

Sachverständige und Eingriffe in die Bausubstanz

von den Rechtsanwälten Dr. Angela Dageförde und Michael Fastabend - beide Prof. Versteyl Rechtsanwälte, Burgwedel - sowie dem Bauingenieur Dr. Eduard Kindereit - Kindereit Ingenieure, Isernhagen -

Mit Beschluss vom 8.2.2005 hat das OLG Celle festgestellt, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige verpflichtet sei, Eingriffe in die Bausubstanz auf eigene Verantwortung vorzunehmen, wenn dies erforderlich ist, um die Beweisfrage zu beantworten¹. Damit steht das OLG Celle in dieser umstrittenen Frage im Lager der bei *Kniffka/Koebler*² als "herrschend" bezeichneten Meinung. Bei genauer Lektüre der vielfältigen Entscheidungen zu dieser Thematik und unter Auswertung der einschlägigen Kommentierung ergibt sich jedoch ein sehr ausdifferenziertes Meinungsspektrum. Der nachfolgende Aufsatz will - nach einer Darstellung des vom OLG Celle entschiedenen Falles und einer Zusammenfassung des Meinungsspektrums - einen eigenen kritischen Beitrag zur nach wie vor nicht abgeschlossenen Frage der Pflichten des gerichtlich bestellten Sachverständigen leisten.

1. Der Beschluss des OLG Celle vom 8.2.2005

Der eingangs genannten Entscheidung des 7. Zivilsenats des OLG Celle lag folgender Fall zugrunde: Die Antragstellerin eines selbständigen Beweisverfahrens begehrte die Feststellung verschiedener Mängel sowie deren Ursachen. Konkret ging es um Feuchtigkeitsschäden in einem Raum im Erdgeschoss ihres Hauses und hier um die Frage, ob diese von der Dusche des darüber gelegenen Badezimmers herrührten. Der vom Gericht bestellte Sachverständige ließ nach seiner Begutachtung die Beweisfrage offen. Das von der Antragstellerin angerufene LG Stade beschloss daher die Einholung eines Ergänzungsgutachtens. Der Sachverständige weigerte sich jedoch, die ergänzende Begutachtung mittels Bausubstanzöffnung vorzunehmen. Den Antrag, den Sachverständigen anzuweisen, eine Bauteilöffnung vorzunehmen, um die Ursache der Feuchtigkeitsschäden ermitteln zu können, lehnte das LG Stade ab. Die Antragsgegnerin legte daraufhin Sofortige Beschwerde bei dem OLG Celle ein. Mit Erfolg: Das OLG Celle stellte fest, das Beweisverfahren sei noch nicht beendet, da die Beweisfrage noch nicht von dem zu diesem Zweck bestellten Sachverständigen beantwortet worden sei. Die Beantwortung gutachterlicher Fragen seines Fachgebiets bilde den klassischen Aufgabenbereich eines gerichtlichen Sachverständigen. Um dieser Aufgabe nachkommen zu können, müsse er sich erforderlichenfalls anderer Personen bedienen. Jedenfalls dann, wenn der Eigentümer einem Eingriff in die Bausubstanz zugestimmt habe, sei der Sachverständige im Weigerungsfalle vom Gericht anzuweisen,

¹ OLG Celle, Beschluss vom 8.2.2005 - 7 W 147/04 -, veröffentl. in OLG Report 2005, S. 154 f.

² Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl. 2004, 20. Teil, Rn 36.

diesen Eingriff vorzunehmen. Auf welche Weise der Gutachter die Bauteilöffnung vornehme, sei hingegen seine Sache.

2. Der Meinungsstreit

Gegen eine Verpflichtung des Sachverständigen, Eingriffe in die Bausubstanz auf eigene Verantwortung vorzunehmen, sprechen sich neben Werner/Pastor³ die Oberlandesgerichte Brandenburg⁴, Bamberg⁵ und Rostock⁶ und ihnen folgend das Landgericht Limburg⁷ aus. Zur Begründung führen sie aus:

- Der Sachverständige habe nicht die handwerklichen Fähigkeiten, eine Bauteilöffnung vorzunehmen.
- Eine Verpflichtung des Sachverständigen, die mangels eigener handwerklicher Fähigkeiten erforderlichen Werkverträge mit Handwerksfirmen abzuschließen, käme einem Kontrahierungszwang gleich.
- Die Bauteilöffnung durch den Sachverständigen auf eigene Verantwortung begründe nicht versicherbare Haftungsfolgen. Der Sachverständige unterliege damit erheblichen finanziellen Risiken.
- Der Eingriff in die Bausubstanz gehöre - anders als im medizinischen Bereich (!) - nicht zur Ausbildung bzw. zum Zuschnitt des Gewerbes des Sachverständigen.
- Die Klärung der Verantwortlichkeiten für etwaige durch die Bauteilöffnung verursachte Schäden ziehe einen Folgeprozess nach sich.
- Die Parteien hätten ein schutzwürdiges Interesse daran, das Prozess- und das Kostenrisiko abzuwägen. Das könnten sie am besten, wenn sie die Bauteilöffnung selbst durchführten.
- Die Beauftragung der Vorarbeiten zur Begutachtung durch den Sachverständigen sei eine Obliegenheit der Antragsteller des selbständigen Beweisverfahrens.

