

---

## Vorwort

Das Buch ist das Nachfolgewerk des 1982 im Bauverlag erschienenen Buches von Kroppen/Heyers/Schmitz „Beweissicherung im Bauwesen“. Dr. Heinz Kroppen war Rechtsanwalt in Düsseldorf, zugelassen am Oberlandesgericht Düsseldorf. Dr. Karl Heyers war Vorsitzender Richter am OLG in Düsseldorf und hatte den Vorsitz im 21. Zivilsenat mit der Spezialmaterie Werkvertragsrecht inne. Dr. Kroppen und Dr. Heyers sind inzwischen verstorben. Peter Schmitz ist Rechtsanwalt in Siegen.

Nach dem Tod von Dr. Kroppen im Dezember 2003 entstand im Frühjahr 2004 die Idee zur Fortsetzung dieses bewährten Werkes. Der Vieweg Verlag, der einen wesentlichen Teil des Bauverlages übernommen hat, beauftragte den Vorsitzenden Richter am OLG, Karl-Heinz Keldungs, heute Vorsitzender des 21. Zivilsenats am Oberlandesgericht Düsseldorf und damit einer der Nachfolger von Dr. Heyers und Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Tilly, lange Jahre Partner der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Kroppen und Partner mit der Fortsetzung des Werkes. Rechtsanwalt Schmitz erteilte seine Zustimmung.

*Wegen der geänderten Gesetzeslage und der Fülle inzwischen zu diesem*

---

Thema ergangener Rechtsprechung und Literatur musste dieses Werk in zentralen Teilen neu geschrieben werden. Soweit dies möglich war, wurde jedoch versucht, im Geiste der ursprünglichen Verfasser das Werk fortzusetzen.

## 4. Der Sachverständigenbeweis

### a) Stellung des Sachverständigen

Der Sachverständigenbeweis ist das zentrale Beweismittel im selbstständigen Beweisverfahren. In Bausachen wird der Beweis zu mehr als 90 % durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens erhoben. Dabei unterscheidet sich die Stellung des Sachverständigen im selbstständigen Beweisverfahren von seiner Stellung im Hauptsacheverfahren.

Im Hauptsacheverfahren ist der Sachverständige der technische Berater des Gerichts. Er ersetzt den fehlenden technischen Sachverstand des Richters. Der Richter bedient sich zur Beurteilung technischer Zusammenhänge eines Experten, der für diese Aufgabe spezialisiert ist. Verfügt der Richter selbst über die notwendige Sachkunde, bedarf es der Hinzuziehung eines Sachverständigen nicht, auch wenn die Parteien dies beantragen.

Im selbstständigen Beweisverfahren ist der Sachverständige nicht der technische Berater, der Wissenslücken des Richters schließt, sondern er erfüllt einen Auftrag, den eine Partei über das Gericht an ihn heranträgt. Diese unterschiedliche Aufgabenverteilung hat auch Konsequenzen für die Sachverständigentätigkeit im selbstständigen Beweisverfahren.

### b) Die Auswahl des Sachverständigen

Im Gegensatz zum früheren Beweissicherungsverfahren wählt das Gericht im selbstständigen Beweisverfahren den Sachverständigen nach pflichtgemäßem Ermessen aus (§§ 404 Abs. 1 Satz 1, 492 Abs. 1 ZPO). Die in der Praxis auch weiterhin festzustellende Übung, den Sachverständigen in der Antragschrift zu benennen, stellt nur eine Anregung dar<sup>150</sup>. Das Ermessen des Gerichts findet seine Grenze jedoch innerhalb der Fachrichtung des auszuwählenden Sachverständigen, d. h. es stellt einen Verfahrensfehler dar, wenn der ausgewählte Sachverständige einem Fachgebiet angehört, das zur Beantwortung der Beweisfrage nicht geeignet ist. Das Gericht ist jedoch bei der Beurteilung handwerklicher Leistungen nicht gezwungen, einen Sachverständigen aus diesem Handwerk zu beauftragen. Vielmehr kann es auch einen Architekten beauftragen, wenn er für Schäden an Gebäuden öffentlich bestellt und vereidigt ist, da die Architekten über die entsprechende Sach-

---

<sup>150</sup> Werner/Pastor Rdnr. 59

kunde für alle typischerweise bei der Erstellung eines Hochbaues anfallenden Handwerksleistungen verfügen müssen, um im Rahmen der Bauaufsicht handwerkliche Leistungen beaufsichtigen zu können.

