

## **Das Gutachten als „Black Box“**

### **Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Realität des Architektenhonorarprozesses**

FS Ganten (2013-10-08)

RA Dr. Andreas Koenen  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
KOENEN RECHTSANWÄLTE

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Tatsachen- und Rechtsfragen .....</b>	<b>5</b>
<b>III. Defizite bei der Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen (§ 404a ZPO).....</b>	<b>11</b>
<b>IV. Die Erstattung des Gutachtens in der Parallelwelt des Sachverständigen .....</b>	<b>14</b>
<b>V. Zusammenfassung .....</b>	<b>19</b>

#### **I. Einleitung**

Im Jahr 2012 hat das Landgericht Hannover die Tatsache, dass das Honorarrecht der Architekten und Ingenieure eine Spezialmaterie innerhalb des Bau- und Architektenrechts darstellt, zum Anlass genommen, sämtliche HOAI-Rechtsstreitigkeiten, d. h. solche aus Ansprüchen auf Architekten- oder Ingenieurhonorar sowie wegen Rückforderung solcher Honorare (auch wenn sie als streitige Forderung im Wege der Aufrechnung oder Widerklage geltend gemacht werden), einer eigens gegründeten Spezialkammer zuzuweisen.<sup>1</sup> Vorsitzender dieser Kammer wurde ein in HOAI-Angelegenheiten erfahrener Richter, der zuvor am OLG Celle einschlägige Erfahrungen gesammelt hatte.

---

<sup>1</sup> Vorsitzender dieser 14. Zivilkammer ist Dr. Markus Wessel, zuvor Richter an der für HOAI-Fälle zuständigen Kammer des Oberlandesgerichts Celle sowie renommierter Fachautor und Referent. Aus allen anderen Gerichtsbezirken können die Parteien nun für Honorarstreitigkeiten die Zuständigkeit des Landgerichts Hannover, 14. Zivilkammer, vereinbaren. Voraussetzung ist eine Forderung von über 5.000 Euro und eine Zuständigkeitsvereinbarung mit dem Prozessgegner, die schriftlich und nach Entstehen der Streitigkeit getroffen worden ist, § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO (vgl. hierzu DAB 3/2012).

Die Einrichtung einer HOAI-Spezialkammer ist eine längst überfällige Reaktion auf die Erfahrungen, die die Parteien und deren Vertreter in den vergangenen Jahren in Architektenhonorarstreitigkeiten sammeln mussten. Diese mittlerweile auch der Justizverwaltung bekannt gewordenen Schwierigkeiten der Instanzgerichte mit der Prozessführung in HOAI-Sachen beruhen nicht nur nach hiesiger Einschätzung vornehmlich auf ausbildungsdefizitbedingter Unkenntnis und Unerfahrenheit zahlreicher Einzelrichter und Kammern, die sich allzu gern vermeintlichen „Feststellungen“ gerichtlich bestellter Honorarsachverständiger anschließen.

Dieses häufig festzustellende architektenhonorarrechtliche Ausbildungsgefälle zwischen Gericht und Honorarsachverständigen sowie der enorme Erfahrungsvorsprung der letztgenannten Berufsgruppe sind Einfallstor für den hinlänglich bekannten und nach wie vor kaum zu überschätzenden Einfluss gerichtlicher Sachverständiger in Bausachen, insbesondere in Architektenhonorarprozessen – ein Einfluss, der mit der Kurzformel vom Sachverständigen als „erweitertem Gehirn des Richters“<sup>2</sup> treffend beschrieben ist.

Ob das Beispiel des Landgerichts Hannover Schule machen wird, bleibt abzuwarten. Ebenso bleibt abzuwarten, ob sich an dem überragenden Einfluss der Honorarsachverständigen durch eine – in Justizkreisen heftig umstrittene – richterliche Fortbildungspflicht nachhaltig etwas ändern wird.

Vor diesem Hintergrund wird man sich als Parteivertreter auf nicht absehbare Zeit mit der Frage befassen müssen, ob und inwieweit der tatsächliche, mit der Zivilprozessordnung nicht zu vereinbarende Einfluss der Sachverständigen vermieden werden kann. Um Möglichkeiten und Grenzen der Verhinderung der Einflussnahme des gerichtlichen Sachverständigen abschätzen zu können, wird es erforderlich sein, sich näher mit der Frage zu befassen, worauf dieser Einfluss beruht – in tatsächlicher *und* rechtlicher Hinsicht.

Die Debatte um Einfluss und Bedeutung gerichtlicher Sachverständiger ist nicht neu. Dominiert wird sie derzeit von einem eher richterlich geprägten Blickwinkel, wonach die Beantwortung von Rechtsfragen dem Gericht bzw. dem Richter vorbehalten bleiben muss. Obwohl sich Juristen und Sachverständige darüber einig sind, dass nicht nur die Beant-

---

<sup>2</sup> Zum Sachverständigen als „erweitertem Gehirn des Richters“ (Karl Peters) vgl. Gepert, JURA 1993, 249. Zur Kritik vgl. Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rn. 9 ff. sowie Koenen, Sachverständigenbeweis im Bauprozess. Beweisführung und Prozesstaktik, Werner Verlag 2012, Rn. 2 ff.

wortung von Rechtsfragen, sondern auch die Beweiswürdigung, wozu auch die Bewertung eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens gehört,<sup>3</sup> einzig und allein Aufgabe des Gerichts ist, hat der Sachverständige in der Prozesswirklichkeit nach wie vor enormen Einfluss – und zwar nicht nur im Hinblick auf die dem Sachverständigenbeweis zugänglichen Tatsachen. Und dies, obwohl die Zivilprozessordnung vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (vor dem Prozessgericht) ausgeht, § 355 ZPO.

Worauf beruht dieser Einfluss jedoch, zu dem die Gerichte allein schon dadurch maßgeblich beitragen, dass sie sich nach wie vor regelmäßig den „überzeugenden und widerspruchsfreien Ausführungen des Sachverständigen“ anschließen?<sup>4</sup>

Mit rein juristischen Mitteln wird man dieses Problem nicht in den Griff bekommen, zumal es hier zu einem erheblichen Teil um das Auseinanderfallen von Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit geht. Insofern ist es auch zweifelhaft, ob eine Gesetzesänderung sehr viel würde bewirken können. Denn zum einen hat der Gesetzgeber bereits durch Einführung des § 404a ZPO im Jahre 1990<sup>5</sup> den Hebel an der richtigen Stelle angesetzt. Zum anderen liegt ein wesentlicher Teil des Problems darin, dass der Einfluss im Gutachten häufig gar nicht erkennbar ist. Dazu im Folgenden.

Will man dieses Problem in den Griff bekommen, ist eine Analyse des Entstehungsprozesses gerichtlicher Entscheidungen unabdingbar – ein Problemfeld, bei dem die Wissenschaft noch ganz am Anfang steht. Nach der gesetzlichen Regelung des § 286 ZPO ist die richterliche Beweiswürdigung „frei“, und das Gericht entscheidet – mit Ausnahme gesetzlicher Vermutungen, Beweis- und Denkgesetzregeln – nach seiner „freien Überzeugung“ darüber, ob eine tatsächliche Behauptung wahr ist oder nicht.<sup>6</sup> Das Gericht steht in der Würdigung des Prozessstoffs auf dessen Beweiswert vom Grundsatz her somit völlig frei da. Dieses

---

<sup>3</sup> Selbst das Gutachten eines fachlich anerkannten Sachverständigen hat keinen Anschein der Richtigkeit für sich, den die betroffene Partei entkräften müsste. Es unterliegt vielmehr der normalen Beweiswürdigung (BGH, VersR 2009, 500). Das Gericht muss selbständig und eigenverantwortlich prüfen, ob es dem oder den Gutachten folgen darf (BVerfG, FamRZ 1999, 1418, BGH, NJW-RR 2009, 388).

