

Verfassungsrechtliche Grenzen des richterlichen Umgangs mit Sachverständigen

1. Ein seltener Fall?

Die Temperatur an diesem Donnerstag lag knapp über dem Gefrierpunkt – für einen Tag Anfang Dezember nichts Ungewöhnliches. Ungewöhnlich war hingegen, was sich an diesem Vormittag in einem der Gerichtssäle des Landgerichts Münster, kurz vor dem zweiten Corona-Lockdown, abspielte.

In einem Rechtsstreit vor der Zivilkammer, dem ein selbständiges Beweisverfahren vorausgegangen war, hatte der zuständige Einzelrichter einen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und die Sachverständigen vorbereitend geladen. Der Richter führte kurz in den Sach- und Streitstand ein und hörte den Kläger persönlich und einen der beiden Gutachter an. Bei der Protokollierung stellte sich heraus, dass der Einzelrichter mit dem streitgegenständlichen Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht vertraut war. Problematisch war dies vor allem deshalb, weil die Parteien und deren Vertreter in der Hoffnung angegeistert waren, sich nach dem kostenintensiven und zeitraubenden Beweisverfahren endlich zu einigen, was sich aufgrund des Verhaltens des Richters jedoch als äußerst schwierig herausstellte.

Als das Scheitern der Vergleichsverhandlungen absehbar war und die Anwesenden auf ein richterliches Eingreifen warteten, ergriff einer der beiden Bausachverständigen das Wort und übernahm die Vergleichsverhandlungen mit dem Hinweis darauf, dass er schon wisse, wie man das beim Oberlandesgericht mache. In der darauffolgenden Stunde gelang es dem Gutachter, mit den Parteien einen Vergleich herauszuarbeiten, der von dem jungen Juristen hinter dem Richtertisch, der sich bis dahin zurückgelehnt und das Geschehen interessiert mitverfolgt hatte, nur noch protokolliert werden musste.

2. Einfluss eines Sachverständigen auf Prozessverlauf und -ausgang

Der Einfluss eines Sachverständigen auf Verlauf und Ausgang eines Bauprozesses tritt nicht immer so deutlich hervor wie an diesem Wintermorgen in der westfälischen Metropole. Ein solcher Einfluss wäre ohne dessen Akzeptanz auf Seiten der Justiz nicht denkbar. Ungeachtet der warnenden Stimmen aus Karlsruhe hat sich in den letzten Jahrzehnten eine Baurechtswirklichkeit etabliert, in der Sachverständige nicht mehr nur als »Schlüssel-

figuren«¹, sondern mittlerweile schon als »Schattenrichter«² tätig sind. Dabei hatte der BGH bereits Mitte der 1950er Jahre davor gewarnt, dass sich Richter die fachliche Entscheidung von Sachverständigen nicht abnehmen lassen dürften und insbesondere den »häufig vorkommenden Verfahrensfehler« moniert, dass Sachverständige »kurzerhand« nach dem Ergebnis ihrer Beurteilung gefragt würden.³ Ein solcher Verfahrensfehler würde dann sogar in einen sachlich-rechtlichen Fehler umschlagen, wenn ein Richter lediglich feststellen würde, zu welchem Ergebnis der Sachverständige gekommen sei, ohne zugleich mitzuteilen, **warum** er sich dieses Ergebnis zu Eigen mache. Denn auch in schwierigen Fachfragen sei ein Richter zu einem **eigenen** Urteil verpflichtet und habe die Entscheidung eigenständig zu erarbeiten und deren Begründung selbst zu »durchdenken«.

Im Ergebnis dürfe sich ein Richter von einem Sachverständigen lediglich **helfen** lassen.⁴ Insoweit gelte: »Je weniger sich der Richter auf die bloße Autorität des Sachverständigen verlässt«, so der BGH, »je mehr er den Sachverständigen nötigt, ihn – den Richter – über allgemeine Erfahrungen zu belehren und mit möglichst gemeinverständlichen Gründen zu überzeugen, desto vollkommener erfüllen beide ihre verfahrensrechtliche Aufgabe«.⁵ Denn auch ein Sachverständigengutachten unterliege – wie alle anderen Beweismittel – der Beweiswürdigung,⁶ weshalb der Richter eigenverantwortlich zu prüfen habe, ob und inwieweit er dem Inhalt des Gutachtens überhaupt folgen dürfe.⁷

3. Ein fundamentales verfassungsrechtliches Problem

Dass es sich insoweit nicht nur um die Einhaltung zivilprozessualer Regelungen handelt, auf die Parteien im Zweifel verzichten

1 Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rn. 3088.