Im Einzelfall kann es sich sogar verbieten, einen Handwerker als Sachverständigen zu beauftragen. Lässt sich beispielsweise nicht feststellen, ob ein Mangel an einem Parkett durch den Parkettleger verursacht worden ist oder ob Fehler des Estrichlegers den Mangel am Parkett verursacht haben, liegt es - schon im Interesse der Zügigkeit, mit der ein selbstständiges Beweisverfahren abzuwickeln ist - auf der Hand, nicht jeweils einen Estrichleger und einen Parkettleger als Sachverständigen zu beauftragen, sondern eine Person, die beide Handwerksleistungen beurteilen kann. Das ist ein Architekt, der für Schäden an Gebäuden öffentlich bestellt und vereidigt worden ist.

Öffentlich bestellte Sachverständige sollen bevorzugt herangezogen werden, da sie in aller Regel neben ihren besonderen Kenntnissen auch über forensische Erfahrung verfügen und zur Gutachtenerstattung verpflichtet sind (§ 407 ZPO).

Besondere Umstände, einen nicht öffentlich bestellten Sachverständigen auszuwählen, können vor allem dann vorliegen, wenn nur auf diese Weise ein Sachverständiger für den konkreten Fall mit der notwendigen Erfahrung und Befähigung zur Beantwortung der Beweisthemen gefunden werden kann.

Das Ermessen des Gerichts bei der Auswahl des Sachverständigen findet seine Grenze, wenn sich die Parteien auf eine bestimmte Person als Sachverständigen geeinigt haben. In diesem Fall hat das Gericht gemäß § 404 Abs. 4 ZPO dieser Einigung Folge zu leisten. Im selbstständigen Beweisverfahren ist dies jedoch sehr selten der Fall.

Das Gericht sollte bei der Auswahl vorzugsweise Sachverständige auswählen, deren Fähigkeiten ihm aufgrund geleisteter bisheriger Gutachtenerstattungen bekannt sind. Dabei sollte der Sachverständige in der Vergangenheit nicht nur bewiesen haben, dass er über das nötige Fachwissen verfügt, sondern er sollte auch gezeigt haben, dass er bei einer Befragung durch die Parteien in der Lage ist, das von ihm gefundene Ergebnis zu verteidigen. Ein Sachverständiger, der bei seiner mündlichen Anhörung argumentativ nicht in der Lage ist, seine getroffenen Feststellungen zu verteidigen, verunsichert die Parteien (und später auch das Gericht, das seine Entscheidung im Hauptsacheprozess unter Zugrundelegung der sachverständigen Feststellungen aus dem selbstständigen Beweisverfahren treffen soll) und entwertet damit seine schriftlichen Feststellungen. Mit einem solchen Gutachten im selbstständigen Beweisverfahren hat der Antragsteller nichts erreicht.

Im Hinblick auf die Schnelligkeit, mit der ein selbstständiges Beweisverfahren abgewickelt werden soll, sollte der auszuwählende Sachverständige in der Vergangenheit bewiesen haben, dass er in der Lage ist, sein Gutachten innerhalb eines überschaubaren Zeitraums zu erstatten. Überlastete oder nicht mehr hinreichend leistungsfähige Sachverständige sind im selbstständigen Beweisverfahren keine Hilfe.

Ein im selbstständigen Beweisverfahren vorgesehener oder beauftragter Sachverständiger, der mit den Vorbereitungen zur Gutachtenerstellung nicht sofort beginnen kann, muss den Auftrag ablehnen oder zurückgeben, weil der Zügigkeitscharakter des selbstständigen Beweisverfahrens ansonsten ad absurdum geführt wird.

Vor allem junge, unerfahrene Richter lassen sich einen Sachverständigen vielfach durch die zuständige Industrie- und Handelskammer, Architekten-/Ingenieurkammer oder Handwerkskammer benennen. Dabei unterliegen sie in der Regel dem Irrtum, dass diese Institutionen besonders qualifizierte Sachverständige für die zu beantwortende Beweisfrage auswählen. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr sind diese Institutionen gehalten, unabhängig von ihren Fähigkeiten allen vereidigten Sachverständigen die Gelegenheit zu geben, bei Gericht tätig zu werden. Von den Kammern werden deshalb alle Sachverständigen gleich behandelt.

