

Rechtsanwalt Dr. Peter Bleutge, Wachtberg

Die Ortsbesichtigung durch Sachverständige

1. Aufgabenstellung

Die Ortsbesichtigung durch den vom Gericht beauftragten Sachverständigen ist in der ZPO nicht gesetzlich geregelt. Dennoch unterliegen Einleitung, Durchführung und Auswertung einer Ortsbesichtigung bestimmten Regeln, die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden sind. Diese Verfahrensregeln muss ein Sachverständiger kennen, weil er andernfalls wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden und bei grob fahrlässiger Pflichtverletzung seinen Vergütungsanspruch verlieren kann. Weitere Pflichtenkataloge enthält § 407 a ZPO, die zwar auf den Gerichtsauftrag insgesamt zugeschnitten sind, logischerweise aber auch entsprechend auf die Ortsbesichtigung anzuwenden sind, die einen Teil der Gutachtererstattung darstellt; beispielsweise muss er danach die Ortsbesichtigung persönlich durchführen, weil er den Auftrag nicht auf einen anderen übertragen darf. Und nicht zuletzt kann eine Pflichtverletzung bei der Durchführung der Ortsbesichtigung auch zur Haftung führen, wenn dadurch unmittelbare Schäden oder Folgeschäden verursacht wurden; auf die entsprechenden Gerichtsentscheidungen im Bereich der Immobilienbewertung wegen Nachlässigkeiten bei der Objektsbesichtigung wird in diesem Zusammenhang verwiesen.

Der nachstehende Beitrag erläutert die wichtigsten Regeln und Pflichten, die ein Sachverständiger bei der Einleitung, Durchführung und Verwertung der Ortsbesichtigung zu beachten hat. Rechtsprechung und Literatur werden zu diesem Zweck ausgewertet, Konsequenzen aus Pflichtverletzungen aufgezeigt und weiterführende Literatur zusammengestellt. Selbstverständlich wird auch auf die Vergütung des Sachverständigen eingegangen. Ein Ausblick auf die Pflichten des Sachverständigen für die Durchführung einer Ortsbesichtigung bei Privateauftrag schließt den Beitrag ab.

2. Auftrag des Gerichts

Jede Ortsbesichtigung setzt einen entsprechenden Auftrag durch das Gericht voraus. Dieser ergibt sich entweder ausdrücklich oder konkludent aus dem Inhalt des Beweisbeschlusses. Wenn sich die Beweisfrage ohne eine Besichtigung des streitigen Objekts fachlich nicht beantworten lässt, kann der Sachverständige davon ausgehen, dass sein Auftrag auch eine Ortsbesichtigung (Augenscheinseinnahme) umfasst. In Zweifelsfällen ist der Sachverständige allerdings nach § 407 a Abs. 3 Satz 1 ZPO verpflichtet, eine gerichtliche Klärung über den Inhalt und Umfang seines Auftrags herbeizuführen, wozu naturgemäß auch die Ortsbesichtigung gehört. Das Gericht hat nach § 404 a ZPO den Sachverständigen zu leiten, kann ihm Weisungen erteilen und bestimmt, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist. Dabei entscheidet das Gericht auch darüber inwieweit der Sachverständige mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat.

3. Wichtige Grundsätze

Bevor der Sachverständige mit den notwendigen Vorbereitungen zur Durchführung der Ortsbesichtigung beginnt, sollte er sich folgende unabdingbaren Vorgaben in Erinnerung rufen, die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden sind:

3.1 Inhalt und Umfang der Ortsbesichtigung haben sich an der Beweisfrage zu orientieren. Der Sachverständige darf mithin nur solche Mängel untersuchen und Tatsachen ermitteln, nach welchen im Beweisbeschluss gefragt wird und die er gutachterlich beurteilen soll. Mehrarbeit wird nicht bezahlt und kann sogar zur Unverwertbarkeit des Gutachtens insgesamt führen. Wird beispielsweise im Beweisbeschluss nach der Feststellung und Beurteilung bestimmter Mängel gefragt, darf der Sachverständige anlässlich der Ortsbesichtigung nicht nach weiteren Mängeln suchen oder auf weitere offensichtliche Mängel hinweisen. Er darf auf solche weiteren Mängel selbst dann nicht hinweisen, wenn Gefahr für Leib und Leben dritter Personen besteht; insoweit besteht auch keine Rechtspflicht des Sachverständigen, Behörden oder die Polizei auf Gefahren für Leib und Leben Dritter aufmerksam zu machen (Franzki, § 15 Rdn. 18; Ulrich, Rdn. 405).

3.2 Der beauftragte Sachverständige muss die Ortsbesichtigung in eigener Person durchführen. Er darf nicht seinen Mitarbeiter, mag dieser auch noch so qualifiziert sein, zur Ortsbesichtigung schicken und dann auf dessen Feststellungen sein Gutachten aufbauen. Nach § 407a Abs. 2 Satz 1 ZPO darf der Sachverständige den Auftrag nicht auf andere Personen übertragen. Selbstverständlich darf der Sachverständige aber Mitarbeiter mitnehmen, die ihm bei der Durchführung der Ortsbesichtigung behilflich sind. Die Pflicht zur persönlichen Durchführung der Ortsbesichtigung durch den beauftragten Sachverständigen gilt natürlich auch bei Privatauftrag; die anders lautende Entscheidung des LG Koblenz vom 9.5.2006 (IfS-Informationen 2006, Heft 4, S. 3) wird abgelehnt.

3.3 Grundsätzlich muss beiden Parteien, ihren Anwälten und eventuell vorhandenen Streithelfern (sog. Nebenintervenienten) Gelegenheit gegeben werden, an der Ortsbesichtigung teilzunehmen. Sie haben nach § 357 Abs. 1 ZPO ein Recht, an der Beweisaufnahme und damit auch an der Ortsbesichtigung des Sachverständigen teilzunehmen. Dieses Recht leitet sich auch aus der Pflicht der Gewährung rechtlichen Gehörs ab (Ulrich, Rdn.388). Der Sachverständige darf also nicht alleine das Objekt besichtigen oder nur zusammen mit derjenigen Partei, die ihm als Eigentümer den Zugang zum Objekt verschafft. Auch zu einer nachfolgenden zweiten Ortsbesichtigung, die in einigen Fällen notwendig ist, müssen wiederum beide Parteien und ihre Prozessvertreter geladen werden. Eine Pflicht zur Teilnahme der Parteien an der Ortsbesichtigung besteht nicht.

3.4 Die Vorgabe, die Parteien und ihren Prozessvertretern Gelegenheit zur Teilnahme an der Ortsbesichtigung des Sachverständigen zu geben, besteht nicht, wenn der Sachverständige zur Vorbereitung des Gutachtens selbst Versuche durchführt. Gemeint sind beispielsweise Laboruntersuchungen, Materialprüfungen, Fahrversuche, Erprobung einer Schusswaffe auf dem Schießstand. Solche Versuche müssen ihrer Natur nach in Ruhe und unbeeinflusst von der Gegenwart der Parteien durchgeführt werden. Sie sind unter Umständen mit Gefahren für Leib und Leben verbunden, welchen man die Parteien nicht aussetzen darf. Auch bei medizinischen Untersuchungen von Personen darf es mit Rücksicht auf den Schutz der Persönlichkeit, insbesondere der Intimsphäre kein Anwesenheitsrecht der Parteien geben.

3.5 Die Regeln über die Beteiligung der Prozessparteien und ihrer Anwälte finden weiter dann keine Anwendung, wenn die Befürchtung besteht, dass dabei die tatsächlichen Verhältnisse

verändert werden (z.B. Lärmprüfung an einer Baustelle: hier wird beim Bekanntwerden des Ortstermins der Lärmpegel vorsorglich heruntergefahren. Gleiches gilt bei der beabsichtigten Messung des Schallpegels in einer Diskothek). Diese Ausnahme von der Pflicht zur Beteiligung der Parteien ist in der Literatur jedoch nicht unbestritten (vgl. Ulrich, Rdnr. 390). Es empfiehlt sich daher, in solchen Fällen das Einverständnis des Gerichts zu einer unangemeldeten Ortsbesichtigung einzuholen.