2 So die Formulierung über den Einfluss von Sachverständigen in der »Süddeutschen Zeitung« vom 12.11.2003.

3 BGH, Urteil vom 26.4.1955 – 5 StR 86/55 –, NJW 1955, 1642 = BGHSt 8, 113.

4 Ebd.; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 5.5.1987 – 1 BvR 1113/85 –, NJW 1987, 2500 (»Gehilfe«).

5 BGH, Urteil vom 26.4.1955 – 5 StR 86/55 –, NJW 1955, 1642 = BGHSt 8, 113; dies werde sowohl von Gerichten wie von Sachverständigen leider »oft verkannt«, so der BGH in dieser Entscheidung.

6 BGH, Beschluss vom 21.1.2009 – VI ZR 170/08 –, VersR 2009, 499.

7 BVerfG, Beschluss vom 2.6.1999 – 1 BvR 1689/96 –, FamRZ 1999, 1417; BGH, Urteil vom 3.12.2008 – IV ZR 20/06 –, NJW-RR 2009, 387 [388].

bzw. derer sich Richter (z. B. bei § 404a Abs. 3 ZPO)⁸ bei einer unterbliebenen Rüge (§ 295 ZPO) im Einzelfall sogar entledigen könnten, sondern um ein fundamentales verfassungsrechtliches Problem, ist in den letzten Jahren aus dem Blickfeld geraten. Dabei geht es hier um nicht weniger als die Einhaltung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien, konkret die Einhaltung eines rechtsstaatlichen Verfahrens (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Richterprivileg (Art. 92 Hs. 1 GG).

Während in einigen Rechtsbereichen (z. B. im Familienprozessrecht)⁹ das verfassungsrechtliche Problem schon diskutiert wird, sind Art. 20 Abs. 3 GG und die Tatsache, dass das Grundgesetz die Rechtsprechung nur **Richtern** und nicht auch Sachverständigen anvertraut hat (Art. 92 GG) im Hinblick auf den Einfluss von Bausachverständigen kein Thema.

Im Bereich des Baurechts wird die verfassungsrechtliche Dimension der – bislang vor allem im Zusammenhang von Befangenheitsanträgen thematisierten – Kompetenzüberschreitungen von Sachverständigen vielmehr ausgeblendet, wengleich ein Blickwechsel vom (Fehl-)Verhalten der Bausachverständigen auf die diesem zugrunde liegenden rechtlichen und tatsächlichen Problem bzw. (Leitungs-)Defiziten auf Seiten der Richter dringend geboten wäre.

a) Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt dem Richter »anvertraut«. Insoweit handelt es sich um ein objektives Verfassungsgebot, das über den Anspruch auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (dem der Anspruch auf eine **richterliche** Entscheidung immanent ist) als **subjektives** Recht des Bürgers ausgestaltet ist.¹⁰ Ergänzend lässt sich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) – i. V. m. Art. 92 GG – ein Recht eines jeden Bürgers ableiten, dass (Streit-)Entscheidungen ausschließlich von Richtern getroffen werden.¹¹

b) Dass rechtsstaatliche Grundsätze (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Richterprivileg (Art. 92 GG) im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Sachverständigen tangiert werden, hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in zwei Entscheidungen aus den 1990er Jahren klargestellt und darin einen aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Anspruch des Bürgers auf ein rechtsstaatliches Verfahren bejaht.¹² Dass ein Gericht die Aussagen eines Gutachtens nicht ungeprüft übernehme, gehöre zu den für einen fairen Prozess unerlässlichen Verfahrensregeln. Insoweit sei die Offenlegung **sämtlicher** tatsächlicher Umstände, die der Sachverständige erhoben und seinem Gutachten zugrunde gelegt habe, aus rechtsstaatlichen Gründen geboten.