<sup>4</sup> Nach einer empirischen Untersuchung soll dies in 95 % aller Fälle sein: Sandler, NJW 1986, S. 2909, jedenfalls bei ärztlichen Sachverständigen, die „Gerichte im weißen Kittel“ bezeichnet werden. Auch Bausachverständige sind letztlich „Schattenrichter“, wie es in der „Süddeutschen Zeitung“ vom 12.11.2003 formuliert worden ist. Zu diesem Komplex vgl. Koenen, Sachverständigenbeweis.

<sup>5</sup> § 404a ZPO eingef. durch G v. 17. 12. 1990 (BGBl. I S. 2847).

<sup>6</sup> EuGH, JZ 2012, 356; BGH, WoM 2011, 22; KG, NJW-RR 2010, 1114.

Grundverständnis richterlicher Überzeugungsbildung als gesetzlich legitimierte „Black Box“<sup>7</sup> ist Ausdruck der Erkenntnis, dass der Prozess der Entscheidungsfindung kaum greifbar und auch für den Entscheider selbst nur teilweise nachvollziehbar ist. Denn letztlich ist die freie richterliche Überzeugungsbildung geprägt durch eine „Verknüpfung von Denken und Fühlen sowie Intuition“.<sup>8</sup>

Dieses Privileg, ohne Herleitung und ohne entsprechende Dokumentation entscheiden zu können, genießt jedoch ausschließlich das Gericht. Jede andere Entscheidung eines Dritten, d. h. auch des Sachverständigen, muss nachvollziehbar hergeleitet und dokumentiert sein. Nur so kann das Gericht überprüfen, ob und inwieweit das Ergebnis der wertenden Betrachtung dieses Dritten in die richterliche Entscheidung einfließen soll. Dem Gericht bliebe anderenfalls, um im Bild zu bleiben, das Innere seines „erweiterten Gehirns“ verborgen.

An dieser Herleitung und Dokumentation fehlt es jedoch bei einer Vielzahl von Sachverständigengutachten. Je weniger ein Sachverständige den Prozess der Entscheidungsfindung dokumentiert bzw. zu dokumentieren in der Lage ist, desto mehr wird dessen wahrer Einfluss im Dunkeln bleiben, desto mehr läuft das Gericht Gefahr, eine als solche unbekannt bleibende Entscheidung seines „Gehilfen“<sup>9</sup> zu übernehmen. Übernimmt das Gericht unter diesen Voraussetzungen die „Feststellungen“ des Sachverständigen im Gutachten, übernimmt es letztlich ein „Objekt“, dessen innerer Aufbau und innere Funktionsweise dem Richter unbekannt bleiben muss.

Den tatsächlichen Einfluss des Sachverständigen kann man also nur ermesen, wenn man die zuvor beschriebene „Black Box“ öffnet und erreicht, dass diese zu einer „Glass Box“ bzw. „Clear Box“ wird. Was aber spielt sich im Inneren dieses „Systems Sachverständigengutachten“ ab? Inwieweit tritt dieses System im Gutachten zutage, wird Bestandteil desselben und dringt zum erkennenden Richter durch? Stellt sich dann heraus, dass sich der Erkenntnisprozess des Sachverständigen ganz oder teilweise in den gutachterlichen Feststellungen niederschlägt, als solcher aber nicht für den Richter und die Parteien erkennbar sind, stellt

---

<sup>7</sup> Der Begriff „Black Box“ (engl. schwarze Kiste) stammt ursprünglich aus der militärischen Fernmeldetechnik und bezeichnete erbeutetes Feindgerät, das wegen der möglicherweise darin enthaltenen Sprengladung nicht geöffnet werden durfte.

<sup>8</sup> Scherzberg ZJP 117, 184.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG vom 05.05.1987, NJW 1987, 2500 („Helfer“); zum problematischen Begriff „Helfer“ vgl. auch Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, § 11 Rn. 7 ff.

sich die Kernfrage, warum diese Erkenntnisprozesse im Verborgenen bleiben.

Das Erklärungsmodell, das in diesem Zusammenhang diskutiert wird, setzt bei den Schwierigkeiten an, die sich bei der und durch die **Abgrenzung von Tatsachen- und Rechtsfragen** ergeben. Dies gilt insbesondere für das Architektenhonorarrecht (**II.**). Daneben spielt auch die in der Praxis unzureichend wahrgenommene Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen durch das Gericht eine Rolle (**III.**). Schließlich werden wir einen Blick auf die **Praxis der Gutachtenerstellung** werfen, die deutlich macht, aus welchen Gründen der Erkenntnis- bzw. Entscheidungsprozess des Sachverständigen eine „Black Box“ ist und bleibt, ein Zustand, der jedes Gutachten zum „Trojanischen Pferd“<sup>10</sup> eines Bauprozesses avancieren lässt (**IV.**).

## II. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Tatsachen- und Rechtsfragen

Gegenstand eines Sachverständigengutachtens darf bekanntlich nur die Beurteilung von Tatsachen sein.<sup>11</sup> Als Beweisthemen kommen demzufolge nur Tatsachen in Betracht, d.h. gegenwärtige und vergangene, äußere und innere, positive und negative Daten der realen Welt des Seins.<sup>12</sup> Tatsachenbehauptungen der Parteien können wahr, unwahr, bewiesen oder unbewiesen sein. Die Aufgabe des Sachverständigen – einem Beweismittel der Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>13</sup> – besteht somit darin, den erkennenden Richter in die Lage zu versetzen, sich seine (freie) Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung zu bilden.<sup>14</sup> Dem Sachverständigen obliegt es somit lediglich, dem Gericht das für die Beurteilung erforderliche Fachwissen zu vermitteln, die Fachsprache zu erläutern und sich dazu zu äußern, was in dem betreffenden baugewerblichen Bereich üblich ist.<sup>15</sup> Die Be-

---

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Koenen, Sachverständigenbeweis im Bauprozess. Beweisführung und Prozesstaktik, Werner Verlag 2012, Rn. 15 ff.

<sup>11</sup> BGHZ 117, 394 = NJW 1992,1832; BGH NJW 1989, 2948; BGH NJW 1988, 3016; Jessnitzer, Der gerichtliche Sachverständige, Rn. 4,8; Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigen, § 11 Rn. 13.

<sup>12</sup> Vgl. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 34.

<sup>13</sup> Beweismittel sind laut Rosenberg-Schwab die körperlichen Dinge, die dem Richter eine sinnliche Wahrnehmung gewähren sollen, die Träger der Anschauung oder der Überlieferung (Zivilprozessrecht, Seite 562; Rödiger, S. 148).

<sup>14</sup> Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., § 113.