3.6 Jede Ortsbesichtigung ist parteiöffentlich (§ 357 ZPO). Das bedeutet, dass neben den Parteien und ihren Anwälten auch anderen Fachleuten, die die Parteien mitbringen, die Teilnahme ermöglicht werden muss. Der Sachverständige braucht sich aber nicht auf Diskussionen mit diesen Fachleuten einzulassen. Diese dürfen nur Hinweise geben, aber keine Fragen stellen. Fragen stellt nur der Sachverständige. Ein Sachverständigengutachten, das auf einer Ortsbesichtigung beruht, die unter Verstoß gegen die Vorschriften der Parteiöffentlichkeit durchgeführt wurde, ist regelmäßig nicht verwertbar (BVerwG, 12.4.2006, JURIS VwGO § 97 S.1)

3.7 Der Sachverständige muss prüfen, ob der im Beweisbeschluss für seine Tätigkeit vorgesehene Vorschuss ausreicht, auch die vielleicht sehr aufwändige Ortsbesichtigung kostenmäßig abzudecken (§ 407a Abs. 3 Satz 2 ZPO). Reicht der Betrag nicht aus, muss er vor Einleitung der Ortsbesichtigung das Gericht darauf aufmerksam machen und einen „Nachschlag“ beantragen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, wird seine Vergütung später auf den Betrag gekürzt, der im Beweisbeschluss festgelegt ist. Einige Gerichte gewähren zusätzlich einen Toleranzbetrag von 20% bis 25%.

3.8 Sollte die Ortsbesichtigung sehr kostenintensiv sein, sollte sich der Sachverständige einen Kostenvorschuss nach § 3 JVEG vorab auszahlen lassen. Voraussetzungen sind dazu, dass erhebliche Fahrkosten entstehen oder dass Aufwendungen entstehen oder dass für erbrachte Teilleistungen bereits ein Betrag von 2.000 Euro ausgegeben werden musste. Die Ortsbesichtigung stellt eine solche Teilleistung dar.

3.9 Der Sachverständige unterliegt auch bei der Ortsbesichtigung einer strengen Schweigepflicht. Sie erstreckt sich auf alle Tatsachen, Informationen und Umstände, die er anlässlich der Ortsbesichtigung festgestellt hat, auch wenn er sie nicht im Gutachten verwertet. Der Bau-sachverständige darf also keine Anzeige erstatten, wenn er feststellt, dass die Prozesspartei „schwarz“ gebaut hat; der Kfz-Sachverständige darf nicht offenbaren, dass die Prozesspartei keinen Führerschein hat, wenn es bei der Schadensfeststellung darauf nicht ankommt. Bei Feststellung von Gefahren für Leib und Leben Dritter besteht zwar auch eine Schweigepflicht; eine Offenbarung wäre jedoch gerechtfertigt, weil es sich in diesem Fall um eine „befugte“ Weitergabe von Fakten handeln dürfte.

3.10 Diese Grundsätze gelten auch im Selbständigen Beweisverfahren und im Zwangsversteigerungsverfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG). Im ZVG-Verfahren müssen also Gläubiger und Schuldner zum Ortstermin geladen werden, weil sie einen Anspruch auf rechtliches Gehör haben.

4. Vorbereitung

Den Zeitpunkt der Ortsbesichtigung legt der Sachverständige fest. Er hat dazu beide Prozessparteien und ihre Prozessvertreter einzuladen und ihnen Gelegenheit zur Teilnahme zu geben. Zusätzlich sind auch Streithelfer (sog. Nebenintervenienten) vom Ortstermin zu benachrichtigen und ihnen Gelegenheit zur Teilnahme zu geben.

Die Einladung sollte in der Regel zwei Wochen vor dem Ortstermin den Beteiligten zugehen. Zum Zwecke des Nachweises empfiehlt sich ein Einschreiben mit Rückschein oder ein Fax, das unterschrieben an den Sachverständigen zurückzusenden ist. Von einer telefonischen Einladung wird abgeraten, weil zum einen solche Kontakte von den Parteien erfahrungsgemäß zu weiteren Erörterungen der Streitfrage benutzt werden und weil man zum anderen die erfolgte Ladung bei späterem Bestreiten nicht nachweisen kann. In allen Fällen sollte das Gericht Durchschriften der Ladungsschreiben erhalten.

In dem Ladungsschreiben müssen Ort und Zeit der beabsichtigten Ortsbesichtigung angegeben werden. Sofern eine Partei den Zugang zum Grundstück oder zum Objekt ermöglichen muss, sollte in Ladungsschreiben darum gebeten werden, diesen Zugang sowohl dem Sachverständigen als auch der Gegenpartei und deren Anwalt zu ermöglichen. Soweit vorbereitende Arbeiten durch die zuständige Prozesspartei erforderlich sind wie beispielsweise das Aufstellen eines Gerüsts oder die Öffnung eines Bauteils, soll bereits im Ladungsschreiben um termingerechte Bereitstellung gebeten werden. Gleiches gilt für den freien Zugang zum Grundstück oder zum Gebäude oder das Bereithalten von Unterlagen.

Muster für Ladungsschreiben und Schreiben zwecks Anforderung von Unterlagen und Einholung von Auskünften finden sich in der Broschüre des Instituts für Sachverständigenwesen „Die Ortsbesichtigung durch Sachverständige“.

Beantragt eine Prozesspartei, ein Anwalt oder ein Streithelfer mit sachlicher und glaubhafter Begründung eine Terminverschiebung sollte der Sachverständige diesem Antrag nach Möglichkeit entsprechen. Wird jedoch von derselben Person ein zweites oder drittes Mal um eine Verlegung gebeten, ohne dafür einen triftigen Grund anzugeben und besteht der Eindruck der Prozessverschleppung, sollte der Sachverständige nach Rücksprache mit dem Gericht der Bitte nicht entsprechen.

Auch der Sachverständige selbst sollte sich rechtzeitig vor dem Termin in der erforderlichen Weise vorbereiten, beispielsweise durch Erstellung einer Checkliste, in der die Vorgehensweise, das Untersuchungskonzept und die zu stellenden Fragen aufgeführt werden. Messgerät, Taschenlampe, Leiter und Fotoapparat sind auf Funktionstüchtigkeit zu prüfen. Bauzeichnungen, Lagepläne, Detailzeichnungen, Leistungsverzeichnisse und andere Unterlagen sind auf Vollständigkeit prüfen.

5. Durchführung der Ortsbesichtigung

Der Sachverständige muss die Ortsbesichtigung persönlich vornehmen; er darf sie nicht von seinem Mitarbeiter durchführen lassen, mag dieser auch noch so qualifiziert sein. So ist beispielsweise das einem Zustimmungsverlangen zur Mieterhöhung beigefügte Sachverständigengutachten unbeachtlich, wenn es nicht in allen wesentlichen Teilen auf den persönlichen Feststellung des Sachverständigen, sondern auf den Feststellung der von ihm beauftragten Hilfsperson beruht (AG Hannover, 30.1.1991, WuM 1991, 354 = juris § 402 ZPO).

Der Sachverständige sollte sich vor Antritt der Fahrt zum Ort der Besichtigung vergewissern, dass er sämtliche Unterlagen und technische Ausrüstungen (Maßband, Fotoapparat, Bauzeichnungen u.ä.) an Bord hat.

Er sollte niemals zusammen mit einer Prozesspartei oder mit deren Anwalt zusammen zum Ort der Besichtigung anreisen, auch wenn das, was die Kosten angeht, billiger wäre.

Am Ort der Besichtigung sollte er erst dann mit seiner Tätigkeit beginnen, wenn alle geladenen Personen erschienen sind. Eine Wartezeit von 15 Minuten ist einzuräumen. Danach kann die Besichtigung auch ohne eine geladene, aber nicht erschienene Person beginnen.

Verweigert eine Prozesspartei – aus welchen Gründen auch immer – dem Sachverständigen, dem Prozessgegner, dem Anwalt oder einem Streithelfer den Zutritt zu ihrem Grundstück oder zum Objekt der Besichtigung, so kann der Sachverständige den Zugang nicht erzwingen. Insbesondere kann er nicht die Polizei oder das Gericht um Amtshilfe bitten. Er muss vielmehr die Ortsbesichtigung abbrechen und das Gericht entsprechend informieren. Allenfalls kann er die ablehnende Partei, die von ihrem Hausrecht Gebrauch macht, zuvor darauf hinweisen, dass nach § 371 Abs. 3 ZPO die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit des Gegenstandes im Prozess als bewiesen angesehen werden, wenn er die Ortsbesichtigung auf diese Weise vereitelt.

Dann beginnt die Ortsbesichtigung. Der Sachverständige leitet den Termin und bestimmt die erforderlichen Abläufe. Er sollte Souveränität, Neutralität und Unparteilichkeit ausstrahlen, beide Prozessparteien in gleicher Weise zu Wort kommen lassen und den Anschein von Überheblichkeit und Besserwisserei vermeiden.