Die Forderung nach einer eigenen Überprüfung durch die Beteiligten sei umso berechtigter, je weniger das Gutachten auf dem Erfahrungswissen des Sachverständigen und je mehr es auf einzelnen konkreten Befundtatsachen aufbaue.¹³ Lediglich in

Ausnahmefällen seien demzufolge »Abstriche an dem Offenlegungsanspruch« der Parteien gegenüber dem Sachverständigen gerechtfertigt. Ein solcher Ausnahmefall könne (nur) dann gegeben sein, wenn das Schweigen des Sachverständigen auf »anerkanntswerten Gründen« – insbesondere auf der Wahrung der Privatsphäre Dritter – beruhe. Einschränkungen der im rechtsstaatlichen Fairnessprozess verankerten Pflicht des Gerichts, die tatsächlichen Grundlagen eines Gutachtens vollständig offenlegen zu lassen, diese anschließend zu überprüfen und daran auch die Parteien mitwirken zu lassen, kommen demzufolge nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht. In jedem Fall müsse der Richter versuchen, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, in welcher Weise der Sachverständige seine Daten erhoben hat.¹⁴

c) Aufgrund des im Zivilprozess herrschenden Verhandlungsgrundsatzes dürfe das Gericht seiner Entscheidung **nur** diejenigen **Tatsachen** zugrunde legen, die von den **Parteien vorge-tragen** seien. Die am Prozess beteiligten Parteien würden auf diese Weise auf die Sammlung des Tatsachenstoffes hinwirken, der Grundlage für die richterliche Entscheidung sei.

Müsse der Richter über streitige Tatsachen entscheiden, so müssten die Verfahrensbeteiligten die gleiche Kenntnis erlangen, wie sie der Richter seinem Urteil zugrunde lege. Wie der Richter würden sie die Aussagen der Zeugen oder ihres Prozessgegners hören, sie würden wie der Richter die zu verwertenden Urkunden lesen oder wie er den Augenschein einnehmen. Demzufolge würden sie – ebenso wie der Richter – Kenntnis von einem Sachverständigengutachten erlangen und müssten dieses ebenso wie er auf seine Richtigkeit überprüfen können.¹⁵

d) Eine dem Rechtsstaatsprinzip genügende Urteilsgrundlage fehle jedoch, wenn der Richter einem Sachverständigengutachten, dessen Befundtatsachen bestritten sind, ohne nähere Prüfung dieser Tatsachen folge und sich ohne Weiteres darauf verlasse, dass die vom Sachverständigen zugrunde gelegten und nicht im Einzelnen konkretisierten tatsächlichen Feststellungen richtig seien. Auch den Parteien werde auf diese Weise die Möglichkeit abgeschnitten, an einer Überprüfung mitzuwirken. Es würde ihnen dadurch verwehrt, die tatsächlichen Grundlagen und somit die Tauglichkeit des Gutachtens zur Streitentscheidung zu erschüttern. Dies führe im Ergebnis dazu, dass nicht Richter unter Beteiligung der Parteien, sondern Sachverständige die tatsächlichen Urteilsgrundlagen feststellten.

e) Ob und inwieweit die Kenntnis von Tatsachen, die ein Sachverständiger seinem Gutachten zugrunde gelegt habe, für eine kritische Würdigung des Gutachtens tatsächlich erforderlich sei, lasse sich nicht generell entscheiden.¹⁶ Diese Frage müsse vom Richter vielmehr unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden, was aber voraussetzt, dass die Beteiligten vom Sachverständigen, insbesondere durch die Art der Begutachtung, d. h. durch eine **Dokumentation des Erkenntnisprozesses**, hierzu in die Lage versetzt werden.

4. Dokumentation des Erkenntnisprozesses

Wendet man diese Maßstäbe auf die Tätigkeit von Bausachverständigen an, ergibt sich, dass der sachverständige **Erkenntnisprozess im Detail zu dokumentieren** ist, um Richter und Par-

8 Musielak/Voit/Huber, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 404a Rn. 5, 6.

9 Heumann, Das Sachverständigengutachten im familienrechtlichen Verfahren, in: FuR 2001 16; Kuckenburger, Das Sachverständigengutachten im unterhaltsrechtlichen- und Zugewinnausgleichsverfahren, in: FuR 2001, 293.