<sup>15</sup> Vgl. BGH, BauR 1996, 735, 736; BGH, BauR 1995, 538; BGH, BauR 1991,130). Auch die Bedeutung von DIN-Abrechnungsregeln ist eine vom Gericht zu beantwor-

wertung des vom Sachverständigen festgestellten und der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalts ist hingegen eine Aufgabe des Gerichts – ebenso wie die Auslegung von Rechtsnormen und Verträgen.<sup>16</sup>

Theoretisch lassen sich die Aufgabenbereiche des Sachverständigen (Aufklärung des Sachverhalts) und des Gerichts (Subsumtion der vom Sachverständigen festgestellten Tatsachen unter die Rechtsnorm, z.B. der HOAI<sup>17</sup>) trennscharf voneinander abgrenzen. Die Realität ist jedoch – nicht nur, vor allem aber bei Streitigkeiten im Bereich des Architektenhonorarrechts – eine andere: Obwohl die obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung nicht müde wird zu betonen, dass die Beantwortung von Rechtsfragen alleinige Aufgabe des Gerichts ist, muss sich die Rechtsprechung immer wieder mit gerichtlichen Entscheidungen befassen, in denen Sachverständige Rechtsfragen beantworten sollten und dies dann auch getan haben.<sup>18</sup>

Warum bleibt jedoch der Appell der Rechtsprechung an die erkennenden Gerichte, Tatsachen- und Rechtsfragen sorgfältig zu unterscheiden, in der Praxis unerhört? Sicherlich liegt dies zum einen daran, dass es zwischen den Aufgabenbereichen Überschneidungen gibt, die als solche nicht immer ohne weiteres zu erkennen sind. Hinzu kommt, dass sich Feststellungen zu dem entscheidungserheblichen, vom Sachverständigen zu klärenden Sachverhalt häufig nicht ohne eine rechtliche Einordnung treffen lassen. Oder anders ausgedrückt: Die durch den Beweisbeschluss dem Sachverständigen zugeordnete Arbeit am Sachverhalt – die Feststellung von Tatsachen – ist häufig nicht ohne Vorgriff

---

tende Rechtsfrage (vgl. OLG Köln, BauR 1991, 349) ebenso wie die Frage der Prüfungspflicht des Auftragnehmers bei Vorleistungen (vgl. OLG Hamm, ZfBR 1987, 148). Dies gilt beispielsweise für die Frage, ob es sich um eine zusätzliche Leistung handelt (vgl. OLG Koblenz, BauR 1997, 142). Auch hier wäre die Zuziehung des Sachverständigen zur Beantwortung von Vorfragen sicherlich geboten.

Zur Haftungsgrundklärung vergleiche: LG Stuttgart, BauR 1997, 137,139; Kamphausen, BauR 1996, 174).

<sup>16</sup> Schon 1996 hat Kniffka (Kniffka, IBR 1996, 333) moniert, dass Gerichte die ausschließlich von ihnen zu beurteilende Frage der Vertragsauslegung Sachverständigen überlassen. Dementsprechend kann bei der Auslegung von Leistungsverzeichnissen den Ausführungen eines technischen Sachverständigen nur eine begrenzte Funktion zukommen. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, das für die Beurteilung bedeutsame Fachwissen zu vermitteln, also etwa Fachsprache (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23. Juni 1994 - VII ZR 163/93 = BauR 1994, 625 = ZfBR 1994, 222 = NJW-RR 1994, 1108) und Üblichkeiten, vor allem wenn sie sich zu einer Verkehrssitte im Sinne von § 157 BGB verdichtet haben.

<sup>17</sup> Die HOAI ist Rechtsnorm und keine technische Norm, so dass deren Anwendung Rechtsanwendung ist und dem Gericht vorbehalten bleibt.

<sup>18</sup> So musste das OLG Hamm darauf hinweisen, dass es sich bei der Frage, ob einem Auftragnehmer eine Prüfungspflicht trifft, um eine Rechtsfrage handelt (OLG Hamm, ZfBR 1987,248; Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, § 15 Rn. 16.

auf rechtliche Überlegungen und damit auf Teile der eigentlichen gerichtlichen Entscheidung möglich. Vor allem in Entscheidungen, in denen es um die Frage geht, ob der Sachverständige, der sich zu Rechtsfragen äußert, Anlass zur Besorgnis der Befangenheit gibt, hat die Rechtsprechung – zum Schutze des Sachverständigen – auf diesen Umstand hingewiesen. So hat beispielsweise das OLG Naumburg in einem Beschluss vom 14.08.2012 die Auffassung vertreten, dass die Beantwortung der – sehr weit gefassten – Beweisfrage, ob in der Schlussrechnung des Architekten ordnungsgemäß oder unzulässiger Weise eine Doppelberechnung vorgenommen worden sei, nur möglich sei, indem diese in den einzelnen Teilbeträgen darauf überprüft wird, ob die Planungsleistungen nach Gegenstand und Umfang geeignet waren, die Vorgaben der HOAI für den jeweils angenommenen Honorarbestand auszufüllen, und ob die Rechnung sowie die vorgelegten Unterlagen den formellen Vorgaben der HOAI und der DIN 276 entsprechen. Deshalb sei es zur sachgerechten Bearbeitung eines Sachverständigengutachtens zwingend erforderlich gewesen, so die Begründung des OLG Naumburg, den technischen Sachverhalt unter die Tatbestandsmerkmale der HOAI zu subsumieren, womit stets und unvermeidlich rechtliche Wertungen verbunden seien.<sup>19</sup>

In einer Leseranmerkung hierzu bestätigte ein bundesweit tätiger Honorarsachverständiger die Verknüpfung aus seiner sachverständigen Sicht.<sup>20</sup> Das Bestellsgebiet „Leistungen und Honorare für Architekten und Ingenieure“ sei derartig mit Rechtsfragen verknüpft, so Dipl.-Ing. Architekt Heymann, Vorsitzender der Bewertungs- und Verrechnungsstelle der in NRW staatlich anerkannten Sachverständigen für die Prüfung der Standsicherheit (BVS NRW), dass sich ein Honorarsachverständiger der Auseinandersetzung mit Rechtsfragen überhaupt nicht entziehen könne, zumal sich die Grenzen für einen Ingenieur nicht immer eindeutig ziehen ließen. In den 15 Jahren seiner Tätigkeit als Honorarsachverständiger habe er nicht einen einzigen Beweisbeschluss zu seinem Bestellungstenor gesehen, mit dem nicht „mehr oder minder direkt die Beantwortung von Rechtsfragen“ abverlangt worden sei. Dies habe weniger mit der Erfahrung der Richter und Richterinnen zu tun, sondern mit den „honorartechnischen“ Problematiken, „die im Ergebnis

---

<sup>19</sup> OLG Naumburg, Beschluss vom 14.08.2012 – 10 W 39/12; IBR 2013, 56.

<sup>20</sup> Heymann, Online-Leseranmerkung zu OLG Naumburg 14.08.2012 - 10 W 39/12; IBR 2013, 56. Dipl.-Ing. Architekt Klaus Heymann ist von der Architektenkammer Nordrhein-Westfalen öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Honorar für Leistungen der Architekten, Innenarchitekten, Landschaftsarchitekten, Stadtplaner und Ingenieure.

nahezu immer in Rechtsfragen münden müssen“. Genau hier sei die Erfahrung der Honorarsachverständigen gefordert.

Zur Begründung verweist Heymann auf einen Beitrag von Gerd Motzke, bis Ende Juni 2006 Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München, wonach die Tätigkeit als Honorarsachverständiger zwangsläufig mit der Beantwortung von Rechtsfragen verbunden sei.<sup>21</sup> Themen, die fachtechnische Details betreffen, auch wenn es insoweit zu einer Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm komme, seien, so die These von Motzke, durchaus einem (Honorar-)Sachverständigen übertragbar. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Aufgabe des Sachverständigen über eine „technische Subsumtionsaufgabe“ hinausginge. Unter einer „technischen Subsumtionsaufgabe“ versteht Motzke eine solche, die ein rechtliches Tatbestandsmerkmal seiner Beschreibung wegen nach *technischen Kriterien* zu bestimmen und damit einen Sachverhalt zu vergleichen hat.<sup>22</sup>

Sachverhalte unter rechtliche Tatbestände zu subsumieren, ist und bleibt jedoch Rechtsanwendung.<sup>23</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn es sich – wie es im Bau- und Architektenrecht typisch ist – um *technische* Lebenssachverhalte handelt, die unter eine Rechtsnorm zu subsumieren sind. Unterscheidet man mit Motzke hingegen danach, ob eine Subsumtionsaufgabe „durch technische Gesichtspunkte geprägt“<sup>24</sup> ist und verweist eine durch „fachtechnische Details“ geprägte Subsumtion in den Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich des Sachverständigen, würde sich unmittelbar die Frage nach Art und Umfang der Transparenz einer solchen Subsumtionstätigkeit im Gutachten stellen. Denn ohne eine solche Transparenz bliebe der Erkenntnisprozess des Sachverständigen eine „Black Box“, die eine freie Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung im Sinne des § 286 ZPO unmöglich machen würde.