Zunächst werden die anwesenden Personen mit Namen und Adresse festgestellt. Die nicht geladenen Personen kann der Sachverständige ausschließen, es sei denn, es handelt sich um Fachleute, die von den Parteien zu ihrer fachlichen Unterstützung mitgebracht worden sind.

Der Ortstermin ist nicht öffentlich, sondern nur „partiöffentlich“. Das bedeutet, dass nicht ein beliebiges Publikum daran teilnehmen darf. Lässt sich aber eine der Prozessparteien von ihrem Privatgutachter oder Architekten begleiten, muss diese Person zur Ortsbesichtigung zugelassen werden.

Die Durchführung und der Ablauf der Besichtigung ist allein Sache des Sachverständigen. Er bestimmt, was im Einzelnen in welcher Intensität wie zu untersuchen ist, wie zu vermessen ist und welche Fotos zu machen sind. Auf keinen Fall sollte sich der Sachverständige in fachliche Diskussionen verstricken lassen. Die anwesenden Personen können dem Sachverständigen auf Umstände, die sie für bedeutsam halten, hinweisen, dürfen aber keine Fragen stellen.

Die auf den Fotos abgebildeten Gegenstände sollten zur Darstellung der Perspektiven und Proportionen mit einem Maßstab, beispielsweise mittels eines mit abgebildetem Zollstock (Maßstab) versehen sein. Der Sachverständige sollte wissen, dass Fotos immer nur die Visualisierung des beschriebenen Mangels sein können; niemals kann ein Foto eine Beschreibung des Mangels im Gutachten ersetzen. Das Foto ist kein Beweismittel. Andernfalls könnte der Sachverständige im Gutachten einfach sagen: „das Dach hat einen Mangel (siehe Fotos Anlage 1 bis 3)“.

Dem Sachverständigen ist es nicht gestattet, selbst Zeugen zu vernehmen. Andererseits bleibt es nicht aus, dass ihm sowohl von den Parteien als auch von den sonst an der Ortsbesichtigung teilnehmenden Personen Angaben gemacht oder auf Fragen Auskünfte erteilt werden, die über den bisherigen Akteninhalt hinausgehen. Es wäre unökonomisch, wenn der Sachverständige solche zusätzlichen Informationen unbeachtet ließe. Sind diese für die Begutachtung des Beweisthemas wesentlich und werden sie nicht von der Gegenseite sofort bestritten, kann der Sachverständige diese Auskünfte seinem Gutachten zugrunde legen. Er muss jedoch im Protokoll oder im Gutachten kenntlich machen, wer ihm diese Auskünfte erteilt hat, damit

auch das Gericht die Herkunft der tatsächlichen Basis des Gutachtens erfährt. Werden diese Auskünfte später doch noch von einer Partei bestritten, so muss das Gericht die Auskunftsperson oder den Sachverständigen auf Antrag einer Partei als Zeuge vernehmen, um in verfahrensrechtlich einwandfreier Weise die richtige tatsächliche Grundlage für das Gutachten zu schaffen.

Der Sachverständige soll die Ergebnisse seiner Untersuchungen während der Ortsbesichtigung den Parteien nicht bekannt geben. Auf keinen Fall sollte er in Anwesenheit der Parteien das Gutachten bereits seiner Schreikraft abdiktieren oder auf Band sprechen. In solchen Fällen muss er stets damit rechnen, dass die Partei, zu deren Nachteil das Gutachten ausfällt, ihn auf der Stelle umzustimmen und noch auf den Inhalt des Gutachtens Einfluss zu nehmen versucht. Die tatsächlichen Feststellungen kann er jedoch auf ein Diktiergerät oder durch Diktat in Anwesenheit der Parteien festhalten. Irgendwelcher Wertungen oder Schlussfolgerungen sollte er sich in Anwesenheit der Parteien enthalten.

Nur wenn beide Parteien den Sachverständigen übereinstimmend darum bitten, ihnen das Ergebnis seiner Untersuchungen mitzuteilen oder Hilfen für das beabsichtigte Vergleichsgespräch zu geben, etwa die Kosten der Schadensbeseitigung zu schätzen, sollte sich der Sachverständige einer solchen Bitte nicht verschließen. Die Formulierung eines Vergleichs muss aber in jedem Fall dem Gericht überlassen werden. Unaufgefordert sollte sich der Sachverständige nicht um einen Vergleich zwischen den Prozessparteien bemühen. Ohne Auftrag erhält der Sachverständige für seine Vergleichsbemühungen keine Vergütung.

Die Parteien sind berechtigt, die Untersuchungsbefunde des Sachverständigen selbst zu notieren, sogar selbst nachzumessen oder das Objekt der Untersuchung zu fotografieren. Dagegen ist niemand der an der Ortsbesichtigung Beteiligten befugt, die Stimme oder das Bild des Sachverständigen ohne dessen ausdrückliche Zustimmung auf Tonbandgerät oder Videokamera aufzuzeichnen. Dieses Verbot ergibt sich aus dem Persönlichkeitsrecht des Sachverständigen.

Wird während der Ortsbesichtigung ein Ablehnungsgesuch an den Sachverständigen selbst gerichtet, so sollte der Sachverständige wie folgt verfahren: Erfährt er von der Ablehnung vor Beginn oder in der Anfangsphase der Besichtigung, so sollte er den Termin abbrechen oder bei möglicher sofortiger telefonischer Rücksprache mit dem Richter dessen Rat einholen. Ist die Ortsbesichtigung aber bereits so weit fortgeschritten und sind die damit verbundenen Kosten im Wesentlichen schon entstanden, so sollte sie zu Ende geführt werden, auch auf die Gefahr hin, dass bei späteren Erfolg des Ablehnungsgesuchs das Ergebnis der Ortstermins insgesamt nicht verwertbar ist. Ein Vermerk im Protokoll und eine Mitteilung an das Gericht sind in einem solchen Falle geboten.

Der Sachverständige bestimmt das Ende der Ortsbesichtigung, gibt das Ende öffentlich bekannt und notiert es in seinem Protokoll. Die Heimfahrt sollte der Sachverständige nicht zusammen mit den Parteien und schon gar nicht mit einer Partei antreten.

6. Zerstörende Bauteileöffnung

In vielen Fällen erfordert die Vorbereitung eines Gutachtens, dass bei der Orts- und Objektbesichtigung Bauteile zerstört werden müssen oder das Objekt selbst in seine Bestandteile zerlegt werden muss.

Beispiele:

- Die Wand muss aufgeschlagen werden, um die Ursache eines Feuchtigkeitsschadens zu ermitteln.
- Der Keller muss freigelegt werden, um die Ursache eines Feuchtigkeitsschadens zu ermitteln.
- Der Motor eines Pkw muss auseinander genommen werden, um die Ursache eines Fehlers zu ermitteln.
- Das Parkett muss aufgerissen werden, um den darunter liegenden Estrich zu untersuchen.
- Die Platten einer Terrasse müssen aufgehoben werden, um festzustellen, weshalb sie abgesackt sind oder keine Gefälle haben.
- Dachziegel müssen abgetragen werden, um die darunter liegenden Balken und das Dämmmaterial zu überprüfen.

Hier sind folgende Problemfelder denkbar:

- Müssen diese vorbereitenden Arbeiten vom Sachverständigen in eigener Person durchgeführt werden?
- Kann der Sachverständige diese Arbeiten durch seine Hilfskräfte oder selbständige Unternehmer unter seiner Aufsicht vornehmen lassen?
- Kann der Sachverständige vom Gericht verlangen, dass die beweisbelastete Partei diese Vorarbeiten durchführt?
- Kann der Sachverständige durch das Gericht angewiesen werden, diese Arbeiten selbst durchzuführen oder durch von ihm beauftragte Unternehmen durchführen zu lassen?
- Muss der Sachverständige nach erfolgter Objektsbesichtigung den ursprünglichen Zustand wieder herstellen?
- Wie haftet der Sachverständige, wenn diese Arbeiten zu weiteren Schäden führen?
- Wer trägt die Kosten der Öffnung und Schließung der Bauteile?