10 BVerfGE, Beschluss vom 28.6.1983 – 2 BvR 539, 612/80 –; BVerfGE 64, 261 [278] = NJW 1984, 33.

11 Hillgruber, Art. 92 GG, in: Maunz/Düring, Grundgesetz, 60. EL 2010, Rn. 17. Um darauf eine Verfassungsbeschwerde stützen zu können, wird Art. 2 Abs. 1 GG (oder ein einschlägiges spezielles Freiheitsgrundrecht) als verfassungsrechtliche Anspruchsgrundlage herangezogen; vgl. a. a. O. Dies ergibt sich auch aus den beiden BVerfG-Entscheidungen aus den Jahren 1994 und 1997.

12 BVerfG, Beschluss vom 7.4.1997 – 1 BvR 587/95; Beschluss vom 11.10.1994 – 1 BvR 1398/93.

13 A. a. O. mit Verweis auf BVerfGE 91, 176 [181f.] = NJW 1995, 40.

14 BVerfG, Beschluss vom 11.10.1994 – 1 BvR 1398/93; BVerfGE 91, 176 (184) = NJW 1995, 40; vgl. auch das Urteil des BGH vom 15.4.1994 – V ZR 286/92; NJW 1994, 2899.

15 Vgl. a. a. O.

16 So das BVerfG im Beschluss vom 11.10.1994, a. a. O.

teilen in die Lage zu versetzen, diesen nachzuvollziehen und eine unkritische Übernahme der **Ergebnisse** des Sachverständigen zu verhindern. Nur so wird es möglich sein, darüber zu entscheiden, ob und inwieweit das Ergebnis des Wertungsvorgangs des Sachverständigen in die richterliche Entscheidung einfließen soll.

Eine solche Dokumentation vom Sachverständigen einzufordern, ist Aufgabe des Richters, und zwar im Rahmen der ihm obliegenden Leitung (§ 404a ZPO). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Erkenntnisprozess des Sachverständigen noch immer in einer Art »Parallelwelt« stattfindet, in der dieser zumindest für den abwesenden Richter intransparent bleibt.¹⁷ Bei der Frage nach den Wirkungsmechanismen im »System Sachverständigengutachten« wird nämlich ausgeblendet, dass der Richter nach Erlass des Beweisbeschlusses die Gerichtsakte in die Obhut des Sachverständigen gibt und diesem – ungeachtet der weiterhin bestehenden Einflussmöglichkeit des Richters – die Beweiserhebung überlässt und eine »Leitung« des Sachverständigen im Sinne des § 404a ZPO insoweit faktisch nicht stattfindet.

Mangels Teilnahme an Ortsterminen wird von Seiten der Richter verkannt, dass eine Sachverhalts-»Aufklärung« durch den Sachverständigen nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig stattfindet, und dass der mündliche Vortrag der Parteien im Ortstermin nicht selten das Verständnis des Sachverständigen von dem der Begutachtung zugrunde zu legenden Sachverhalt, welcher sich aus der Lektüre der Gerichtsakte ergibt, ergänzt, wenn nicht sogar ersetzt. Art und Umfang der täglich stattfindenden »Befragungen« der Sachverständigen machen verständlich, warum der bei Ortsterminen abwesende Richter – nicht selten als einziger – von dem in der Gerichtsakte dokumentierten Sachverhalt ausgeht, der sich aber durch »Anhörung« der Parteien¹⁸ oder eigene Ermittlungen des Sachverständigen für den Sachverständigen und dessen Begutachtung längst geändert hat.

5. Erforderlichkeit der Leitung des Sachverständigen

Der Aufwand des Sachverständigen, sämtliche Teilschritte seines Erkenntnisprozesses auf dem Weg zur Erstellung des Gutachtens detailliert bzw. nachvollziehbar darzulegen, ist enorm. Je umfangreicher und komplexer der vom Sachverständigen für die Erstellung des Gutachtens »aufzuklärende« Sachverhalt, desto größer die Wahrscheinlichkeit, dass die Dokumentation lückenhaft und damit nicht mehr nachvollziehbar ist; desto größer aber auch die Gefahr, dass der Richter eine ihm als solche unbekannt bleibende (Vor-)Entscheidung seines »Gehilfen«¹⁹ unkritisch übernimmt und der tatsächliche Einfluss des Sachverständigen letztlich im Dunkeln bleibt.