Der zur Übernahme gemäß § 407 ZPO verpflichtete Sachverständige kann die Erstattung des Gutachtens im Einzelfall aus denselben Gründen ablehnen, aus denen ein Zeuge ein Recht zur Zeugnisverweigerung herleiten kann, besonders wegen familienrechtlicher Beziehungen zu einer Partei oder wegen einer beruflichen Vertrauensstellung (§§ 408 Abs. 1 Satz 1, 383 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann den Sachverständigen nach § 408 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch aus anderen Gründen von seiner Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbinden.

Ein Recht, durch Selbstablehnung, wie es § 48 ZPO für den Richter vorsieht, die Aufgabe nicht übernehmen zu müssen, gibt es für den Sachverständigen nicht. Wenn er aber Tatsachen kennt, die möglicherweise eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit bei einer Partei begründen könnten, so

### c) persönliche Gutachtenerstattung

Der vom Gericht beauftragte Sachverständige hat das Gutachten selbst zu erstatten. Er darf den Gutachtauftrag nicht innerhalb seines Büros oder an andere weitergeben (§ 407 a Abs. 2 Satz 1 ZPO). Andernfalls würde das, was das Gericht bewogen hat, ihn als geeigneten Sachverständigen für die Beantwortung der Beweisfrage auszuwählen, ad absurdum geführt. Allerdings ist der Sachverständige berechtigt, für unterstützende Dienste Gehilfen einzusetzen. Dies ist jedoch nur zulässig, wenn sie nach Weisung und unter Aufsicht des Sachverständigen eingesetzt werden. Der Ansicht des OLG Koblenz<sup>153</sup>, es genüge, wenn der Sachverständige in derartigen Fällen das Gutachten mit „einverstanden aufgrund eigener Sachkunde und Urteilsfindung“ unterschreibe, kann nicht zugestimmt werden, da einer solchen Erklärung eine Beaufsichtigung nicht entnommen werden kann. Den notwendigen Augenschein des zu beurteilenden Objektes muss der Sachverständige unbedingt selbst vornehmen. Er darf ihn nicht auf einen seiner Mitarbeiter übertragen<sup>154</sup>.

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Sachverständige nicht in der Lage ist, die Beweisfrage allein zu beantworten. Bei Bausachverständigen kann unter Umständen zur Beantwortung der Beweisfrage die Hinzuziehung eines Statikers erforderlich sein. Eine derart erforderliche Einbeziehung weiterer Sachverständiger ist jedoch nur zulässig, wenn dies mit dem Gericht abgestimmt worden ist (§ 407 a Abs. 1 Satz 1 ZPO), denn die Parteien und das Gericht im Hauptsacheprozess, das seiner Entscheidung die Feststellungen des selbstständigen Beweisverfahrens zugrunde legt, müssen erkennen können, in welchem Umfang sachverständige Feststellungen eigenem Wissen des Sachverständigen entspringen und in welchem Umfang er auf das Fachwissen eines anderen zurückgreifen musste<sup>155</sup>.

### d) Der Inhalt des Beweisbeschlusses

Im Gegensatz zum streitigen Verfahren ist der Beweisbeschluss im selbstständigen Beweisverfahren nicht das Ergebnis einer Prüfung des streiterheblichen Sachverhalts durch das Gericht, sondern das Ergebnis eines Antrages der antragstellenden Partei. Die Partei bittet das Gericht, von ihr an das Gericht herangetragene Streitfragen von einem Sachverständigen beantworten zu lassen. Deshalb werden die entsprechenden Streitpunkte vielfach in Frageform gefasst. Der Sachverständige arbeitet dann den Fragenkatalog ab.