Die Rechtsprechung gibt zu diesen Fragen teilweise unterschiedliche, teilweise gar keine Antworten. Auch in der dazu veröffentlichten Fachliteratur sind die Antworten vielfältig und nicht übereinstimmend (Franzki, § 15 Rdn. 75; Ulrich, Rdn. 326 u. 401; Kamphausen, BauR 2003, 759; Bleutge, IfS-Informationen 2005 Heft 5, S. 5; Böckermann, IfS-Informationen 2006, Heft 1, S. 4; Henkel, ZfIR 2007, 254 u. BauR 2003, 1650). Mithin ist für den Sachverständigen in jeder Beziehung Vorsicht geboten. Er sollte sich an folgenden Vorgaben orientieren:

6.1 Hält der Sachverständige nach Studium des Beweisbeschlusses eine zerstörende Bauteilöffnung für notwendig, sollte er das Gericht bitten, dass die beweisbelastete Partei die dazu erforderlichen Arbeiten vornimmt.

6.2 Lehnt das Gericht diese Bitte ab und weist den Sachverständigen an, die zerstörende Bauteilöffnung selbst vorzunehmen oder durch einen von ihm beauftragten Unternehmer vornehmen zu lassen, sollte der Sachverständige unter Hinweis auf die weiter unten zitierten Urteile die Unzulässigkeit dieser Anweisung geltend machen und den Beschluss des Gerichts abwarten.

6.3 Kommt der Sachverständige jedoch der Weisung des Gerichts nach oder fürchtet er kein Risiko bei der eigenen Bauteilöffnung, sollte er sich ausreichend gegen etwaige Risiken absichern. Dazu gehört,

- dass er die beweisbelastete Partei beauftragt, die Bauteileöffnung in seinem Dabeisein selbst vorzunehmen;
- dass er einen qualifizierten Fachbetrieb mit den erforderlichen Vorarbeiten beauftragt;
- dass er prüft, ob dabei entstehende Schäden durch seine Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt sind,
- dass er sich die schriftliche Einwilligung des Berechtigten (Eigentümers) zur zerstörenden Bauteileöffnung geben lässt,
- dass er sich durch eine vertragliche Zusicherung des Berechtigten (Eigentümers) von der Haftung und der Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, soweit rechtlich zulässig, freistellen lässt.

6.4 Grundsätzlich haftet der zugezogene Fachbetrieb für die ordentliche Ausführung der erforderlichen Arbeiten. Der Sachverständige kann nur dann für dabei verursachte Schäden in Haftung genommen werden, wenn ihn ein sog. Auswahlverschulden trifft, wenn er also beispielsweise unerfahrene Schwarzarbeiter mit den Arbeiten beauftragt hat. Lässt der Sachverständige jedoch die Arbeiten von seinen eigenen Angestellten erledigen, haftet er für alle durch einen Angestellten schuldhaft verursachte Schäden.

6.5 Was die Vergütung angeht, gibt es keine Probleme. Ob der Sachverständige nun seine eigenen Angestellten oder einen selbständigen Unternehmer mit den Vorarbeiten beauftragt, er kann die entsprechenden Kosten immer und in vollem Umfang nach § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und § 12 Abs. 2 JVEG liquidieren. In beiden Fällen sind die beauftragten Personen notwendige Hilfskräfte des Sachverständigen. Eine Begrenzung der Stundensätze oder Pauschalen für Hilfskräfte schreibt das JVEG nicht vor. Übernimmt die beweisbelastete Prozesspartei die Kosten, bekommt sie die Kosten im Falle des Prozessgewinns als notwendige Prozesskosten erstattet.

Nachstehend die Leitsätze einiger Urteile aus jüngster Zeit. Weitere Entscheidungen und Literaturstellen finden sich in der Broschüre des Instituts für Sachverständigenwesen „Die Ortsbesichtigung durch Sachverständige“

OLG Bamberg, 9.1.2002, BauR 2002, S. 829

1. Der Sachverständige kann nicht gegen seinen Willen dazu gezwungen werden, für die Bauteileöffnung erforderliche Werkverträge mit Unternehmern im eigenen Namen abzuschließen.
2. Soweit Bauteilöffnungen zum Zwecke der Begutachtung durch den Sachverständigen vom Beweisführer durchgeführt werden können, ist eine entsprechende Weisung durch das Gericht auch nicht im Sinne des § 404 a Abs. 4 ZPO erforderlich.

OLG Rostock, 4.2.2002, BauR 2003, S. 757 = IfS-Informationen 2004, Heft 4, S. 4

1. Kann die Beweisfrage vom Gerichtsgutachter nur durch zerstörende Öffnungs- und Freilegungsarbeiten (hier: Freischachtung eines Kellers) beantwortet werden, ist der Sachverständige nicht gehalten, solche Arbeiten selbst auszuführen.
2. Er ist außerdem weder zur Beauftragung externer Hilfskräfte oder Unternehmer verpflichtet, noch kann er dazu durch eine Weisung des Gerichts gezwungen werden.

3. Es obliegt vielmehr dem Beweisführer, die für die Begutachtung erforderlichen Vorarbeiten zu beauftragen. Das gilt jedenfalls dann, wenn das zu begutachtende Objekt im Eigentum der beweisführenden Partei steht.

OLG Frankfurt, 13.11.2003, OLGR 2004, 145 = BauRB 2004, 176 = IfS-Informationen 2004, Heft 4, S. 4

1. Zu den Pflichten des gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört grundsätzlich nicht auch eine Bauteileöffnung (hier: Vornahme von Kernbohrungen in Wände).
2. Anderes kann nur gelten, wenn gerade hierbei, nämlich im Rahmen der handwerklichen Tätigkeit zur Öffnung von Bauteilen, die zu treffenden Feststellungen für seine Gutachtertätigkeit unmittelbar von Bedeutung sind.
3. Selbstverständlich verbietet es § 407 a Abs. 2 ZPO nicht, Handwerker von sich aus zur Bauteileöffnung einzusetzen, sie zu vergüten und das Risiko einer Durchsetzung etwaiger Haftungsansprüche gegen sie im Rahmen der Ausführung seines Gutachtenauftrags zu übernehmen. Umgekehrt kann aber aus dieser Vorschrift keineswegs abgeleitet werden, der Sachverständige sei hierzu verpflichtet.
4. Die Bauteileöffnung kann dem Sachverständigen jedenfalls gegen seinen Willen, auch nicht im Rahmen der gerichtlichen Leitung der Sachverständigentätigkeit nach § 407 a ZPO aufgegeben werden.

LG Schwerin, 4.10.2004, BauR 2005, 592

1. Ist es für die Erstellung des Sachverständigengutachtens über das Vorhandensein von Mängeln erforderlich, das Bauwerk zu öffnen, obliegt es grundsätzlich dem beweisführenden Eigentümer, diese für die Begutachtung erforderlichen Vorarbeiten vornehmen zu lassen.
2. Der Sachverständige ist nicht verpflichtet, diese Vorarbeiten selbst vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen und kann auch nicht durch das Gericht hierzu angewiesen werden.
3. Ist der Sachverständige nur unter der Bedingung, von etwaigen Gewährleistungsansprüchen freigestellt zu werden, zur Vornahme dieser Vorarbeiten bereit, hat der Beweisführer die Wahl, diese Bedingungen zu erfüllen oder selbst einen Handwerker zu beauftragen. Hierfür kann ihm eine Beibringungsfrist gemäß § 356 ZPO gesetzt werden.

LG Limburg, 12.5.2005, BauR 2005, 1670

1. Lehnt der Sachverständige die Freilegung von Bauteilen ab und weigert sich auch, eine Hilfsperson damit zu beauftragen, so kann das Gericht ihm gegen seinen Willen keine entsprechende Weisung nach § 404 a ZPO erteilen.
2. Es ist dann Aufgabe der Antragsteller, die notwendigen Vorbereitungen für die von ihnen beantragte Begutachtung zu treffen.

OLG Sachsen-Anhalt, 1.3.2005, OLGR Naumburg 2006, 75 = BauR 2005, 1686

Eine schuldhafte Herbeiführung der Unverwertbarkeit eines Sachverständigengutachtens durch den Sachverständigen kann nicht angenommen werden, wenn eine angeordnete Begut-

achtung letztlich daran scheitert, dass die beweisbelastete Partei nicht für die erforderliche Baufreiheit Sorge trägt.

OLG Celle, 8.2.2005, BauR 2005, S. 1358 = IfS-Informationen 2005, Heft 5, S. 5 = JURIS ZPO § 404 a = Der Bausachverständige 2005, Heft 3, S. 58

Der vom Gericht bestellte Sachverständige hat die Pflicht, notwendige bauteilzerstörende Eingriffe in das zu untersuchende Objekt selbst vorzunehmen oder durch eine Hilfskraft vornehmen zu lassen.