17 Zu der »Parallelwelt« der Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten vgl. Koenen, Sachverständigenbeweis im Bauprozess. Beweisführung und Prozesstaktik, Werner Verlag 2012, Rn. 2 ff.; 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 sowie den demnächst erscheinenden Festschriftbeitrag des Verfassers zum Thema »Sachverständige: »(un-)heimliche Entscheider: in Bausachen?!«.

18 Ob eine Vernehmung von Zeugen durch einen Sachverständigen zulässig ist, ist streitig, vgl. Scheuch, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.12.2020, § 404a, Rn. 9.1 mit Verweis auf Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Auflage 2015, § 404a, Rn. 12, 13 (bejahend).

19 BVerfG, Beschluss vom 5.5.1987 – 1 BvR 1113/85 –, NJW 1987, 2500 (»Gehilfe«).

Dies ist nach den auf eine mehr als 20-jährige bauanwaltliche Erfahrung gestützten Erkenntnissen des Verfassers vor allem auf eine unzureichende Leitung des Sachverständigen sowie auf die damit verbundene Tatsache zurückzuführen, dass die Begutachtung durch den Sachverständigen im Wesentlichen in einer »Parallelwelt«, d.h. in Abwesenheit des Richters stattfindet.²⁰ Folgende in diesem Zusammenhang immer wieder zutage tretende Wirkungsmechanismen sollen hier herausgegriffen werden:

a) Obwohl die Anknüpfungstatsachen vor Beginn der Tätigkeit des Sachverständigen **feststehen** und der Begutachtung zugrunde gelegt werden müssen, werden Sachverständige vom Richter regelmäßig vorher beauftragt, was in vielen Fällen von den Parteien allerdings rügelos hingenommen wird (§ 295 ZPO). Die Feststellung von (Anknüpfungs-)Tatsachen ist aber alleinige Aufgabe des Richters, der dem Sachverständigen die zur technischen Beurteilung erforderlichen (Anknüpfungs-)Tatsachen **vorzugeben** hat, da dieser nur so »seine« Befundtatsachen feststellen kann.

b) Gibt der Richter die maßgeblichen Anknüpfungstatsachen hingegen nicht vor, wäre der Sachverständige gehalten, die für die Gutachtenerstellung erforderlichen Informationen beim Richter zu erfragen. Hintergrund ist, dass ein Richter einem Sachverständigen gestatten könnte, eigene Ermittlungen anzustellen.²¹ Bei entsprechender Ermächtigung durch den Richter dürfte sich der Sachverständige nach § 404a Abs. 4 ZPO einige Informationen selbst beschaffen.²² Wenngleich eine solche Ermächtigung in der Regel fehlt, würde diese im Hinblick auf die Frage der Erkennbarkeit des tatsächlichen Einflusses des Sachverständigen wenig ändern, zumal die in § 404a ZPO gesetzten Grenzen vielfach überschritten werden, was mit der in § 404a Abs. 4 ZPO verwendeten missverständlichen Formulierung zusammen hängt, wonach das Gericht »bestimmen« darf, in welchem Umfang der Sachverständige zur »Aufklärung der Beweisfrage« befugt sei (aufgrund des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gemäß § 355 ZPO besteht insoweit nämlich **kein Ermessen** des Richters).²³

c) Unabhängig davon hat der Sachverständige – für Gericht und Parteien überprüfbar – offenzulegen, **welche** der so ermittelten »Anknüpfungstatsachen« (sog. »Befundtatsachen«) und wie diese dem Gutachten zugrunde gelegt worden sind.²⁴ Fehlt es daran, ist das Gutachten unverwertbar, wie der BGH mehrfach festgestellt hat.²⁵ Der Sachverständige hat sich nämlich auf die **Bewertung** der ihm vorgegebenen Tatsachen zu beschränken. Dessen ungeachtet werden in einem Ortstermin von einer Partei mündlich geäußerte Behauptungen der Begutachtung zugrunde gelegt, und zwar bisweilen ohne dies in dem – häufig deutlich später verfassten – Gutachten entsprechend zu kennzeichnen. Auch diese Realität erreicht den sich in der Ferne (des Gerichts) befindlichen Richter nicht.