---

<sup>153</sup> IBR 2002, 586

<sup>154</sup> Kleine-Möller/Merl/Oelmaier § 17 Rdnr. 252

<sup>155</sup> Keldungs/Arbeiter III 3

Gelingt es der Partei oder ihrem Rechtsanwalt nicht, die Fragen so präzise zu formulieren, dass sie der Sachverständige technisch nachvollziehen kann, besteht die Gefahr, dass er den Beweisbeschluss und damit die ihm gestellte Aufgabe nicht versteht. Für diesen Fall sieht § 407 a Abs. 3 Satz 1 ZPO eine Regelung vor, die im selbstständigen Verfahren nicht weiterhilft.

Gemäß § 407 a Abs. 3 Satz 1 ZPO hat der Sachverständige, wenn er Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages hat, unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen. Das Gericht kann ihm dann die Beweisfrage erläutern, weil es den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt und die aufklärungsbedürftigen Fragen kennt. Im selbstständigen Beweisverfahren ist das nicht so. Das Gericht weiß nur in groben Zügen, wie es zur Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens gekommen ist. Es weiß nur, dass der Antragsteller die an das Gericht gestellten Beweisfragen geklärt haben möchte. Den zugrunde liegenden Sachverhalt kennt das Gericht nicht. Es weiß in der Regel auch nicht, welchen Anspruch der Antragsteller mit dem Beweisergebnis verfolgt. Eine Zusammenarbeit zwischen Sachverständigem und Gericht wie im Hauptsacheprozess gibt es nicht. Der Informationsaustausch beschränkt sich auf das Verhältnis Sachverständiger/Parteien.

Hierin liegt die Schwäche des selbstständigen Beweisverfahrens und die Ursache dafür, warum trotz vorgeschalteten selbstständigen Beweisverfahrens im Hauptsacheprozess vielfach noch umfangreich Sachaufklärung betrieben werden muss. Ging es im früheren Beweissicherungsverfahren ausschließlich darum, Beweise zu sichern, so steckte sich der Gesetzgeber mit dem selbstständigen Beweisverfahren weitere Ziele (Prozessvermeidung, Prozessbeschleunigung), die sich – jedenfalls was die Prozessbeschleunigung anbelangt – nur schwer verwirklichen lassen.

Geht der Rechtsstreit am erkennenden Richter vorbei, wissen weder die Parteien noch der Sachverständige, ob der Sachverhalt so aufgeklärt worden ist, wie ihn das erkennende Gericht im Hauptsacheprozess aufgeklärt haben will. Greift der Richter (durch die eigene Formulierung des Beweisbeschlusses, durch die Leitung des Sachverständigen oder eine Anhörung des Sachverständigen bei noch aufklärungsbedürftigen Fragen) nicht in die Sachaufklärung ein, besteht die Gefahr, dass nach Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens noch ein aufklärungsbedürftiger Sachverhalt verbleibt, der sachverständiger Aufklärung bedarf.

Überdies hat die Partei, zu deren Nachteil das selbstständige Beweisverfahren ausgegangen ist, oder ein Dritter, dem im selbstständigen Beweisverfahren der Streit verkündet wurde, die Möglichkeit, verbliebene Lücken sachverständiger Aufklärung zu nutzen und sich für den Hauptsacheprozess neu zu munitionieren. Dies hat nicht selten zur Folge, dass trotz Vorlage

eines Beweisergebnisses aus einem selbstständigen Beweisverfahren im Hauptsacheprozess noch einmal umfänglich Aufklärung betrieben werden muss. Das Ergebnis des Gutachtens im selbstständigen Beweisverfahren ist dann zwar meist für den Richter eine Hilfe bei der Beweiswürdigung. Mit Prozessbeschleunigung hat dies jedoch nichts zu tun.

Obwohl das selbstständige Beweisverfahren von einer Partei betrieben wird und die Rechte des Antragsgegners beschränkt sind, ist eine Abstimmung zwischen den Parteien unbedingt in den Fällen herbeizuführen, in denen es um sog. Systemmängel geht. Geht es beispielsweise um die Frage, ob Balkonfliesen auf allen Balkonen einer Wohnungseigentumsanlage falsch verlegt worden sind, wäre es ein zeit- und kostenmäßig unvertretbarer Aufwand, alle Balkone zu untersuchen. Vielmehr kann angenommen werden, dass bei der Verwendung ungeeigneten Materials der Mangel bei allen Balkonen vorzufinden sein wird. Es genügt dann, nur einige wenige Balkone zu untersuchen, um Rückschlüsse auf die ganze Wohnungseigentumsanlage ziehen zu können. Klärt der Sachverständige diese stichprobenartige Untersuchung mit den Parteien aber nicht ab, so besteht die Gefahr, dass der betroffene Handwerker im Hauptsacheprozess vorträgt, dieser Mangel liege nur bei den untersuchten Balkonen vor, bei den anderen aber nicht (etwa weil er dort ein anderes Material verwendet habe).