OLG Hamm, 18.10.2005, 26 U 16/04

1. Grundsätzlich hat die beweispflichtige Partei für die zur Begutachtung nötige Baufreiheit, also dafür zu sorgen, dass die Untersuchung eines unzulänglichen Bauteils möglich ist.
2. Die gerichtliche Anweisung an den Sachverständigen, er solle diese Prüföffnungen schaffen und verschließen, ist unzulässig.

OLG Stuttgart, 13.9.2005, IfS-Informationen 2007 Heft 3, S. 21 = DS 2007, S. 112

Hat der Sachverständige einen Motor zerlegt, ohne diesen wieder zusammenzufügen, hat das Gericht den Sachverständigen entsprechend anzuweisen.

Thüringer OLG Jena, 18.10.2006, IfS-Informationen 2007, Heft 3, S. 22 = DS 2008, S. 29

1. Der Sachverständige hat dafür zu sorgen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erledigung seines Gutachtauftrags geschaffen werden.
2. Er muss diese Vorbereitungsarbeiten (hier: Freilegung eines mit Sand verfüllten Betonkanals) nicht in eigener Person wahrnehmen, sondern es bleibt seinem Organisationsvermögen überlassen, wie er im Rahmen seiner Befugnisse seinen Auftrag erfüllt und – falls erforderlich – die hierzu erforderlichen Voraussetzungen schafft.
3. Er kann die Vorbereitungsarbeiten durch die Partei selbst ausführen lassen, er kann sie selbst übernehmen oder er kann sie an Dritte vergeben.

LG Limburg, 30.5.2007, IfS-Informationen 2008, Heft 1, S. 11 = JURIS § 404 a Abs. 2 S. 2 ZPO

1. Eine Öffnung von Bauteilen kann dem Sachverständigen gegen seinen Willen im Rahmen der gerichtlichen Leitung der Sachverständigentätigkeit nicht aufgegeben werden.
2. Die Bauteilöffnung stellt lediglich eine handwerkliche Vorbereitungstätigkeit für die von dem Sachverständigen vorzunehmende Begutachtung dar.

7. Protokoll und Verwertung der Ergebnisse im Gutachten

Der Sachverständige sollte ein Protokoll über den Ablauf und die tatsächlichen Feststellungen der Ortsbesichtigung fertigen. Ein solches Protokoll ist zwar nicht in der ZPO vorgeschrieben; es kann aber als Erinnerungsstütze und als Grundlage für den späteren Bericht im Gutachten gute Dienste leisten.

Das Protokoll sollte möglichst nicht in Anwesenheit der Prozessparteien am Ende der Ortsbesichtigung abdiktiert werden. Unbedenklich ist jedoch, wenn der Sachverständige während der Ortsbesichtigung Stichworte auf ein Bandgerät spricht.

Wenn kein Protokoll über die Durchführung, den Verlauf und das Ergebnis des Gutachtens gefertigt wird, ist ein entsprechender Bericht zumindest im Vorspann des Gutachtens aufzunehmen. Dabei sind die objektiven Feststellungen und subjektiven Wertungen von einander zu trennen.

Auch negative Befunde sind zu vermerken. So ist beispielsweise festzustellen, welche Spuren oder Merkmale, deren Vorhandensein nach Lage des Falles oder nach dem Parteivorbringen vermutet werden konnten, nicht vorgefunden wurden.

Folgende Angaben zur Ortsbesichtigung sollten im Gutachten Eingang finden:

- Wann und wie welche Prozessparteien, Streithelfer und Anwälte eingeladen wurden (z.B. telefonisch, durch Einschreiben, per bestätigtes Fax)
- Wann und wo die Ortsbesichtigung stattgefunden hat, wann sie begonnen hat und wann sie beendet wurde
- Wer zum Ortstermin wann erschienen ist und daran teilgenommen hat
- Ob es über die Teilnahmeberechtigung Auseinandersetzungen gegeben hat und ob es sonst zu besonderen Vorkommnissen gekommen ist
- Welche streitigen und unstreitigen Erklärungen von den Parteien oder ihren Anwälten abgegeben wurden
- Welche weitere wichtigen Erklärungen abgegeben wurden (z.B. Anregung zum Abschluss eines Vergleichs, Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit)
- Welche Gegenstände und Sachverhalte untersucht wurden
- Welche tatsächlichen Feststellungen getroffen wurden
- Welche Ergebnisse die Ortsbesichtigung gehabt hat
- Wie viele Fotos gemacht wurden
- Datum und Ort der Niederschrift
- Unterschrift des Sachverständigen

Die Ergebnisse der Ortsbesichtigung müssen im Gutachten fachlich beurteilt, bewertet und gewichtet werden. Fotos müssen unbedingt erläutert werden, weil sie für sich allein keine Beweismittel sind, sondern nur die schriftlichen Feststellungen und Bewertungen illustrieren. Fotos können niemals schriftliche Ausführungen ersetzen. Auf den Fotos sollten, falls erforderlich, auch Messdaten erkennbar sein.

8. Vergütung der Zeit und Auslagen

Die Kosten für die Vorbereitung und die Durchführung der Ortsbesichtigung muss der Sachverständige im Rahmen seiner Gesamtrechnung geltend machen. Sie bilden einen Teil der Kostenrechnung für die Gutachtenherstellung. Die Kostenrechnung muss übrigens innerhalb von drei Monaten nach Ablieferung des Gutachtens eingereicht werden. Bei Fristversäumnis

entfällt der Vergütungsanspruch. Möglichkeiten zur Fristverlängerung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sind unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

Als Berechnungsgrundlage kommt ausschließlich das Justizvergütungs- und –entschädigungsgesetz (JVEG) vom 5. Mai 2004 zur Anwendung. Danach kann der Sachverständige für die Vorbereitung und Durchführung der Ortsbesichtigung eine Zeitvergütung nach §§ 8 und 9 JVEG geltend machen und zusätzlich seine Auslagen und Aufwendungen im Rahmen der §§ 5 bis 7 und 12 JVEG in Rechnung stellen.

Bei der Bemessung der Zeitvergütung (des Honorars) können folgende Zeitabschnitte stundenmäßig berücksichtigt werden:

- Vorbereitendes Aktenstudium
- Abfassung und Diktat der Einladungsschreiben
- Hinfahrt zum Ort der Besichtigung
- Wartezeit
- Dauer der Besichtigung
- Rückfahrt zum Büro
- Entwurf und Formulierung des Protokolls der Ortsbesichtigung

Jeder einzelne Zeitabschnitt ist mit demselben Stundensatz zu berechnen. Die Bemessung des Stundensatzes richtet sich nach der Honorartabelle in § 9 Abs. 1 (50 – 95 Euro). Die Zuordnung der Sachgebiete richtet sich bei den gelisteten Sachgebieten nach der Anlage 1 zu § 9 Abs. 1 JVEG und bei den nicht gelisteten Sachgebieten nach den außergerichtlichen Stundensätzen, die nach billigem Ermessen einer der 10 Honorarstufen zwischen 50 – 95 Euro zugeordnet werden müssen.

Zusätzlich zu der Zeitvergütung (Honorar) kann der Sachverständige folgende Auslagen und Aufwendungen in Rechnung stellen:

- Stundensatz für die Sekretärin für das Schreiben der Einladungen zur Ortsbesichtigung und des Protokolls der Ortsbesichtigung (§ 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 JVEG)
- Stundensatz für Hilfskräfte, die dem Sachverständigen bei der Durchführung der Ortsbesichtigung helfen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 JVEG)
- 15% Gemeinkosten für die Hilfskräfte nach § 12 Abs. 2 JVEG
- Fahrtkosten nach § 5 JVEG (Kilometergeld von 0,30 € oder Fahrt mit der Bundesbahn, Taxi, Mietwagen)
- Abwesenheitsgeld nach § 6 Abs. 1 JVEG
- Übernachtung, falls erforderlich, nach § 6 Abs. 2 JVEG
- Fotos oder Ausdrucke von Fotos nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JVEG, auch wenn sie später nicht in das Gutachten integriert werden
- Protokoll, Telefon, Kopien, Farbkopien und Dateien nach § 7 Abs. 1 u. 2 JVEG
- Umsatzsteuer nach § 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 JVEG

9. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung

Wenn sich der Sachverständige einer Pflichtverletzung schuldig macht, muss er mit folgenden Konsequenzen rechnen:

- Er kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.
- Er kann seinen Vergütungsanspruch verlieren.
- Er kann auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden

Nachstehend einige Gerichtsentscheidungen zu diesen drei Problembereichen. Weitere Entscheidungen und Literaturstellen finden sich in der Broschüre des Instituts für Sachverständigenwesen „Die Ortsbesichtigung durch Sachverständige“

9.1. Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit

Hier genügt aus der subjektiven Sicht einer Partei bereits der Anschein der Parteilichkeit, um erfolgreich ein Ablehnungsgesuch durchzusetzen. Einige gerichtliche Entscheidungen mögen dies belegen:

OLG Koblenz, 02.09.1977, JurBüro 1978, 1094 = MDR 1978, 148

1. Erbittet der Sachverständige telefonisch von einer Partei ein Reststück des im Rechtsstreit beanstandeten Materials, ohne den Gegner dabei zu beteiligen, so setzt er einen Anlass für seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit.
2. Die einseitige Beschaffung des Untersuchungsgutes ist genau so zu behandeln wie die einseitige Sachbesichtigung.