Die Begründung von Motzke, dass es sich bei technisch geprägten Subsumtionen lediglich um „Tatsachenurteile“ durch Sachverständige und nicht um „Rechtsurteile“ handelt, hilft hier nicht weiter, zumal es nicht die Aufgabe des Sachverständigen ist, ein „Urteil“ zu fällen.

Tatsächlich gibt es jedoch Regelungen in der HOAI, bei denen eine Abgrenzung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen schwierig sein kann. So kann das Tatbestandsmerkmal „technische oder gestalterische Mitve-

---

<sup>21</sup> Motzke, Die Sachverständigen- und die Rechtsfrage. Konsequenzen für den Honorarsachverständigen und die Rechtsfindung, in: Bauen, Planen, Recht. Festschrift für Klaus Vygen, 1999, S. 416 ff.

<sup>22</sup> Motzke, a.a.O., S. 429 f.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. § 284 Rn. 13.

<sup>24</sup> Motzke, a.a.O., S. 430.



rarbeitung“ (§ 10 Abs. 3 a HOAI 1996) bzw. „Umfang und Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz“ (§ 4 Abs. 3 HOAI 2013), wenn gleich es sich um das Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes handelt, nur unter Berücksichtigung fachtechnischer Kenntnisse beurteilt werden. Das Ergebnis einer solchen Subsumtion würde sich unmittelbar auf die Bestimmung der anrechenbaren Kosten auswirken, § 10 Abs. 3 a HOAI (1996) bzw. § 4 Abs. 3 HOAI (2013).

Ebenso ist die Frage, ob ein Gebäude der Honorarzone III oder IV zuzuordnen ist, ohne fachtechnische Einschätzung der Bedeutung der Kriterien der § 11, 12 HOAI a.F. bzw. § 5 HOAI 2013 nicht zu beantworten. Denn letztlich entscheidet über die richtige Honorarzone die Gewichtung der Planungsanforderungen, und zwar nach Maßgabe der in § 11 HOAI a.F. bzw. § 5 HOAI 2013 (Teile 2 bis 4 der jeweiligen Leistungsbilder) aufgelisteten Parameter. Die Frage, welche Planungsanforderungen im konkreten Fall zu erfüllen waren, ist jedoch letztlich immer eine Frage der Auslegung des Vertrages und dies ist und bleibt das Privileg des Gerichts.

Auch die Behauptung einer Partei, ein Gebäude sei der Honorarzone IV zuzurechnen, ist eine Rechtsansicht. Zwar steht hinter dieser Behauptung die inzidente Behauptung, das Gebäude zeichne sich durch überdurchschnittliche Planungsanforderungen aus. Diese Frage ist jedoch in der Regel nicht allein durch einen Vergleich mit anderen Objekten zu beantworten, der vom Sachverständigen angestellt werden sollte. Vielmehr wird die Antwort auch auf den der Realisierung zugrunde liegenden Architektenvertrag abstellen müssen, dessen Auslegung wiederum dem Gericht vorbehalten ist.

Die Frage der Prüffähigkeit einer Honorarschluss- oder Abschlagsrechnung des Architekten ist ebenfalls eine Rechtsfrage, die vom Gericht und nicht vom Sachverständigen zu beantworten ist.<sup>25</sup> Die Anforderungen an die Prüfbarkeit ergeben sich nämlich aus den Informations- und Kontrollinteressen des Auftraggebers.<sup>26</sup> Diese bestimmen und begrenzen Umfang und Differenzierung der für die Prüfbarkeit erforderlichen Angaben der Schlussrechnung. Wie die Schlussrechnung aufgeschlüsselt werden muss, damit der Auftraggeber in der Lage ist, sie in der gebotenen Weise zu überprüfen, ist eine vom Gericht zu beantwor-

---

<sup>25</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss v. 11.1.1995; BauR 1999, 514; BGH, BauR 1999, 63. Soweit durch die Einholung eines Gutachtens und damit durch eine fehlerhafte Sachbehandlung Kosten entstanden sind, die nicht entstanden wären, wenn das Gericht die Frage der Prüffähigkeit selbst entschieden hätte, sind die Gutachterkosten gemäß § 8 GKG nicht zu erheben.

<sup>26</sup> BGH, 18.06.1998 - VII ZR 189/97 = NJW 1998, 3123; BGH, 08.10.1998 - VII ZR 296/97; BauR 1999, 63.

tende Frage des Einzelfalls, die – abgesehen von den Besonderheiten der Vertragsgestaltung und der Vertragsdurchführung – auch von den Kenntnissen und Fähigkeiten des Auftraggebers und seiner Hilfspersonen abhängt.<sup>27</sup>

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Sachverständige zu einer rechtlichen Beurteilung weder befugt noch berufen ist<sup>28</sup> und Rechtsfragen ausschließlich vom Gericht, wenn auch ggfls. auf einer vom Sachverständigen ermittelten Tatsachengrundlage, zu beantworten sind.<sup>29</sup> Dies gilt auch für die Beantwortung von architektenhonorarrechtlichen Fragen. Da die sachverständige Begutachtung als solche – neben allen übrigen maßgeblichen Umständen des Einzelfalles – vom Gericht gewürdigt werden, muss das Gutachten die Voraussetzungen dafür schaffen und dem Gericht eine Würdigung sämtlicher Umstände ermöglichen. Dies setzt voraus, dass jedwede Subsumtion unter ein Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm im Gutachten dokumentiert und im Gutachten deutlich erkennbar sein muss. Denn nur so kann das Gericht prüfen, ob dem Gutachten zutreffende oder fehlerhafte juristische Vorstellungen zugrunde liegen.<sup>30</sup>

In einem Fall, in dem ein Honorarsachverständiger – wieder einmal – zur Beantwortung von Rechtsfragen „aus sachverständiger Sicht“ aufgefordert worden war, hat der Sachverständige versucht, sich seinem Dilemma mit folgender Standardformulierung zu entziehen: „Durch einen Sachverständigen können grundsätzlich keine Rechtsfragen beantwortet werden. Um jedoch die gestellten Beweisfragen beantworten zu können, müssen Grundlagen dazu aufgezeigt werden. Neben sachlichen Grundlagen geht es dabei auch um Rechtsgrundlagen. Damit die Auffassung und Schlussfolgerungen des Sachverständigen aber nachvollziehbar sind, müssen diese im Einzelfall auch begründet werden. Dabei wird auf Urteile und Literatur Bezug genommen, die für maßgeblich erachtet werden.“

Im Ergebnis hat der Honorarsachverständige daraufhin ein Rechtsgutachten mit einem Umfang von 15 Seiten und fast 50 Fußnoten erstellt.<sup>31</sup> Die nach dem Gutachten des Honorarsachverständigen unterle-

---

<sup>27</sup> BGH, 09.06.1994 - VII ZR 87/93; BauR 1994, 655.

<sup>28</sup> Dazu BGH, Urteil v. 16.12.2004 - VII ZR 16/03 -, BauR 2005, 735 ff. = NZBau 2005, 285 ff. = ZfBR 2005, 355 ff. = IBR 2005, 271.

<sup>29</sup> Siegburg, BauR 2001, 875, 877 f.