Hat der Sachverständige eine solche Einigung zwischen den Parteien herbeigeführt, ist es unbedingt erforderlich, dass er dies in seinem Gutachten erwähnt, um diese Frage im Hauptsacheprozess nicht zu einem Streitpunkt werden zu lassen.

Leider wird in selbstständigen Beweisverfahren mitunter beobachtet, dass Sachverständige auch bei Verlegefehlern – wohl aus Zeitgründen – bei größeren Wohnanlagen nur stichprobenartige Untersuchungen vornehmen (und dies auch nicht mit den Parteien abstimmen). Es kann aber nicht gleichermaßen mit Verlegefehlern umgegangen werden wie mit Materialfehlern, da nicht angenommen werden kann, dass ein Handwerker einen Verlegefehler 50- oder 60-mal begeht. Solche Gutachten sind im Hauptsacheprozess nichts wert.

#### **e) Der Kostenvorschuss**

Auch im selbstständigen Beweisverfahren ist das Gericht berechtigt, die Beauftragung des Sachverständigen von der Zahlung eines Vorschusses zur Deckung der Auslagen abhängig zu machen (§§ 379, 402, 492 ZPO). Dieser Vorschuss kann auch schon – um Zeit zu gewinnen – bei Antragseinrei-

chung eingezahlt werden und sollte, worauf Sturmberg<sup>156</sup> zu Recht hinweist, großzügig bemessen werden, da die Nachforderung weiteren Vorschusses Zeit kostet.

Das Gericht kann für die Einzahlung des Auslagenvorschusses eine Frist setzen. Versäumt der Antragsteller die Frist, ist das Gericht nicht berechtigt, das selbstständige Beweisverfahren für beendet zu erklären. Vielmehr muss es dem Antragsteller vorher eine Nachfrist setzen und ihn auf die Konsequenzen der Nichtzahlung des Auslagenvorschusses hinweisen<sup>157</sup>.

Die Anforderung eines Kostenvorschusses ist auch im selbstständigen Beweisverfahren nicht mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar<sup>158</sup>

Umstritten ist, welche Konsequenzen es für den Sachverständigen hat, wenn er eine den eingezahlten Vorschuss deutlich übersteigende Abrechnung einreicht, ohne zuvor das Gericht auf diese höheren Kosten hingewiesen zu haben.

Bayerlein vertritt die Auffassung<sup>159</sup>, dass eine Kürzung oder sogar der Wegfall der Vergütung des Sachverständigen gerechtfertigt ist, wenn die abgerechnete Vergütung den eingezahlten Vorschuss um mehr als 20–25 % übersteigt<sup>160</sup>. Die herrschende Meinung hält dagegen eine Kürzung der Vergütung dann für gerechtfertigt, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung der Mitteilungspflicht zu einer Entziehung oder Reduzierung des Gutachtenauftrages geführt hätte oder eine solche Möglichkeit im Nachhinein nicht ausgeschlossen werden könnte<sup>161</sup>. (Siehe hierzu Muster D IV und V.)

#### **f) Anforderung von Unterlagen, die nicht Gegenstand der Gerichtsakte sind**

Zur Erstellung des Gutachtens wird dem Sachverständigen die Gerichtsakte einschließlich etwaiger Bei-Akten übersandt. Vielfach handelt es sich dabei um Pläne oder Schriftverkehr zwischen den Parteien. Bei der Lektüre der Gerichtsakte wird der Sachverständige in die Lage versetzt festzustellen, ob

---

<sup>156</sup> Rdnr. 155

<sup>157</sup> OLG Rostock, BauR 2004, 708; im Ergebnis auch OLG Koblenz, BauRB 2004, 135 = IBR 2004, 231 und OLG Frankfurt IBR 2005, 66