OLG Düsseldorf, 17.10.1978, MDR 1979, 409

Ein Sachverständiger, der es ablehnt, in Gegenwart des technischen Beraters einer Partei den Ortstermin durchzuführen, kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

OLG Hamm, 13.07.1979, VersR 1980, 722

Wenn der Sachverständige eine Objektsbesichtigung bei der Klägerin durchführt und sich dabei vom Fuhrparkleiter der Klägerin die EDV-Listen aus der Betriebsabrechnung vorlegen lässt und Auskünfte geben lässt, ist der Ablehnungsantrag der Beklagten wegen Besorgnis der Befangenheit berechtigt, wenn sie zu diesem Termin nicht geladen worden war.

OLG Karlsruhe, 07.12.1979, Die Justiz 1980, 79

1. Die Ablehnung eines Sachverständigen kann auch wegen eines Verhaltens seines Gehilfen begründet sein.
2. Lässt sich ein Sachverständiger oder dessen Gehilfe von einer Partei in deren Kraftwagen zu einem Ortstermin mitnehmen, so rechtfertigt dies nicht schlechthin seine Ablehnung. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Falles an.
3. Die Mitnahme zu einer längeren Autofahrt kann jedoch die Ablehnung rechtfertigen.

BFH, 18.07.1985, BFH/NV 1987, 513

1. Die Tatsache, dass ein vom FG beauftragter Sachverständiger die für ein Immobilien-gutachten erforderliche Ortsbesichtigung ohne Hinzuziehung der Verfahrensbeteiligten durchgeführt hat, mag ein verfahrensrechtliches Fehlverhalten sein, ist aber kein Grund für die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.
2. Zweifel an der Unparteilichkeit könnten nur dann bestehen, wenn der Sachverständige die Ortsbesichtigung nur in Anwesenheit einer Partei durchgeführt hätte, ohne der anderen Partei Gelegenheit gegeben zu haben, hieran teilzunehmen.

OLG München, 19.09.1994, OLGR München 1994, 237

1. Wird die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit darauf gestützt, der Sachverständige habe entgegen dem Vermerk in seinem schriftlichen Gutachten die Partei nicht von dem Ortstermin benachrichtigt, so muss der Ablehnungsantrag unverzüglich, d.h. innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist von einigen Tagen nach Erhalt des schriftlichen Gutachtens gestellt werden.
2. In einem solchen Fall darf der Ablehnende angesichts der Tatsache, dass die Geltendmachung des Ablehnungsgrunds eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens nicht erfordert, jedenfalls mit dem Ablehnungsgesuch nicht bis zum Ablauf der vom Gericht gesetzten rund sechswöchigen Frist für eine Stellungnahme abwarten.

LG Bremen, 10.12.1996, MDR 1997, 502

1. Zwar besteht grundsätzlich die Besorgnis der Befangenheit, wenn der Sachverständige eine Ortsbesichtigung in Anwesenheit nur einer Partei durchgeführt hat, ohne die andere Partei von dem Termin der Sachbesichtigung zu benachrichtigen. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass der Sachverständige von der anwesenden Partei Erläuterungen erhält, die der abwesenden Partei somit nicht zur Kenntnis gelangen.
2. Eine Sachverständigenablehnung kann aber im Einzelfall nicht mir Erfolg damit begründet werden, dass der Sachverständige eine im Besitz des Beklagten befindliche Anlage allein in dessen Beisein auf ihre Funktionstüchtigkeit hin untersucht hat, wenn der Sachverständige anlässlich des Ortstermins keinerlei Erläuterungen durch den Beklagten als anwesende Partei erhalten hat.

OLG Saarbrücken, 15.01.1998, MDR 1998, 492 = BauR 1998, 640

1. Zwar kann es als ein die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigenden Grund angesehen werden, wenn ein gerichtlich bestellter Sachverständiger nur eine Partei von einem geplanten Ortstermin zu Vorbereitung des Gutachtens benachrichtigt.
2. Davon zu unterscheiden und eine Sachverständigenablehnung nicht rechtfertigend ist es aber, wenn ein mit der Erstellung eines Gutachtens über den vom Gewerbebetrieb eines Beklagten beauftragter Sachverständiger bei Gericht um die Erlaubnis bittet, die erforderlichen schalltechnischen Messungen durchführen zu dürfen, ohne den Beklagten zuvor zu informieren. Diese Vorgehensweise ist sachlich gerechtfertigt.

OLG Köln, 20.12.2001, BauR 2002, 1284

1. Eine Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen ergibt sich nicht daraus, dass dieser vor dem Ortstermin von einer Partei unmittelbar Unterlagen anfordert, wenn dies der jeweils anderen Partei bekannt gemacht wird.
2. Der Sachverständige darf bereits das Haus einer Prozesspartei betreten und mit der Ortsbesichtigung beginnen, wenn er zuvor die andere Prozesspartei aufgefordert hat, mitzugehen, diese die Einladung aber mit dem Hinweis auf ihren noch nicht erschienenen Anwalt abgelehnt hat.
3. Hinweise des Sachverständigen im Ortstermin auf gefahrträchtige Umstände, die die Standsicherheit des Gebäudes betreffen und damit auch Menschenleben gefährden können, rechtfertigen keine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit.

BerwG, 12.4.2006, NJW 2006, S. 2058 = BauR 2006, S. 1451 = DS 2007, S. 158 = IfS-Informationen 2007, Heft 3, S. 23

1. Den Beteiligten eines Gerichtsverfahrens steht das Recht zu, auch bei den Ermittlungen des Sachverständigen zur Vorbereitung des Gutachtens anwesend zu sein.
2. Unterbleibt die Benachrichtigung der Beteiligten von der Ortsbesichtigung, ist das Verfahren unabhängig davon fehlerhaft, ob dies auf der unterlassenen Anordnung des Gerichts nach § 404a Abs. 4 ZPO oder darauf beruht, dass der Sachverständige die Anordnung missachtet hat. Beides führt regelmäßig zur Unverwertbarkeit des Sachverständigengutachtens.
3. In der Regel wird sich nicht feststellen lassen, welches Ergebnis die Ortsbesichtigung bei Anwesenheit der Beteiligten gehabt hätte.
4. Aufgrund der Rüge eines Beteiligten wegen der unterbliebenen Benachrichtigung muss das Gericht den Sachverständigen zur Wiederholung der Ortsbesichtigung in Anwesenheit der Beteiligten veranlassen oder eine eigene Ortsbesichtigung mit den Beteiligten und dem Sachverständigen durchführen.
5. Erst auf Grund einer solchen Besichtigung, einer eventuellen Stellungnahme der Beteiligten und einer gegebenenfalls erforderlichen mündlichen oder schriftlichen Ergänzung des Sachverständigengutachtens wäre eine prozessordnungsgemäße Überzeugungsbildung durch das Gericht auf der Grundlage der Beweidsaufnahmen möglich.
6. Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn der Beteiligte den Verstoß zwar rügt, das Ergebnis des Gutachtens aber nicht infrage stellt oder wenn der Beteiligte auf die Einhaltung der Benachrichtigung nachträglich ausdrücklich oder konkludent durch rügelose Einlassung verzichtet.

OLG Nürnberg, 4.7.2006, MDR 2007, 237 = IfS-Informationen 2007, Heft 4, S. 22

1. Das Unterlassen der Benachrichtigung beider Parteien von einer Ortsbesichtigung rechtfertigt nicht die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit.
2. Es begründet auch nicht die Besorgnis der Befangenheit, wenn ein Sachverständiger zur Beweisfrage (hier: Geeignetheit eines Flugplatzgeländes für Autorotationsübungen von Hubschraubern) Äußerungen von dritten Personen, die er hierzu befragt hat, in sein Gutachten aufnimmt.