<sup>30</sup> Zum Erfordernis, einen Gutachter daraufhin zu überprüfen, ob diesem fehlerhafte juristische Vorstellungen zugrunde liegen können, vgl. BGH, Ur. v. 09.02.1995 – VII ZR 143/93.

<sup>31</sup> Das Gutachten enthält (mit Fotos) lediglich 43 Seiten.

gene Partei gab sich angesichts der detaillierten und durchaus überzeugenden Ausarbeitung geschlagen. Der Senat des OLG Hamm urteilte entsprechend dem „Votum“ des Honorarsachverständigen, allerdings ohne ausdrücklich auf dessen rechtliche Argumentation bzw. die von diesem als solche im Einzelnen begründete „enge Auslegung“ des § 66 Abs. 2 HOAI Bezug zu nehmen.<sup>32</sup>

### III. Defizite bei der Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen (§ 404a ZPO)

Der Pflicht des Sachverständigen zur Darlegung sämtlicher tatsächlicher und rechtlicher Grundlagen im Gutachten korrespondiert die Pflicht des Gerichts zu prüfen, ob und inwieweit das Sachverständigengutachten über reine technische Feststellungen hinausgehende Feststellungen oder gar ungeprüfte Annahmen enthält und zudem auf zutreffenden rechtlichen Prämissen beruht.<sup>33</sup> Dieser Pflicht kann das Gericht nur genügen, wenn es seine in § 404a ZPO normierte Leitungsfunktion sorgfältig wahrnimmt, und zwar von Beginn an, d.h. vor Erlass eines Beweisbeschlusses, bis zu einer etwaig erforderlich werdenden Anhörung des Sachverständigen.

Werden nämlich Tatsachen- und Rechtsfragen nicht von vornherein, d. h. vor Erlass des Beweisbeschlusses, exakt voneinander unterschieden, wird der Sachverständige ein für die Entscheidung verwertbares Gutachten nur erstellen können, wenn dieser die aus seiner Sicht relevanten rechtlichen Aspekte für sich beantwortet. Ergeben sich somit – entgegen der gesetzlichen Aufgabenzuweisung – aus dem Beweisbeschluss keine rechtlichen Leitlinien, bleibt dem Sachverständigen, wenn er dieses Defizit nicht durch Nachfrage klären will oder kann, gar nichts anderes übrig, als den Feststellungen sein eigenes subjektives Rechtsverständnis zugrunde zu legen.

Um nicht Gefahr zu laufen, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt zu werden und möglicherweise auch den eigenen Vergütungsanspruch zu verlieren, verzichten manche Sachverständige – entgegen dem Rat des erwähnten Honorarsachverständigen Dipl.-Ing. Architekt Heymann, wonach die – ohnehin unvermeidbare – Subsumtionstätigkeit des Sachverständigen offen gelegt werden sollte<sup>34</sup> – ganz bewusst da-

---

<sup>32</sup> OLG Hamm, Urteil vom 26.02.2013 – 21 U 67/11.

<sup>33</sup> Vgl. BGH, BauR 1995, 538.

<sup>34</sup> Heymann, Online-Leseranmerkung zu OLG Naumburg 14.08.2012 - 10 W 39/12; IBR 2013, 56.

rauf, ihr eigenes rechtliches Vorverständnis im Gutachten zu offenbaren. Wird das dem Gutachten zugrunde liegende rechtliche Vorverständnis des Sachverständigen allerdings nicht offengelegt – was ein Bewusstsein über die eigene Subsumtionstätigkeit voraussetzt und somit eine dezidierte juristische Ausbildung –, fließt dieses ungefiltert in die richterliche Entscheidung ein.

Dies kann das Gericht nur verhindern, wenn es seine Leitungsfunktion und damit die sich aus § 404a ZPO ergebenden Pflichten ernst nimmt, was in der Baurechtspraxis jedoch häufig nicht der Fall ist. Danach muss das Gericht zunächst, so sieht es jedenfalls die Zivilprozessordnung vor, die Anknüpfungstatsachen herausarbeiten und die dem Sachverständigen vorzulegenden Beweisfragen exakt und verständlich formulieren. Erst wenn das Gericht diese Vorarbeit erbracht hat, die ohne vertiefte relationstechnische Kenntnisse und Erfahrungen nicht möglich ist, darf ein Sachverständiger beauftragt werden. Denn es ist Aufgabe des Gerichts, dem Sachverständigen vorzugeben, welche tatsächlichen Grundlagen der vom Gericht zu treffenden Entscheidung geklärt werden müssen. Beweis soll nämlich nur über rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen erhoben werden, und Gegenstand der Beweisführung dürfen nur diejenigen Tatsachen sein, die als Tatbestandsmerkmale den Tatbestand von für die Entscheidung maßgeblichen Rechtssätzen ausfüllen können.

Im Kern geht es beim Erfordernis, die Bewertung der Tatsachen durch den Sachverständigen zu überprüfen, also um die Würdigung des Gutachtens als Beweismittel (§ 286 ZPO). Es wird dann schwierig, um nicht zu sagen unmöglich sein, diese Aufgabe zu erfüllen, wenn sich nicht erkennen lässt, dass den Feststellungen des Sachverständigen ein bestimmtes rechtliches Vorverständnis zugrunde liegt, das nicht vom Gericht vorgegeben ist.

Um diese Aufgabe zu erfüllen, begründet § 404a Abs. 1 ZPO – korrespondierend zu den in § 407a ZPO geregelten Pflichten des Sachverständigen – die Pflicht des Gerichts zur Anleitung des Sachverständigen (Abs. 1). Hinsichtlich der Beweisfrage (Abs. 2) und des Tatsachenstoffes (Abs. 3, 4) ist dies näher konkretisiert, ebenso die Pflicht zur Unterrichtung der Parteien über ein entsprechendes Vorgehen (Abs. 5). Demzufolge ist das Gericht sogar dazu verpflichtet, selbst bei nicht beeinflussbarem Verhalten eines Sachverständigen auf eine zügige Been-

digung des Verfahrens hinzuwirken, und zwar bei zunehmender Verfahrensdauer umso nachhaltiger.<sup>35</sup>

Die Gerichte kommen dieser Anleitungsaufgabe gegenüber Sachverständigen in der Baurechtspraxis häufig jedoch nur unzureichend nach. Dies gilt allein schon dann, wenn im Beweisbeschluss nicht zwischen (zulässigen) Tatsachen- und (unzulässigen) Rechtsfragen differenziert wird. Nach § 359 Nr. 1 ZPO darf der Beweisbeschluss jedoch nur die Bezeichnung der streitigen Tatsachen enthalten, über die der Beweis zu erheben ist.<sup>36</sup> Ein Parteivortrag, der nicht sorgfältig zwischen Tatsachen und Rechtsansichten unterscheidet, erhöht zwar die Wahrscheinlichkeit dieses Fehlers und erklärt ihn insoweit, entlastet das Gericht jedoch nicht von seiner sich aus § 404a ZPO ergebenden Verantwortung.<sup>37</sup>

Daraus ergibt sich, dass jedenfalls bau- und architektenhonorarrechtliche Rechtsstreitigkeiten einer relationstechnischen Aufbereitung bedürfen und deren Unterbleiben zum Einfallstor eines ungeprüften bzw. unerkannten Einflusses subjektiver Rechtsansichten des Sachverständigen werden kann. Beschränkt sich ein Beweisbeschluss hingegen auf die Formulierung einer – letztlich vom Gericht zu beantwortenden – rechtlichen Kernfrage des Rechtsstreits (z.B. der Prüfbarkeit einer Honorarrechnung), ohne dass dem Honorarsachverständigen der tatsächliche und rechtliche Rahmen vorgegeben wird, nimmt das Übel nahezu zwangsläufig seinen Lauf, und zwar nicht zuletzt dadurch, dass ein Sachverständiger häufig geneigt ist, den zur Begutachtung erforderlichen Sachverhalt selbst zu ermitteln oder – mangels konkreter Vorgaben – sein eigenes Rechtsverständnis zugrunde zu legen (vgl. hierzu unten IV.). Beschränkt sich das Gericht dann auf die Prüfung der Wider-

---

<sup>35</sup> Vgl. hierzu Althammer/Schäuble, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, 1, 2.

