustreitigkeiten führen, insbesondere wenn es um Mängel geht. Das Schiedsgutachterverfahren ist eine Alternative zum gerichtlichen selbständigen Beweisverfahren, welches langwierig und oftmals auch teuer ist. Die Dauer eines selbständigen Beweisverfahrens beträgt oftmals zwei bis drei Jahre und endet mit einem oft nicht zufrieden stellenden Ergebnis. Dies hängt u.a. damit zusammen, dass die Gerichte diese Verfahren, die für den Richter nebenher laufen, nicht besonders schätzen und die vom Gericht beauftragten Sachverständigen eine lange Zeit benötigen, erst einmal um einen Ortstermin durchzuführen und sodann zur Erstellung des Gutachtens. Nach Vorliegen des Gutachtens, was meist erst nach einem Jahr der Fall ist, kommt es sodann zu Stellungnahmen der Parteien bzw. deren Privatgutachter zu dem Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen mit der Folge, dass dieser in vielen Fällen zur Ergänzung des Gutachtens aufgefordert wird. Das Schiedsgutachterverfahren hat dagegen den Vorteil, dass die Parteien sich auf einen Gutachter einigen können oder einen Dritten benennen, der einen neutralen Gutachter vorschlägt. Das Verfahren ist bereits aus dem Grunde weniger zeitaufwendig, weil die monatelange Suche nach einem Gutachter und die Einholung des Einverständnisses der Parteien entfällt. Im Regelfall dauert es beim selbständigen Beweisverfahren drei bis sechs Monate, bis nach Antragstellung das Gericht einen Sachverständigen beauftragt, der dann erst im Laufe weiterer drei bis sechs Monate einen Ortstermin durchführt.

2. Darstellung der Rechtslage

Der Vertrag mit dem Schiedsgutachter hat Geschäftsbesorgungscharakter (§ 675 BGB), jedoch ist im Übrigen nicht höchstrichterlich geklärt, ob dieser Vertrag ein

²³ LG Köln, Urt. v. 12.11.2009 – 15 O 31/08; Ulrich, Der Bausachverständige 2010, 54

²⁴ KG, Urt. v. 28.09.2009 – 20 U 246/08

²⁵ Ulrich, Der Bausachverständige 2010, 55

Dienstvertrag oder ein Werkvertrag ist.²⁶ Soweit es sich um bauwerksbezogene Begutachtungen handelt, wird ein Erfolg geschuldet sein, so dass ein Werkvertrag anzunehmen ist.²⁷ Charakteristisch für die gutachterliche Tätigkeit ist das Ergebnis, wovon beide Parteien profitieren wollen. Aufgabe des Schiedsgutachters ist es, technische Fragen zu klären. Eine rechtliche Beurteilung darf durch den Schiedsgutachter nicht erfolgen.²⁸

Die Schiedsgutachtervereinbarung ist grundsätzlich formfrei und kann auch als Schiedsgutachterklausel in AGB grundsätzlich vereinbart werden.²⁹ Der Schiedsgutachter erhält grundsätzlich seinen Auftrag von beiden Parteien. Entsprechend sind beide Parteien als Gesamtschuldner zur Zahlung der Vergütung des Gutachters verpflichtet.

3. Rechtliche Würdigung

Das Schiedsgutachten hat das Ziel, Sachverhalte und Tatsachen festzustellen, also aufgrund der Prüfung einen Tatbestand durch den Schiedsgutachter ermitteln und festzuschreiben zu lassen. Dabei trifft der Schiedsrichter eine grundsätzliche verbindliche, endgültige Entscheidung. Die gutachterliche Stellungnahme des Schiedsgutachters ist überprüfbar, jedoch nur dann und in dem Umfang, wie ein Gutachten offensichtlich falsch ist oder eine rein rechtliche Entscheidung darstellt.³⁰ Inhalt einer Schiedsgerichtsvereinbarung kann beispielsweise die Feststellung des Zustandes eines Bauwerkes, von Mängeln des Bauwerkes, deren Ursache und der Kosten der Beseitigung sein. Weiterhin kann Gegenstand die Feststellung der Ursachen einer Behinderung, einer Bauverzögerung oder die Feststellung eines Schadens sein.

Die Haftung des Schiedsgutachters beschränkt sich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Sie ist nur dann gegeben, wenn das Gutachten offenbar unrichtig oder grob unbillig ist. Weil das Schiedsgutachten nur in ganz engen Grenzen überhaupt zur Überprüfung gestellt werden kann, ist bei der Schiedsgutachtervereinbarung genau darauf zu achten, welchen Umfang das Schiedsgutachten haben soll.

Angegriffen werden kann das Schiedsgutachten nur bei grober Unbilligkeit, was im einzelnen folgendes bedeutet:

- zur Überprüfung kann gestellt werden, ob der Schiedsgutachter von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist;
- ob er sein Ermessen ausgeübt hat und
- ob er hierbei von den Grundsätzen und Maßnahmen ausgegangen ist, die im Vertrag zwischen den Parteien vereinbart sind oder
- ob er bei Fehlen einer Vereinbarung den Zweck berücksichtigt hat, den die Vertragsschließenden verfolgt haben.³¹

²⁶ Koeble, Baurecht 2007, 118

²⁷ Koeble, Baurecht 2007, 1119

²⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2009 – 23 U 82/08

²⁹ BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03

³⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.01.1999 – 10 W 1/99

³¹ BGH, Urt. v. 03.11.1995 – V ZR 182/94; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, S. 819

H. Auswirkungen des Schiedsgutachtens auf die Praxis

Die Schiedsgutachterabrede hat grundsätzlich einen Einfluss auf die Zulässigkeit der Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 ZPO. Haben die Parteien eines Bauvertrages eine wirksame Schiedsgutachterabrede getroffen und sind die im einvernehmlich eingeholten Schiedsgutachten festgestellten Tatsachen unstreitig, so ist der Antrag einer Partei auf Anordnung eines selbständigen Beweisverfahrens mit dem alleinigen Ziel der Hemmung der Verjährung grundsätzlich unzulässig.³² Hat das selbständige Beweisverfahren das Ziel, die der Schiedsgutachterabrede unterliegende Fragestellung zu begutachten, ist das selbständige Beweisverfahren mangels Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich unzulässig.³³ Dies gilt jedoch nicht, wenn die Partei im Wege des selbständigen Beweisverfahrens die offenbare Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens festgestellt haben möchte. Dies zeigt, dass grundsätzlich die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens bei Gericht bei Vorliegen einer wirksamen Schiedsgutachterabrede unzulässig ist.

I. Literaturempfehlungen

Koeble, Das Schiedsgutachten als alternativer Weg der Streiterledigung in Bausachen, Baurecht 2007, 1116 - 1121

Joussen, Schiedsgutachtervereinbarung zu Nachträgen, Baurecht 2010, 518 - 530

Ulrich, Bedeutung des Privatgutachtens im Bauprozess, Der Bausachverständige 2010, 52 - 58

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2 Aufl., 13. Teil

Fischer, Wo endet die Sachverständigendienstleistung? Wo beginnt der Werkvertrag?, Der Sachverständige 2010, 49-53

Saerbeck, Die Überprüfung der Vergütung des gerichtlichen Sachverständigen, juris AnwZert BauR 23/2009

³² OLG München, Beschl. v. 25.01.2008 – 9 W 2847/07

³³ Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Beschl. v. 30.03.2009 – 1 W 10/09

I.