OLG Celle, 22.1.2007, IfS-Informationen 2007, Heft 3, S. 26 _ DS 2007, S. 149

Es rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen, wenn der Sachverständige, nachdem er eine Partei zu dem von ihm durchgeführten Ortstermin nicht geladen hat, auf den Hinweis des Gerichts, er sei zu erwägen, einen erneuten Ortstermin mit allen Parteien durchzuführen, erklärt, eine Wiederholung des Ortstermins werde zu keinem anderen Ergebnis führen und es sei „abwegig“, das vorliegende Gutachten in Frage zu stellen und gänzlich zu verwerfen.

OLG Saarbrücken, 27.4.2007, OLGR Saarbrücken 2007, 636

Führt ein Sachverständiger die Ortsbesichtigung in einem Selbständigen Beweisverfahren nur in Anwesenheit der Antragstellerin durch, erweckt diese den Anschein der Parteilichkeit und führt zu seiner Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit. Dabei ist es unerheblich, ob der Ausschluss des Antragsgegners von der Ortsbesichtigung auf einer unterlassenen Ladung oder darauf beruht, dass der Sachverständige zu oder kurz von der Terminsstunde die Parteien offensichtlich noch nicht antrifft und er ohne angemessenes Zuwarten oder Rückfragen den Ortstermin durchführt.

9.2. Verlust des Vergütungsanspruchs

Bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung behält der Sachverständige seinen Vergütungsanspruch, der bis zum Zeitpunkt des gerichtlichen Ablehnungsbeschlusses entstanden ist. Der Sachverständige verliert jedoch seinen gesamten Vergütungsanspruch, wenn er seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit grob fahrlässig selbst verursacht hat. Folgende Gerichtsentscheidungen mögen die Fälle grober Fahrlässigkeit konkretisieren:

OLG Saarbrücken, 27.5.2003, IfS-Informationen 2004, Heft 3 S. 6 = BauR 2003, 1436

1. Der gerichtlich bestellte Sachverständige muss auch den beigetretenen Streithelfer zum Ortstermin laden.
2. Unterlässt er dies, hat er wegen nicht ordnungsgemäßer Auftragserledigung keinen Anspruch auf Entschädigung für die Wahrnehmung des Ortstermins.

OLG Oldenburg, 10.12.2003, DS 2004, S. 263.

Verletzt der Sachverständige bei der Vorbereitung der Ortsbesichtigung die Rechte einer Prozesspartei in schwerwiegender Weise, indem er die Ladungsfrist so kurz ansetzt, dass faktisch eine Teilnahme nicht möglich ist, kann er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden und verliert wegen grobfahrlässiger Pflichtverletzung seinen Vergütungsanspruch.

OLG Koblenz, 17.2.2004, IfS-Informationen 2004 H. 3 S. 22 = JURIS ZuSEG §§ 3 und 16

1. Führt ein Fehler des Sachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens zur erfolgreichen Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, verwirkt er den Entschädigungsanspruch nur, wenn ihn der Vorwurf vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Fehlverhaltens trifft.
2. Ein erstmals für das Gericht tätiger Sachverständiger, der vom Gericht nicht auf seine Pflichten hingewiesen wurde, handelt nicht grob fahrlässig, wenn er versäumt, zu einem zweiten Ortstermin für ein detailliertes Aufmass den Prozessgegner zu laden
3. Auch das gerichtliche Versäumnis ist nicht derart gravierend, dass von der Erhebung der Sachverständigenkosten wegen unrichtiger Sachbehandlung abgesehen werden muss.

OLG Koblenz, 16.11.2005, IfS-Informationen 2006, Heft 3, S. 20 = JurBüro 2006, 213 = DS 2006, 199

1. Die Verwirkung der Vergütung setzt ein grob fahrlässiges Fehlverhalten des Sachverständigen voraus.
2. Ein längeres Gespräch mit dem Prozessgegner nach einem Ortstermin rechtfertigt einen derartigen Vorwurf nicht

OLG Sachsen-Anhalt, 1.3.2005, OLGR Naumburg 2006, 75 = BauR 2005, 1686

Eine schuldhafte Herbeiführung der Unverwertbarkeit eines Sachverständigengutachtens durch den Sachverständigen kann nicht angenommen werden, wenn eine angeordnete Begutachtung letztlich daran scheitert, dass die beweisbelastete Partei nicht für die erforderliche Baufreiheit Sorge trägt.

BVerwG, 12.4.2006, juris ZPO § 404a Abs. 4 = NHW 2006, 2058 = BauR 2006, 1451

Ein Sachverständigengutachten, das auf einer Ortsbesichtigung beruht, die unter Verstoß gegen die Vorschriften der Parteiöffentlichkeit durchgeführt wurde, ist regelmäßig nicht verwertbar.

9.3 Haftung für unmittelbar verursachte Schäden und Folgeschäden

9.3.1 Bei Besichtigung verursachte Schäden

Jedem Sachverständigen kann einmal ein Missgeschick passieren, indem er anlässlich der Ortsbesichtigung einen Schaden an dem Eigentum einer Prozesspartei oder eines anderen Beteiligten verursacht. Beim Aufstellen des Gerüsts durch seinen Mitarbeiter oder einem von ihm beauftragten Unternehmer kann die Hauswand beschädigt werden. Bei der Begehung des Dachs können Dachziegel zu Bruch gehen. Bei der Öffnung von Bauteilen können innen liegende Leitungen beschädigt werden. Bei dem Aushub von Baumassen werden Absicherungen oder Absperrungen vergessen, so dass unbeteiligte Personen Körperverletzungen erleiden.

Anspruchsgrundlagen aus Vertrag scheiden aus, weil der Sachverständige im Auftrag des Gerichts tätig wird und weder mit den Prozessparteien noch mit unbeteiligten Dritten in einem Vertragsverhältnis steht. Mithin kommen als Anspruchsgrundlagen die Ansprüche aus „Unerlaubter Handlung nach §§ 823, 826 BGB in Betracht. Voraussetzungen für eine Haftung sind Pflichtverletzung und Verschulden. In diesem Zusammenhang muss der Sachverständige auch für schuldhafte Pflichtverletzungen der von ihm eingesetzten Hilfskräfte und selbständigen Unternehmer eintreten, wobei ihn jedoch lediglich ein Auswahlverschulden trifft. Er muss für die jeweils zu erledigende Aufgabe die fachlich geeignete Person ausgesucht haben.

Nicht zu den Pflichten des Sachverständigen gehört es, bei Feststellung eines gefährlichen Zustands (z.B.: Einsturzgefahr eines Daches oder Absturzgefahr eines Balkons), also bei festgestellten Gefahren für Leib und Leben Dritter, die zuständigen Behörden auf diesen Umstand aufmerksam zu machen. Es kann aber nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er diesen gefährlichen Umstand bekannt gibt (OLG Köln, 20. 12. 2001, BauR 2002, 1284 = IfS-Informationen 2006, Heft 2, S. 9). In der Bekanntgabe solche Gefahren könnte zwar ein Verstoß gegen seine Verschwiegenheitspflicht gesehen werden; dieser wäre jedoch aus dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr gerechtfertigt und mithin „befugt“.

9.3.2 Folgeschäden bei Auftraggeber oder Dritten

In der Rechtsprechung häufen sich übrigens die Fälle, in welchen der Sachverständige wegen schuldhafter Pflichtverletzungen bei der Ortsbesichtigung Vermögensschäden verursacht hat und deshalb mit Erfolg in Regress genommen wird. Besonders häufig kommen solche Schadensersatzprozesse bei den Sachverständigen vor, die im Zwangsversteigerungsverfahren Immobilienbewertungen vornehmen oder bei Privatauftrag Beleihungsgutachten für Banken erstatten. Die hier entschiedenen Fälle zeigen, dass der Sachverständige die zu begutachtenden Grundstücke überhaupt nicht oder nur teilweise oder durch eine Hilfsperson besichtigt

bzw. besichtigen lässt. Im Falle der Begutachtung im Zwangsversteigerungsverfahren haftet der Sachverständige neuerdings nach § 839 a BGB (früher nach § 826 BGB); auf das Urteil des BGH vom 9.3.2006, Rpfleger 2006, 552 = DS 2006, 240. Bei Privatauftrag haftet der Sachverständige nicht nur dem Auftraggeber gegenüber, sondern auch einem Dritten gegenüber, dem das Gutachten vorhersehbar von dem Auftraggeber – aus welchen Gründen auch immer – vorgelegt wird und der daraufhin für ihn nachteilige Vermögensdispositionen vornimmt; auf das Urteil des BGH vom 20.4.2004 (NJW 2004, 3035) wird beispielhaft verwiesen..