<sup>36</sup> Gleiches gilt für das selbständige Beweisverfahren (§ 487 Nr. 2 ZPO). Für dieses gilt ergänzend § 490 Abs. 2 Satz 1 ZPO, wonach in dem Beschluss, durch welchen dem Antrag stattgegeben wird, die Tatsachen, über die der Beweis zu erheben ist, zu bezeichnen sind.

<sup>37</sup> Gegen den Vorwurf, dass Gerichte dem zunächst abzufassenden Beweisbeschluss zu wenig Aufmerksamkeit widmen, die Anknüpfungstatsachen - trotz unberechtigt hoher Anforderungen an die Substantiierungslast - nicht sorgfältig herausarbeiten und später die Ausführungen des Sachverständigen unreflektiert in das abzufassende Urteil als überzeugende und widerspruchsfreie Ausführung einfließen lassen, hat Martine Stein aus richterlicher Sicht (OLG Düsseldorf) vorgebracht, „dass ein Beweisthema nur so gut herausgearbeitet werden kann, wie es der Sachvortrag der Parteien erlaubt“. Ein „strukturierter, sich den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles widmender Vortrag des Prozessbevollmächtigten zu Beginn des Prozesses wird es selbst dem technisch nicht so versierten Richter erleichtern, die beweisrelevanten Tatsachen zum Wohle der Prozessparteien alsbald klar und eindeutig zu erfassen.“ (Stein, BauR 2012, 1350; Rez. zu Koenen, Sachverständigenbeweis).

spruchsfreiheit des Sachverständigengutachtens<sup>38</sup>, kann dieses von der Richtigkeit des Gutachtens überzeugt sein, ohne zu bemerken, dass der Sachverständige darin nicht nur Tatsachen festgestellt, sondern den Rechtsstreit auch (vor-)entschieden hat.

#### **IV. Die Erstattung des Gutachtens in der Parallelwelt des Sachverständigen**

Die in § 404a ZPO (für das Gericht) und § 407a ZPO (für den Sachverständigen) normierten Pflichten ergänzen sich und bezwecken zugleich eine rasche, sachdienliche und ordnungsgemäße Durchführung der Beweisaufnahme. Nur wenn beide Vorschriften sorgfältig beachtet werden, worauf auch die Parteien hinwirken sollten, kann der vielfach kritisierte Einfluss des gerichtlichen Sachverständigen eingedämmt werden.

Die Pflichten des Sachverständigen beginnen bereits in dem Moment, in dem dieser von der Bestellung erfährt. Hat der Sachverständige in diesem Moment Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages, ist er verpflichtet, unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen (§ 407a Abs. 3 Satz 1 ZPO). Hintergrund ist, dass das Gericht – jedenfalls nach der Vorstellung des Gesetzgebers – Herr des Verfahrens bleiben soll, während der Sachverständige „nur“ weisungsgebundener (neutraler) Gehilfe<sup>39</sup> ist.

Was passiert jedoch in der Realität, wenn nach dem Beweisbeschluss auch die Beantwortung von Rechtsfragen verlangt ist? Zunächst steht der Sachverständige dann vor der Frage zu prüfen, ob es sich überhaupt um eine Rechtsfrage handelt, was in manchen Fällen bereits vertiefte juristische Kenntnisse voraussetzt. Möglicherweise ist der Sachverständige in diesem Moment bereits geneigt, sich auf die Kompetenz des Gerichts zu verlassen und anzunehmen, dass man ihm, dem Sachverständigen, schon keine (unzulässige) Rechtsfrage zur Beantwortung vorlegen wird. Insofern müsste der Sachverständige eigentlich schon bei jeder Rechtsfrage mitteilen, dass der Auftrag jedenfalls insoweit nicht in sein Fachgebiet fällt (§ 407a Abs. 1 ZPO). Auch dürfte die Erkenntnis, dass der Beweisbeschluss auch Rechtsfragen enthält, bei näherer Betrachtung bereits Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftra-

---

<sup>38</sup> Zur Prüfungserfordernis Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit des Gutachtens vgl. OLG München, NJW 2006, 1293; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 286 Rn. 3.

<sup>39</sup> Vgl. Koenen, a.a.O., Rn.33f. m.w.N.

ges auflösen, die mit dem Ersteller des Beweisbeschlusses zu klären wären (§ 407a Abs. 3 S. 1 ZPO).

Während es im gerichtlichen Umfeld des Verfassers<sup>40</sup> vor einigen Jahren noch üblich war, dass Sachverständige das Gericht angeschrieben und darum gebeten haben, dem Sachverständigen Vorgaben zu machen, wenn der Beweisbeschluss Rechtsfragen enthielt, haben manche Sachverständige hiervon zwischenzeitlich wieder Abstand genommen. Dies mag damit zu tun haben, dass Gerichte in einer Situation, in der die Akte dem Sachverständigen übermittelt worden und bei Gericht lediglich noch ein Aktenretend vorhanden ist, kaum gewillt, wenn überhaupt in der Lage sind, vom Sachverständigen gestellte Fragen zu Inhalt und Umfang des Auftrages zu beantworten. Ein in dieser Situation häufig erteilter Rat ist der, der Sachverständige möge das Gutachten, soweit es ihm möglich ist, erstatten und etwaig als solche erkannte Rechtsfragen also solche herausstellen, die dann ohnehin vom Gericht zu entscheiden wären.

Genau hierdurch erhebt das Gericht den Sachverständigen jedoch zum „Hilfsrichter“ und verlangt ihm juristische Fähigkeiten ab, die ein Sachverständiger jedenfalls nicht haben muss. Zwar ist dem Gericht in dieser Situation sicherlich bewusst, dass es selbst für die Beantwortung von Rechtsfragen zuständig ist. Gleichwohl gestatten Gerichte Sachverständigen immer wieder die Beantwortung von Rechtsfragen, insbesondere im Architektenhonorarrecht, und zwar in der irrigen Annahme, Rechtsansichten eines Sachverständigen könnten so behandelt bzw. ignoriert werden wie die von Parteien geäußerten Rechtsansichten. Die Rechtsansichten einer Partei unterscheiden sich jedoch im Hinblick auf die Bedeutung bzw. den Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung von den von einem Sachverständigen geäußerten Rechtsansichten fundamental. Dies beginnt schon damit, dass die Bedeutung einer Tatsache – je nach Rechtsansicht – völlig unterschiedlich sein kann<sup>41</sup> und endet mit dem Umstand, dass bestimmte, vom Sachverständigen selbst ermittelte Tatsachen (§ 404a Abs. 4 ZPO) unter Berücksichtigung einer unrichtigen Rechtsauffassung völlig unberücksichtigt bleiben können, selbst dann, wenn die Tatsache unstrittig ist. Taucht dann eine derartige Tatsache im Gutachten gar nicht auf, weil diese aus Rechtsgründen für unerheblich bzw. unbeachtlich gehalten wird, würde das Gericht die Bedeutung dieser Tatsache möglicherweise auch dann noch verkennen, wenn diese Tatsache zusätzlich noch schriftsätzlich vorgetragen wäre,

---

<sup>40</sup> Das sind vor allem die Oberlandesgerichtsbezirke Hamm, Düsseldorf und Celle.