20 Vgl. hierzu den Festschriftbeitrag des Verfassers »Sachverständige: »(un-)heimliche Entscheider: in Bausachen?!«, der demnächst (2021) veröffentlicht werden wird.

21 Eigene Beweise darf der Sachverständige nicht erheben; vgl. hierzu BGH, Urteil vom 13.7.1962 – IV ZR 21/62 –, BGHZ 37, 389 [394], Urteil des BGH vom 10.7.1997 – III ZR 69/96 –, NJW 1997, 3096 [3097]; Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Auflage 2020, § 404a, Rn. 5.

22 Vgl. hierzu Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rn. 372 f.

23 Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Auflage 2020, § 404a, Rn. 5.

24 BVerfG, Beschluss vom 7.4.1997 – 1 BvR 587/95 –, NJW 1997, 1909 [1910] (Vergleichsmieten im Mieterhöhungsprozess).

25 Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 12.11.1991 – KZR 18/90 (GRUR1992, 191).

Erkundigt sich ein Bausachverständiger im Rahmen eines Orts-termins beispielsweise nach der Materialbeschaffenheit eines nicht sichtbaren Baustoffs (z. B. einer Kelleraußenwand) und erklären Rohbauunternehmer und Architekt daraufhin übereinstimmend, dass dieser aus Kalksandstein bestehe, kommt es durchaus vor, dass Sachverständige diese Tatsache ihrer Begutachtung zugrunde legen, wenn der ggf. im Ortstermin anwaltlich nicht vertretene Bauherr hierzu schweigt und diese Tatsache aus Sicht des Sachverständigen unstrittig zu sein scheint.

Der Sachverständige notiert sich dann »KS« und baut sein Gutachten hierauf auf, ohne dabei zu hinterfragen oder zu thematisieren, worauf diese »Erkenntnis« beruht. Dass es sich insoweit um einseitige Tatsachenbehauptungen handelt, denen nur nicht widersprochen worden ist, wird im Gutachten häufig mit keinem Wort erwähnt – sei es, weil sich der Sachverständige nicht notiert hat, dass es sich insoweit nur um eine ungeprüfte (Partei-)Behauptung handelt, sei es, weil der Sachverständige irrigerweise von »unstrittigem Parteivortrag« ausging.

d) Es sind aber nicht nur die dem Gutachten zugrunde liegenden Informationen, die regelmäßig unerwähnt bleiben, sondern auch deren Herkunft. Die Kenntnis über die Art der Informationsbeschaffung ist für Gericht und Parteien von erheblicher Bedeutung und aus den erwähnten Gründen verfassungsrechtlich geboten. Dies gilt insbesondere für Datenblätter und Herstellerangaben, die vielfach nicht die Aussagekraft haben, die ihnen beigemessen wird – vor allem deshalb, weil nicht bewiesen ist, ob sich diese Angaben auf das tatsächlich bei dem streitgegenständlichen Bauvorhaben eingebaute Produkt beziehen. Wenn ein Bauunternehmer beispielsweise mitteilt, welches Material »üblicherweise« verwendet wird oder im konkreten Fall abgerechnet worden – und im Lieferschein angegeben – sei, lassen sich daraus keinerlei Rückschlüsse ziehen.

In diesem Zusammenhang werden die erkenntnisleitenden Interessen von Herstellerfirmen und Lieferanten unterschätzt, die mit den ausführenden Firmen intensive Geschäftsbeziehungen pflegen und sich in zeitlicher Hinsicht ergebende Spielräume nutzen, zumal den Herstellerfirmen und Lieferanten durchaus bewusst ist, dass es auf den Herstellungszeitpunkt des

Produkts und den Zeitpunkt ankommt, der der Bewertung zugrunde zu legen ist.