10. Ortsbesichtigung bei Privatauftrag

Auch bei einem privaten Auftrag zur Erstattung eines Gutachtens gehört die Ortsbesichtigung in vielen Fällen zu einem unverzichtbaren Teil der Vorbereitung des Gutachtens. Hier gelten die vorgenannten Pflichten und Vorsichtsmaßnahmen bei Gerichtsauftrag nur teilweise. Beispielsweise ist der Sachverständige nicht verpflichtet, den Vertragspartner oder die gegnerische Partei des privaten Auftraggebers zu laden, er kann nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, er rechnet nicht nach dem JVEG ab und er haftet für nicht entdeckte Mängel bei der Ortsbesichtigung strenger als bei Gerichtsauftrag. Es kommt hier die Vertragshaftung in Betracht, wonach der Sachverständige auch bei nur leichter Fahrlässigkeit für die von ihm oder seiner Hilfskraft verursachten Pflichtverletzungen und Schäden anlässlich der Ortsbesichtigung haftet. Gleiches gilt für Fehler der späteren fachlichen Auswertung der Ergebnisse der Ortsbesichtigung. Übrigens gehört es bei Privatauftrag zu den Pflichten des Sachverständigen, auf Gefahren für Leib und Leben des Auftraggebers oder Dritter aufmerksam zu machen. Diesen Hinweis sollte er auch nachweisbar dokumentieren, also sich vom Auftraggeber schriftlich bestätigen lassen.

Bei Privatauftrag muss der Sachverständige die Orts- und Objektbesichtigung wie bei Gerichtsauftrag in eigener Person durchführen und darf diese wesentliche Gutachtenleistung nicht einfach seinen Mitarbeiter überlassen. Wie sonst soll er sein schriftliches Gutachten nachprüfbar formulieren und, wenn das Gutachten als qualifizierter Parteivortrag in einen späteren Prozess eingeführt wird, als sachverständiger Zeuge Auskünfte über die Ortsbesichtigung geben? Im außergerichtlichen Bereich ergibt sich die Pflicht zur höchstpersönlichen Gutachtenerstattung für den öffentlich bestellten Sachverständigen aus dem Eid, den der Sachverständige zu leisten hat und dem Sinn und Zweck des § 36 GewO: Der Sachverständige muss alle Befundtatsachen zu den Kernaussagen seines Gutachtens in eigener Person ermittelt haben. § 9 Abs. 3 der Muster-SVO, der eine abweichende vertragliche Vereinbarung zulässt, dürfte daher rechtswidrig sein und wird zudem von der Ermächtigungsnorm des § 36 GewO nicht gedeckt ist. Die anders lautende Entscheidung des LG Koblenz vom 9.5.2006 (IfS-Informationen 2006, Heft 4 S. 3) wird daher abgelehnt.

Für nicht bestellte Sachverständige ergibt sich die Pflicht zur persönlichen Gutachtenerstattung aus der analogen Anwendung der §§ 613, 664 BGB, die für Dienstverträge und Arbeitsverhältnisse die Erbringung der Leistung in eigener Person vorschreibt und eine Übertragbarkeit der Vertragspflichten auf andere Personen ausschließt. Wollen die Sachverständigen mit einem größeren Büro ihre Mitarbeiter zur Ortsbesichtigung schicken, können sie das unter der Voraussetzung tun, dass sie diese qualifizierten Mitarbeiter das gesamte Gutachten erarbeiten und unterschreiben lassen.

Wichtig ist bei einem Privatauftrag, den Inhalt und Umfang des Auftrags und der Ortsbesichtigung genau zu beschreiben und abzugrenzen (z.B. Gegenstand des Gutachtens ist nur die Beurteilung sichtbarer Mängel). Auch der Zweck des Gutachtens sollte vertraglich vereinbart werden. Natürlich gehört in einen solchen Vertrag auch eine Bestimmung über die Vergütung und die Zahlung eines Kostenvorschusses. Zur Gestaltung des Inhalts eines solchen Vertrags wird auf die Broschüre des Instituts für Sachverständigenwesen „Der Sachverständigenvertrag“, Köln 2004, 68 S. verwiesen.

Keinesfalls sollte der Sachverständige jedoch einen Auftrag zu einem Gefälligkeitsgutachten annehmen, indem er bei der Ortsbesichtigung für den Auftraggeber ungünstige Fakten unterschlägt. Er muss dem Auftraggeber deutlich machen, dass ein solche Gutachten, sollte es später zur Untermauerung einer Klage bei Gericht oder zur Geltendmachung eines Versicherungsschaden verwendet werden, unverwertbar ist und damit das Gegenteil von dem erreicht wird, was der Auftraggeber bezweckt. Wenn ein Immobiliensachverständiger anlässlich der Ortsbesichtigung seinem Auftraggeber versichert, die Bausubstanz sei „gut, ordentlich und sanierungswürdig“, obwohl im Dachstuhl erkennbarer Hausbockbefall vorhanden ist, haftet der Sachverständige aus Gutachtenvertrag und Auskunftsvertrag (OLG Stuttgart, 26.3.1996, IBR 1998, 548)

11. Literatur

11.1 Bücher und Broschüren

Bleutge, Peter

Die Ortsbesichtigung durch Sachverständige

Köln, Institut für Sachverständigenwesen, 6. Aufl. 2006, 58 S.

11.2 Aufsätze

Bleutge, Peter

Muss Gerichtssachverständiger bauteilzerstörende Untersuchungen veranlassen?

IfS-Informationen 2005, Heft 5, S. 5

Bleutge, Peter

Die Ortsbesichtigung durch Sachverständige

In: Schäden an Dächern, Ursachen, Bewertung und Sanierung

42. Bausachverständigen-Tag 2007 – Tagungsband –

Fraunhofer IRB Verlag, Stuttgart 2007, S.71

Bleutge, Peter

Auch im Zwangsversteigerungsverfahren müssen Beteiligte zur Ortsbesichtigung geladen werden

IfS-Informationen 2007, Heft 5, S. 11

Böckermann, Bernhard

Öffnung von Bauteilen durch den Sachverständigen

IfS-Informationen 2006, Heft 1, S.4 = Bau-Rechts-Berater 2005, S. 373

Dageförde, Angela / Fastabend, Michael
 Sachverständige und Eingriffe in die Bausubstanz
 BauR 2006, 1202

Dötsch, Wolfgang
 Richterliche Weisungen an Sachverständige zur Vornahme von Bauteilöffnungen
 DS 2008, S. 20

Franzki, Harald
 Die Ortsbesichtigung im Zivilprozess
 In: Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht
 C. H. Beck Verlag, München, 3. Aufl. 2002, § 15 Rdnrn. 54 – 82

Henkel, Andreas
 Die Öffnung und Schließung von Bauteilen im Rahmen der Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen im Zivilprozess
 BauR 2003, S. 1650

Henkel, Andreas
 Zur Problematik der Beweislast bei Bauteilöffnungen bzw. Bauteilschließungen
 Ist der Sachverständige oder die Partei beweisbelastet
 ZfIR 2007, S. 254

Irmeler, H. Henning
 Kann das Gericht den Sachverständigen zur Bauteilöffnung anweisen?
 Der Bausachverständige 2005, Heft. 6, S. 52

Kainz, Dieter
 Pflicht zur Bauteilöffnung bleibt umstritten
 IfS-Informationen 2006, Heft 2, S. 10

Staudt, Michael
 Der Ortstermin
 in: Handbuch für den Bausacheverständigen
 Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2007, S. 97 - 113

Ulrich, Jürgen
 Sachverständiger im Ortstermin
 in: Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige
 Carl Heymanns Verlag, Köln, 12. Auf. 2007, Rdnrn. 386 – 422

Ulrich, Jürgen /Zielbauer, Jochen
 Tatsachenfeststellung durch den gerichtlichen Sachverständigen
 -Ortstermin des Sachverständigen –Substanzeingriffe
 DS 2008, S. 12

Volze, Harald
 Der fehlende Versicherungsschutz bei Bauteilöffnungen
 DS 2008, S. 24

v. Wietersheim, Mark

Der Ortstermin mit Bauteilöffnung

Verhaltenshinweise für den gerichtlich beauftragten Sachverständigen

Der Bausachverständige 2007, Heft 6, S. 56

Wachtberg, am 21.02.2008

Dr. Bleutge