<sup>41</sup> Dies ist ja auch der Hintergrund dafür, dass viele der von Parteien geäußerten Tatsachen aus richterlicher Sicht völlig unerheblich sind.

weil die Feststellungen des Sachverständigen dem Parteivortrag vorgehen.

Ermittelt der Sachverständige hingegen selbständig einen Sachverhalt, der nicht schriftsätzlich vorgetragen worden ist, was in der Praxis nicht selten vorkommt, besteht in besonderer Weise das Risiko, dass sich die unrichtige Rechtsansicht eines Sachverständigen unbemerkt in der gerichtlichen Entscheidung widerspiegelt. Zwar kann das Gericht einem Sachverständigen nach § 404a Abs. 4 ZPO gestatten, Beweisfragen „aufzuklären“ und eigene Ermittlungen anzustellen. Dieser darf jedoch nur Wahrnehmungen verwerten, die er nur aufgrund seiner Sachkunde machen kann. Im Übrigen darf der Sachverständige eigene Beweise nicht erheben.<sup>42</sup>

Denn: Berücksichtigt der Sachverständige auf diese Weise – gegebenenfalls aus unrichtigen rechtlichen Erwägungen – Tatsachen, gelten diese als festgestellt und der Beweis als erbracht, zumal es sich regelmäßig der Kenntnis des Gerichts entzieht, wie diese vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen zustande gekommen sind. Vor diesem Hintergrund greift die Ansicht, die Äußerung von Rechtsansichten bzw. die Beantwortung von Rechtsfragen sei unschädlich, wenn diese im Gutachten als solche erkennbar sind, zu kurz – vor allem deshalb, weil der Erkenntnisprozess des Sachverständigen zur Ermittlung bzw. Feststellung von Zusatztatsachen regelmäßig dem Blickfeld und damit auch dem Einflussbereich des Gerichts entzogen ist. Das Gericht übergibt nämlich nach Erlass des Beweisbeschlusses die Gerichtsakte in die Obhut des Sachverständigen und überlässt diesem – ungeachtet der weiterhin bestehenden *rechtlichen* Beeinflussungsmöglichkeit durch das Gericht – faktisch die Prozessführung. Dabei müsste doch auch dem Gericht bewusst sein, dass bei nahezu jedem Ortstermin auch eine Sachverhalts-„Aufklärung“ durch den Sachverständigen stattfindet und dass der Parteivortrag im Ortstermin für manchen Sachverständige die Lektüre der Gerichtsakte ersetzt, gestützt auf ein bisweilen tief sitzendes Misstrauen gegenüber den Schriftsätzen der Parteien. Nur so wird verständlich, warum das Gericht nicht selten von einem anderen Sachverhalt ausgeht als der Sachverständige, der sich seine Informationen informell, d.h. durch „Anhörung“ der Parteien, Vernehmung von Zeugen<sup>43</sup> oder eigenen „Ermittlungen“ verschafft hat.

---

<sup>42</sup> BGHZ 37, 389, 394; Urteil des BGH vom 10.07.1997 – VI ZR 69/96; NJW 1997, 3096, 3097; Stein/Johas/Leipold, Vorbem. zu § 402 ZPO Rz. 51; § 404a ZPO Rz. 13; Münchner Kommentar-ZPO/Damrau § 404a Rz. 7.

<sup>43</sup> Ob eine Vernehmung von Zeugen durch einen Sachverständigen zulässig ist, ist streitig. Bejahend Stein/Johas/Leipold, § 404a ZPO Rz. 12, 13.



Tatsachen, die der Sachverständige in Ausführung des Gutachtauftrages aufgrund seiner Sachkunde ermittelt – sogenannte Befundtatsachen –, können verwertet werden; dies gilt auch dann, wenn die Parteien diese Ergebnisse nicht ausdrücklich zum Gegenstand ihres Vortrages machen.<sup>44</sup>

Nicht ohne Weiteres berücksichtigt werden können hingegen Wahrnehmungen, die der Sachverständige nur bei Erledigung des Gutachtauftrages macht, zu deren Feststellungen aber keine Sachkunde erforderlich ist und die festzustellen ihm an sich verwehrt ist – sogenannte Zusatztatsachen. Eine Verwertung solcher Tatsachen nämlich verletzt den in § 355 Abs. 1 ZPO verankerten Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme,<sup>45</sup> von dem Abweichungen nur in den (engen) Grenzen der §§ 372 Abs. 2, 375, 402, 434, 451 ZPO zulässig sind.

Nicht nur die Anhörung der Parteien und die Vernehmung von Zeugen durch den Sachverständigen stellen ein im Einzelnen kaum nachvollziehbares Einfallstor für dessen Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung dar. Darüber hinaus übersteigen insbesondere Art und Umfang der vom Sachverständigen durchgeführten Ermittlungen regelmäßig die vom Dispositionsgrundsatz geprägten zivilprozessualen Grenzen. So ermitteln Sachverständige den für die Beantwortung der Beweisfrage maßgeblichen Sachverhalt bisweilen so lange, bis sie eine aus ihrer Sicht schlüssige Antwort auf die streitgegenständlichen Fragen geben können. Dies ist jedoch nicht ihre Aufgabe.

So neigen manche Sachverständige dazu, sich bei vermeintlich objektiven Dritten (z.B. Herstellern oder Verbänden) zu informieren und entscheidungserhebliche Tatsachen abzufragen. Sie verkennen dabei jedoch, dass diese Dritten keineswegs neutral sind und deren erkenntnisleitende Interessen ungefiltert in das Sachverständigengutachten einfließen können. So kommt es beispielsweise häufig vor, dass Sachverständige sich bei den Herstellern Datenblätter besorgen, weil die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – dem Sachverständigen diese nicht zur Verfügung stellen wollen oder können. Es kommt auch vor, dass

---

<sup>44</sup> Hier greift der Grundsatz ein, dass sich eine Partei regelmäßig die ihr günstigen Darstellungen der technischen Vorgänge und Zusammenhänge aus dem Gutachten des Sachverständigen zumindest hilfweise zu Eigen machen wird. Urteile des BGH vom 07.10.1987 – VIII ZR 255/86; NJW 1988, 1018, 1020; vom 08.01.1990 – VI ZR 102/90 – NJW 1991, 1541, 1542; vom 03.04.2001 – VI ZR 203/00, NJW 2001, 2177, 2178; vom 26.07.2005 – X ZR 109/03 – NJW 2006, 63, 65.

<sup>45</sup> Allerdings hat dieser Grundsatz bereits durch die Vorschrift des § 411a ZPO eine gewisse Einschränkung erfahren.

sich Sachverständige erst gar nicht bei den Parteien erkundigen, ob diese die aus Sicht des Sachverständigen maßgeblichen Datenblätter zur Verfügung stellen können.

Hintergrund dieser Praxis ist, dass Sachverständige der vermeintlichen Neutralität von nicht am Prozess Beteiligten mehr Bedeutung beimessen als dem Vortrag der Parteien, selbst wenn dieser – was durchaus vorkommt – unstrittig ist. Damit mag zu tun haben, dass nicht wenige Sachverständige, auch wenn sich nach den später eingereichten Abrechnungen jeweils ein anderer Eindruck aufdrängt, zur Vorbereitung eines Ortstermins nur den Beweisbeschluss und die aus Sicht des Sachverständigen maßgeblichen Anlagen lesen. Fehlen dann aus Sicht des Sachverständigen Unterlagen, fordert er diese an, um sich den Sachverhalt, wie er ihn für die Beantwortung der Beweisfragen meint zu benötigen, (re-)konstruieren zu können. Neben der Tatsache, dass technisch aus- bzw. vorgebildete und geprägte Sachverständige Gerichtsakten anders lesen als juristisch geprägte Richter und Parteivertreter, dürfte dies der maßgebliche Grund dafür sein, dass Sachverständige nicht selten von einem „gerichtsfremden“ Sachverhalt jenseits des schriftsätzlich vorgetragenen Parteivortrags ausgehen.