<sup>158</sup> OLG Frankfurt, MDR 2004, 1255

<sup>159</sup> § 41 Rdnr. 87 - 88

<sup>160</sup> so auch Zöller/Greger § 413 Rdnr. 6; OLG Celle NJW-RR 1997, 1295; OLG Nürnberg MDR 2003, 479 = NJW-RR 2003, 791

<sup>161</sup> OLG Koblenz, Zfs 2001, 134; OLG Hamburg, JurBüro 1981, 410; Bay OLG, NJW-RR 1998, 1294, 1295; OLG Düsseldorf, JurBüro 1970, 887; 1998, 1400, 1401; OLGR 1994, 252; BauRB 2003, 83

er das Gutachten mit dem ihm übersandten Material erstellen kann oder nicht. Ist dies nicht der Fall, weil etwa Pläne nicht zur Gerichtsakte gelangt sind oder in der Antragschrift angekündigte Unterlagen der Antragschrift nicht beigelegt waren, so kann der Sachverständige die entsprechende Partei auffordern, die von ihm benötigten Unterlagen zur Akte zu reichen. Falls ein Rechtsanwalt in dem Verfahren ist, sollte er dies nur über den Anwalt tun, da der Rechtsanwalt entscheidet, welche Pläne oder anderen Unterlagen zur Akte gereicht werden.

Durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.7.2001<sup>162</sup> ist die Möglichkeit, Urkunden in die Hand zu bekommen, die sich im Besitz eines Dritten befinden, verbessert worden.

Gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht anordnen, dass ein Dritter die in seinem Besitz befindlichen Urkunden oder sonstigen Unterlagen, auf die sich der Antragsteller bezogen hat, zur Akte reicht. Dritte sind nur dann nicht zur Vorlage verpflichtet, wenn ihnen dies nicht zumutbar ist oder sie ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzen (§ 142 Abs. 2 ZPO).

Stellt der Sachverständige fest, dass sich eine von ihm benötigte Unterlage im Besitz eines Dritten (Architekt, Statiker) befindet, sollte er zunächst versuchen, die Unterlagen von dem Dritten zu bekommen. Erst dann, wenn sich der Dritte weigert oder nicht reagiert, sollte er das Gericht einschalten. Das Gericht hat dann die Möglichkeit, den Dritten aufzufordern, diese Unterlage zur Akte zu reichen und dem gegebenenfalls durch die Verhängung eines Ordnungsgeldes Nachdruck zu verleihen (§§ 142 Abs. 2 Satz 2, 390 ZPO).

### **g) Die Ortsbesichtigung**

Zur Ortsbesichtigung des Sachverständigen ist der Antragsgegner so rechtzeitig zu laden, dass er bei diesem Termin seine Rechte wahrnehmen kann (§ 491 Abs. 1 ZPO). Die Ladungsfrist sollte mindestens 14 Tage betragen. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das selbstständige Beweisverfahren der Grundsatz der Eilbedürftigkeit bestimmt, muss in Ferienzeiten damit gerechnet werden, dass eine 14-tägige Ladungsfrist nicht ausreicht, es ist deshalb gegebenenfalls mit längeren Fristen zu laden<sup>163</sup>.

Zu beachten ist unbedingt, dass der Prozessbevollmächtigte des Antragsgegners zu laden ist, wenn der Antragsgegner anwaltlich vertreten ist, da das Beweisergebnis gemäß § 493 Abs. 2 ZPO selbst dann nicht verwertet

---

<sup>162</sup> BGBl. I S.1887, geänd. S.3138

<sup>163</sup> Keldungs/Arbeiter III 9 b)

werden kann, wenn der Antragsgegner an dem Termin teilgenommen hat, sein Prozessbevollmächtigter jedoch nicht<sup>164</sup>.

Das Einladungsschreiben muss den Ort und den Zeitpunkt des Termins enthalten. Außerdem muss ihm ein Hinweis darauf zu entnehmen sein, dass Gelegenheit bestehen muss, die zu besichtigenden Bau- und/oder Gebäude- teile in Augenschein nehmen zu können. Auch sollte im Einladungsschreiben der Hinweis enthalten sein, dass der Ortstermin auch bei Nichterschei- nen einer Partei durchgeführt werden kann. (Siehe hierzu Muster D III.)