Bei der Frage, ob das Gericht befugt sei, den Sachverständigen anzuweisen, die Bauteilöffnung vorzunehmen und - weitergehend - ob der Sachverständige verpflichtet sei, der gerichtlichen Anordnung Folge zu leisten, differenzieren die genannten Gerichte und Autoren. Werner/Pastor und das OLG Rostock meinen - sehr weit gehend -, der Sachverständige sei selbst dann nicht verpflichtet, den zur Begutachtung erforderlichen Eingriff in die Bausubstanz vorzunehmen, wenn ihn das Gericht gemäß § 404 a Abs. 1 ZPO entsprechend anweise. Der Sachverständige sei der falsche Adressat einer solchen Anordnung. Diese sei vielmehr an den Antragsteller zu richten⁸. Demgegenüber

³ Der Bauprozess, 11. Aufl. 2005, S. 38 Rn 91.

⁴ Beschluss vom 9.8.1995, Az. 8 W 125/95, BauR 1996, 432.

⁵ Beschluss vom 9.1.2002, Az. 4 W 129/01, BauR 2002, 829.

⁶ Beschluss vom 4.2.2002, Az. 7 W 100/01, BauR 2003, 757.

⁷ Beschluss vom 12.5.2005, Az. 4 OH 6/05, BauR 2005, 1670.

⁸ Werner/Pastor, a. a. O. (vgl. Fn 3); OLG Rostock, a. a. O. (vgl. Fn 6).

vertritt das OLG Bamberg die Auffassung, das Gericht sei zwar **berechtigt**, aber **nicht verpflichtet**, den Sachverständigen gemäß § 404 a ZPO anzuweisen, die zur Herstellung von Bauteilöffnungen erforderlichen Werkverträge abzuschließen. Ob der Sachverständige dieser Anweisung Folge leisten muss, lässt das OLG Bamberg⁹ im Gegensatz zum OLG Brandenburg¹⁰ offen. Letzteres wiederum meint, auf Anordnung des Gerichts müsse der Sachverständige die notwendigen Bauteilöffnungen herstellen.

Auf der Seite der Befürworter einer Verpflichtung des Sachverständigen, die zur Beantwortung der Beweisfrage erforderlichen Eingriffe in die Bausubstanz eigenverantwortlich vorzunehmen, stehen neben Kniffka/Koeble¹¹ insbesondere die Oberlandesgerichte Frankfurt¹², Düsseldorf¹³ und Celle¹⁴.

Sie begründen ihre Entscheidungen im Wesentlichen mit folgenden Argumenten:

- Der Sachverständige habe dafür zu sorgen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erledigung seines Gutachtauftrages geschaffen werden und keine schädlichen Folgen seiner Tätigkeit zurückbleiben.
- Die Kosten der Einschaltung anderer Personen für Hilfsdienste von untergeordneter Bedeutung (§ 407 Abs. 2 ZPO) könne der Sachverständige weitergeben; gegen fahrlässige Fehleinschätzungen zur Richtigkeit seiner Anweisungen und Zuverlässigkeit seiner Mitarbeiter könne er sich versichern.
- Auch in anderen Fachgebieten - wie beispielsweise im medizinischen Bereich - könne sich ein Sachverständiger nicht darauf zurückziehen, auf Parteikosten den Begutachtungsgegenstand kostenfrei augenscheinsmäßig präsentiert zu bekommen.
- Der Sachverständige sei gegen das mit Substanzeingriffen verbundene Risiko zumindest dann versichert, wenn er neben seiner gutachterlichen Tätigkeit auch noch einen entsprechenden Handwerksbetrieb führe. Dann werde er in der Regel die Maßnahme selbst durchführen.
- Das Risiko der mangelnden Versicherbarkeit könne der Sachverständige im Übrigen dadurch minimieren, dass er die Partei selbst um Vornahme des Substanzeingriffes bitte - dann hafte er nur noch für eine grob fehlerhafte Einschätzung der Notwendigkeit des empfohlenen Eingriffs.

Sämtlichen Entscheidungen ist gemein, dass eine gerichtliche Weisung des Sachverständigen gemäß § 404 a ZPO für erforderlich gehalten wird.

⁹ OLG Bamberg, a. a. O. (vgl. Fn 5).

¹⁰ OLG Brandenburg, a. a. O. (vgl. Fn 4).

¹¹ Kniffka/Koeble, a. a. O. (vgl. Fn 2).

¹² OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.2.1998, Az. 18 U 50/95, BauR 1998, 1052.

¹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.1.1997, Az. 23 W 47/96, BauR 1997, 697.

¹⁴ OLG Celle, a. a. O. (vgl. Fn 1).