Die vom Sachverständigen eigenständig veranlassten Ermittlungen sind jedoch, und dies wird weitgehend verkannt, eine Keimzelle für sachfremde Einflussfaktoren auf die gerichtliche Entscheidung, vor allem dann, wenn diese im Gutachten nicht dokumentiert sind. Häufig treten Art und Umfang der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen erst im Rahmen der Anhörung zutage, d.h. zu einem Zeitpunkt, in dem der Sachverständige seine Feststellungen bereits getroffen hat.

Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, dass sich immer wieder im Rahmen der Anhörung des Sachverständigen herausstellt, dass ein Hersteller von Bauprodukten Datenblätter herausgegeben hat, die für den Zeitpunkt der Ausführung gar nicht maßgeblich waren und auf denen das technische Problem, das Hintergrund und Anlass für die Beweisaufnahme war, dementsprechend auch nicht (mehr) erkennbar ist.

Ungeachtet dessen gehen manche Gerichte heutzutage noch einen Schritt weiter und räumen dem Sachverständigen mit Erlass des Beweisbeschlusses ausdrücklich die Möglichkeit ein, Unterlagen von Parteien und Dritten anzufordern. Hierdurch wird jedoch nicht nur einer faktischen Amtsermittlung durch den Sachverständigen Tür und Tor geöffnet, sondern im Ergebnis zumindest erschwert, dass sich der Sachverständige bei Fragen an das Gericht wendet. Insofern darf es auch

nicht verwundern, dass Gutachten immer wieder Tatsachen enthalten, die von keiner Partei vorgetragen worden sind.

Die Zielrichtung der Ermittlungen des Sachverständigen beruht immer auf dessen rechtlichem Vorverständnis, und zwar unabhängig davon, ob sich der Sachverständige dessen bewusst ist. Dieses Vorverständnis muss keinesfalls mit der Rechtsauffassung des Gerichts übereinstimmen. Abweichungen werden in der Praxis immer wieder deutlich und zeigen sich besonders häufig beim Mangelbegriff. Es ist kein Geheimnis, dass die diesbezügliche Vorstellung zahlreicher Sachverständiger vom Mangelbegriff des Bundesgerichtshofs eklatant abweicht. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Bedeutung des funktionalen Mangels, der mit einer – bei Sachverständigen häufig festzustellenden – Beschränkung auf rein handwerkliche Fehler nicht zu vereinbaren ist. Das erkenntnisleitende Interesse des Sachverständigen ist bei einem solchen rechtlichen Vorverständnis vom „Mangel“ von vornherein darauf konzentriert, Fehler von der üblichen Soll-Beschaffenheit ausfindig zu machen, wobei die übliche Beschaffenheit in der Regel auf die Herstellerangaben gestützt und die vorgegebene Soll-Beschaffenheit hiervon abgeleitet wird.

## V. Zusammenfassung

Als methodischer Schritt auf dem Weg zum Urteil unterliegt die Erstattung eines Sachverständigengutachtens Sachgesetzlichkeiten, die einer rechtlichen Regelung nur schwer zugänglich sind. Die Zivilprozessordnung verlangt vom Gericht nur ganz allgemein eine Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen (§ 404a ZPO). Wie diese ausgeübt wird, ist nicht geregelt, ebenso wenig wie der eigentliche richterliche Erkenntnisprozess selbst. Die Grenze ist jedoch die in § 355 ZPO gesetzlich verankerte Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Danach erfolgt die Beweisaufnahme *vor dem* Prozessgericht.

Räumt das Gericht einem Sachverständigen gleichwohl Beurteilungsspielräume ein, läuft das Gericht Gefahr, dass ihm die eigentliche Entscheidung – gegebenenfalls unbemerkt – aus der Hand genommen wird. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass der Entscheidungsfindungsprozess des Sachverständigen in einem vom Gericht unabhängigen Bereich stattfindet und dieser Prozess regelmäßig nicht dokumentiert wird. Eine Überprüfung bzw. Begleitung des Gerichts während der Erstattung des Gutachtens stößt allein schon auf praktische Schwierig-

keiten, weil dem Gericht während der Entstehung des Gutachtens nur ein Aktenretend zur Verfügung steht.

Die vor diesem Hintergrund verständliche Zurückhaltung der Gerichte im Hinblick auf Fragen der Sachverständigen nehmen letztere zum Anlass, auf eine Nachfrage im Zweifel zu verzichten, zumal diese wissen, dass Umfang und Häufigkeit der Nachfragen bei Gericht im umgekehrt proportionalen Verhältnis zur Häufigkeit der Auftragserteilung und damit zum wirtschaftlichen Erfolg eines Sachverständigen stehen.

Geht das Gutachten über die Überprüfung von reinen Tatsachenbehauptungen hinaus, was nach teilweise vertretener Ansicht im Architektenhonorarrecht nicht zu vermeiden ist<sup>46</sup>, bleibt der sachverständige Erkenntnisprozess dennotwendiger Weise unklar, häufig auch noch nach Anhörung des Sachverständigen.<sup>47</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass die Neigung der Gerichte, Offenbarungen des Sachverständigen zu seinem Erkenntnisprozess zur Kenntnis, geschweige denn zu Protokoll zu nehmen, gering ausgeprägt ist, zumal dann, wenn das Gericht den Rechtsstreit vor der Anhörung für entscheidungsreif hält.

Dass Sachverständige zuvor Parteien befragt, Auskünfte bei Dritten eingeholt und sogar mit Fachkollegen über den Fall diskutiert haben – das alles spielt sich in einer dem Gericht abgewandten Parallelwelt ab. Dass Gerichte im Rahmen der Anhörung diesbezüglich und im Hinblick auf das rechtliche Vorverständnis des Sachverständigen immer wieder Überraschungen erleben, lässt jedoch keinesfalls nur Rückschlüsse auf die Qualität der Sachverständigen zu. Derartige Überraschungen offenbaren vielmehr Defizite in der gerichtlichen Prozessführung. Infolgedessen stehen im Bauprozess regelmäßig mehrere Sachverhaltsvarianten zur Debatte, eine aus und in der Welt des Gerichts, eine andere aus der Parallelwelt des Sachverständigen.

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum Sachverständige insbesondere im Architektenhonorarrecht als „erweitertes Gehirn des Richters“<sup>48</sup> bezeichnet werden. Solange jedoch Gesetzgebung und Justiz diese Parallelwelt, an der nur die Parteien, deren Vertreter und der Sachverständige beteiligt sind, billigen und immer mehr – aus welchen Gründen auch immer – vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO) abrücken, wird man diesen außergerichtlichen

---

<sup>46</sup> Vgl. oben, insb. Fn. 21.

<sup>47</sup> Zur Anhörung des Sachverständigen als Ausfluss des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör vgl. Koenen, Sachverständigenbeweis, a.a.O., Rn. 733 ff.

<sup>48</sup> Vgl. oben Fn. 2.

Erkenntnisprozess des Sachverständigen und damit auch dessen Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung nicht verhindern können.

Der Einfluss des Sachverständigen und des von ihm erstellten Gutachtens – hier als „Block Box“ bezeichnet – ist vor allem in den Rechtsgebieten kaum zu identifizieren, in denen die Abgrenzung von Tatsachen- und Rechtsfragen besonders schwierig ist. Dies gilt insbesondere für das Architektenhonorarrecht.