Befindet sich das zu begutachtende Objekt im Besitz des Antragsgegners, hat der Antragsgegner dem Antragsteller, seinem Prozessbevollmächtigten und einem vom Antragsteller als Hilfe herangezogenen technischen Berater den Zutritt zum Objekt und die Anwesenheit bei der Beweisaufnahme am Ort zu gestatten. Dies ist jedenfalls so lange der Fall, wie sie den Ablauf der Ortsbesichtigung nicht stören. Kommt es zu Streit mit dem Antragsgegner oder dem Sachverständigen, braucht der Antragsgegner den Zutritt nicht oder nicht mehr zu gewähren<sup>165</sup>.

Soweit Bayerlein<sup>166</sup> unter Berufung auf Rechtsprechung darauf hinweist, dass der technische Berater den Gerichtsgutachter nicht in ein Streitgespräch verwickeln darf, muss dem entgegengehalten werden, dass es gerade im Interesse der Prozessvermeidung und Prozessbeschleunigung angezeigt sein kann, dem technischen Berater Gelegenheit zu geben, Bedenken geltend zu machen oder Anregungen zu geben. Kann nämlich bei einem Ortstermin – wenn auch nach einer kurzen Diskussion – Einigung zwischen dem Ger- richtsgutachter und dem technischen Berater erzielt werden, kann dies be- deuten, dass Gutachtenergänzungen nicht mehr erforderlich sein werden. In Streit darf dies allerdings – insoweit hat Bayerlein Recht – nicht ausarten.

Der Nachweis der Ladungen an die Prozessbevollmächtigten bzw. die Par- teien ist zwingend notwendig (Einschreiben-Rückschein).

Hält der Sachverständige aufgrund des Aktenstudiums Bauteilöffnungen für erforderlich, sollte er veranlassen, dass diese von der Partei, die befugt ist, solche Bauteilöffnungen vorzunehmen, durchgeführt werden, da dann die Verantwortung für die mit der Bauteilöffnung verbundene Beschädi- gung bei der Partei selbst liegt. Dies setzt allerdings voraus, dass der Sach- verständige der Partei genaue Anweisungen erteilt, in welchem Umfang er Bauteilöffnungen benötigt<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> so auch Wita (MDR 2000, 1363)

<sup>165</sup> so auch Bayerlein § 21 Rdnr. 33

<sup>166</sup> § 21 Rdnr. 34

<sup>167</sup> Keldungs/Arbeiter III 9 f)

Problematisch ist die Lage, wenn sich das zu untersuchende – und zu öffnende – Bauteil im Eigentum eines Dritten befindet (Beispiel: Ein Bauträger führt ein selbstständiges Beweisverfahren gegen einen Bauunternehmer durch, das Gebäude befindet sich aber bereits im Eigentum des Erwerbers). In diesem Fall liegt eine Vereinbarung zwischen dem Bauträger und dem Erwerber über die Bauteilöffnung und deren Folgen nahe, da das Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens dem Erwerber bei Vorhandensein von Mängeln zugute kommen dürfte. Im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit sollte der Bauträger sich zur Übernahme der Kosten verpflichten, da nur er die Möglichkeit hat, diese Kosten bei einem Beweisergebnis zu seinen Gunsten gegenüber dem Bauunternehmer geltend zu machen.

Umstritten ist, ob das Gericht gemäß § 404 a ZPO verpflichtet ist, den Sachverständigen gegen dessen Willen anzuweisen, die zur Herstellung von Bauteilöffnungen erforderlichen Werkverträge abzuschließen, wenn die Parteien nicht bereit sind, auf ihre Kosten Bauteilöffnungen vornehmen zu lassen. Das OLG Düsseldorf<sup>168</sup> vertritt die Auffassung, dass die sich aus § 404 a ZPO ergebende Verpflichtung zur Leitung des Sachverständigen sich nicht auf Grund und Inhalt des Gutachtenauftrags beschränkt, sondern vielmehr auch die Art und Weise seines etwa bei der Untersuchung des Beweisgegenstandes gebotenen Vorgehens umfasst. Die Oberlandesgerichte Brandenburg<sup>169</sup>, Bamberg<sup>170</sup>, Rostock<sup>171</sup> und Frankfurt<sup>172</sup> halten es dagegen für bedenklich, den Sachverständigen gegen seinen Willen zu zwingen, für die Bauteilöffnung erforderliche Werkverträge im eigenen Namen abzuschließen<sup>173</sup>. Dem kann jedoch dann nicht gefolgt werden, wenn die Parteien die erforderlichen Kosten für die Werkverträge bereits auf einem Gerichtskonto eingezahlt haben<sup>174</sup>. Soweit nicht ohnehin der beauftragte Unternehmer für weitergehende Schäden haftet, ist der Sachverständige zudem in aller Regel gegen solche Schadensfälle versichert.