Insofern ist es ein Unterschied, ob ein Datenblatt in Absprache mit bzw. in Kenntnis des Gerichts und der Parteien beim Hersteller aufgrund einer transparenten Kommunikation – die Korrespondenz des Sachverständigen mit Dritten bleibt in aller Regel im Dunkeln – angefordert wird oder ob sich der Bausachverständige telefonisch bei dem Baustofflieferanten nach der Materialbeschaffenheit eines angeblich gelieferten Baustoffs erkundigt und den vollständigen Inhalt dieses Telefonats nicht offenlegt.

e) »Fehlen« aus Sicht eines Sachverständigen Unterlagen, kommt es durchaus vor, dass er diese anfordert, um den Sachverhalt – dann aber deutlich über den engen Rahmen des § 404a Abs. 4 ZPO hinaus – im Wege der »Amtsermittlung« selbst zu (re-)konstruieren. Diese vom Sachverständigen eigeninitiativ veranlassten Ermittlungen – jenseits der Wahrnehmungssphäre des Richters – wirken sich dann unweigerlich auf das Ergebnis der Begutachtung und, vor allem wenn diese nicht dokumentiert werden, auf den richterlichen Entscheidungsprozess aus.

Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Auforderung zur Amtsermittlung vom Gericht selbst stammt, wenn dieses »seinem« Sachverständigen unter Hinweis auf § 404a Abs. 4 ZPO gestattet, die für eine Begutachtung relevanten Unterlagen bei Parteien und Dritten anzufordern. Insofern beruhen amtsermittelnde Ambitionen von Sachverständigen letztlich auf richterlichen Defiziten im Hinblick auf die Vorgabe von Anknüpfungstatsachen.

f) Insofern stellt sich allerdings die Frage, warum die Leitungsfunktion seitens der Sachverständigen nicht allzu hartnäckig eingefordert wird. Ein mögliches Motiv dürfte sein, dass Nachfragen eines Sachverständigen während der Begutachtung vom Gericht selten konstruktiv beantwortet werden, zumal diese die Rückforderung der Gerichtsakte zur Folge hätte, von der aber jeweils nur ein einziges Exemplar vorhanden ist und dies die Bearbeitung verzögern und erschweren würde.

6. Ergebnis

Die Frage nach den Ursachen der Überschreitung verfassungsrechtlich determinierter Grenzen gerichtlicher »Helfer« ist komplex und darf nicht auf ein »Fehlverhalten« von Sachverständigen eingengt werden. Dessen ungeachtet werden Abweichungen zwischen Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit im Hinblick auf die Tätigkeit und den Einfluss des Sachverständigen nach wie vor vorrangig im Zusammenhang mit Befangenheitsanträgen – und dem damit etwaig verbundenen Verlust des Vergütungsanspruchs – thematisiert. Stattdessen sollten die tatsächlichen Wirkungsmechanismen im »System Sachverständigengutachten« mehr in den Blick genommen werden, um letztlich dafür Sorge zu tragen, dass Richter Sachverständige zukünftig in einer den Anforderungen des § 404a ZPO (i.V.m. Art. 20 Abs. 3 und 92 GG) entsprechenden Art und Weise leiten.

Ob sich nach Einführung der digitalen Akte bei Gericht und der damit einhergehenden Möglichkeit eines jederzeitigen Zugriffs auf die Gerichtsakte etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Digitale Instrumente allein bringen jedoch wenig, wenn mit ihnen nicht zugleich eine Änderung des richterlichen »Mindsets« verbunden ist, wozu auch intensivere Beschäftigung mit dem Entstehungsprozess eines Gutachtens gehört.

Der Autor

Rechtsanwalt Dr. Andreas Koenen

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, ist Gründer der Kanzlei KOENEN BAUANWÄLTE, einer auf privates Bau- und Architektenrecht, öffentliches Baurecht sowie Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei mit Standorten in Essen, Hannover, Münster und Bielefeld.

Dr. Koenen ist Autor zahlreicher Fachbeiträge und u.a. Mitglied des Beirats der Fachzeitschrift »Der Bausachverständige«. Seit 2005 bildet er als Dozent Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht an der renommierten Deutschen AnwaltAkademie aus und ist als Lehrbeauftragter an verschiedenen Universitäten tätig.

Dr. Koenen ist Geschäftsführer des NETZWERK BAUANWÄLTE, einem bundesweiten Verband auf Baurecht spezialisierter Anwaltskanzleien.

Dr. Andreas Koenen, II. Hagen 7, 45127 Essen
Tel. 0201/4 39 53-0, Fax 0201/4 39 53-10
www.bauanwaelte.de