Nicht geklärt ist bisher die Frage, ob der Sachverständige vor einer Bauteilöffnung nicht verpflichtet ist, die betroffene Partei darauf hinzuweisen, dass der ursprüngliche Zustand nach einer Bauteilöffnung vielfach nicht 100 %-ig wiederherzustellen ist, etwa weil Farbunterschiede verbleiben. Darauf sollte

---

<sup>168</sup> BauR 1997, 697; ebenso OLG Celle, BrBp 2005, 298

<sup>169</sup> BauR 1996, 432

<sup>170</sup> BauR 2002, 829

<sup>171</sup> BauR 2003, 757

<sup>172</sup> BauRB 2004, 176

<sup>173</sup> ebenso Werner/Pastor Rdnr. 91

<sup>174</sup> Keldungs/Arbeiter III 9 f)

der Sachverständige unbedingt hinweisen, um sich später nicht Vorwürfen auszusetzen.

Fraglich ist, ob es Beweisvereitelung durch den Antragsgegner darstellt, wenn dieser die Zustimmung zur Durchführung von Bauteilöffnungen verweigert, mit denen der Unternehmer die Mangelfreiheit seines Werks beweisen will. Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn durch die Bauteilöffnung dem Bauherrn oder Nachbarn erhebliche Schäden drohen, der gerichtliche Sachverständige die Überprüfung nicht durchführt, weil seine Haftpflichtversicherung keinen Versicherungsschutz gewährt und der Unternehmer eine Sicherheitsleistung für eventuelle Schäden ablehnt<sup>175</sup>.

Stellt der Sachverständige bei der Vorbereitung der Ortsbesichtigung fest, dass es unerlässlich sein wird, das Grundstück eines Dritten, etwa eines Nachbarn zu betreten, um den streitbefangenen Gegenstand in Augenschein zu nehmen, so sollte er dies rechtzeitig ankündigen, damit sich die Parteien oder der Antragsteller um den Zugang kümmern können. Weigert sich der Dritte, ist der Sachverständige nicht berechtigt, das Grundstück zu betreten und dort Feststellungen zu treffen. Der Sachverständige muss dann das Gericht informieren, damit es gegebenenfalls Maßnahmen nach § 144 Abs. 1 ZPO ergreifen kann. Eine Wohnung kann gegen den Willen des Wohnungsinhabers nicht betreten werden (§ 144 Abs. 1 Satz 3 ZPO).

In Ausnahmefällen gibt es jedoch die Möglichkeit, mit einer einstweiligen Verfügung gegen einen Nachbarn vorzugehen. Soll beispielsweise in einem selbstständigen Beweisverfahren festgestellt werden, ob durch vom Nachbarn vorgenommene Abgrabungen die Gefahr besteht, dass das Grundstück des Antragstellers abrutscht, so kann sich ein Anspruch des Antragstellers, dem Sachverständigen zur Durchführung der erforderlichen Untersuchungen das Betreten des Grundstücks des Nachbarn zu ermöglichen, aus § 809 BGB ergeben<sup>176</sup>. Dieser Besichtigungsanspruch kann im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.

Die Bereitstellung von Gerüsten, Gerät und von Arbeitskraft für die Beweisaufnahme ist nicht Sache des Antragsgegners. Auch Leitern oder Werkzeug braucht er nicht bereitzustellen. Allerdings muss er gegen Kostenerstattung Strom und Wasser zur Verfügung stellen, falls der Antragsteller keine Möglichkeit hat, Strom und Wasser anderweitig zu besorgen.

---

<sup>175</sup> OLG Braunschweig, IBR 2004, 474

<sup>176</sup> OLG Karlsruhe, BauR 2002, 1437