3. Rechtliche Würdigung

a. Pflichten des Sachverständigen

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob der Eingriff in die Substanz des zu begutachtenden Bauwerks überhaupt zu den Verpflichtungen eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört.

Die Vorschrift des § 407 a ZPO enthält einen Katalog der wesentlichen Pflichten des vom Gericht bestellten Sachverständigen¹⁵. Danach hat der gerichtlich bestellte Sachverständige das vom Gericht geforderte Gutachten zu erstatten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder wenn er das Gewerbe, dessen Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerb ausübt (§ 407 a Abs. 1 ZPO). Der Sachverständige ist verpflichtet, das Gutachten eigenverantwortlich zu erstatten, wie sich aus § 407 a Abs. 2 ZPO ergibt. Der Sachverständige darf sich aber der Mitarbeit anderer Personen bedienen (§ 407 a Abs. 2 S. 2 ZPO). Die notwendigen Aufwendungen für diese Personen werden dem Sachverständigen nach § 8 ZSEG ersetzt. Kann der vom Gericht ernannte Sachverständige das Gutachten nicht erstatten, muss er unverzüglich das Gericht verständigen (§ 407 a Abs. 1 S. 2 ZPO).

Wenn es sich bei dem Sachverständigen nicht um den Inhaber eines Handwerksbetriebs handelt, dessen Tätigkeit dem zur Bauteilöffnung erforderlichen Gewerk entspricht, kann der Sachverständige nicht selbst die erforderlichen Arbeiten durchführen. Er müsste mithin einen entsprechenden Handwerksbetrieb beauftragen.

Das OLG Celle erkennt diese Notwendigkeit in seinem Beschluss vom 8.2.2005 durchaus und nennt den von dem Sachverständigen zur Ausführung von Substanzeingriffen hinzuzuziehenden Dritten "Hilfsperson". Dieser Begriff ist jedoch sowohl der ZPO als auch dem ZSEG unbekannt. § 407 a ZPO spricht von "einer anderen Person" und § 8 ZSEG nennt den Begriff der "Hilfskraft". Zu der Person der Hilfskraft hat das OLG Hamm bereits 1974 folgendes ausgeführt:

*"Hilfskraft ... kann nur der sein, wer **auf dem Fachgebiet des Sachverständigen** mithilft. Sobald die ... Fähigkeiten des Sachverständigen für einen Teilbereich seines Auftrags nicht mehr ausreichen und er deswegen Aufgaben delegieren muss, ... hört der Mitarbeiter auf, Hilfskraft zu sein."*¹⁶ [Anm.: Hervorhebung durch Verf.]

¹⁵ Damrau, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2000, § 407 a Rn 1.

¹⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 6.2.1974, RPfl. 1974, 243.

Auch in der Kommentarliteratur wird betont, dass der Sachverständige sich nur der Mitarbeit von **weisungsgebundenen Gehilfen** bedienen und diese ausschließlich für **unterstützende Dienste** einsetzen darf¹⁷.

Den meisten Sachverständigen im Bauwesen fehlen die handwerklichen Fähigkeiten und Möglichkeiten, selbst Substanzeingriffe auszuführen (die von den Handwerkskammern öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen mögen hier eine gewisse Ausnahmestellung einnehmen). Die von ihnen zur Bauteilöffnung hinzugezogenen Handwerker sind mithin keine Hilfskraft, da ihre Fähigkeiten insoweit weiter reichen als die des Sachverständigen. Der Handwerker ist dann eher einem weiteren Sachverständigen gleichzusetzen. Einen solchen darf der vom Gericht mit der persönlichen Erstattung des Gutachtens beauftragte Sachverständige aber nicht selbst beauftragen (§ 407 a Abs. 1, 2 ZPO).

Nach dem Pflichtenkatalog des § 407 a ZPO ist mithin der gerichtlich bestellte Sachverständige nicht verpflichtet, einen von ihm zur Begutachtung für erforderlich gehaltenen Substanzeingriff vorzunehmen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Sachverständige nicht einen Handwerksbetrieb hat, der auf die erforderlichen Arbeiten ausgerichtet ist.

Selbst wenn aber der gerichtlich bestellte Sachverständige die zur Bauteilöffnung erforderlichen handwerklichen Fähigkeiten hat, weil er einen entsprechenden Handwerksbetrieb führt, wird der Sachverständige entgegen OLG Celle¹⁸ in der Regel kein Interesse daran haben, den Substanzeingriff selbst vorzunehmen. Denn dies würde zu einer Vermischung von freiberuflicher und gewerblicher Tätigkeit führen. Das OLG Celle erkennt die erheblichen versicherungsrechtlichen Konsequenzen, die mit einer solchen Vermischung verbunden sind. Die von dem Sachverständigen als freiberuflich Tätigem abgeschlossene Berufshaftpflichtversicherung deckt gewerbliche Leistungen nicht ab. Handwerkliche Arbeit ist aber gewerbliche Tätigkeit. Die Tatsache, dass für den Handwerksbetrieb ebenfalls eine Versicherung besteht, stellt keinen Ausweg dar. Denn der geschädigte Eigentümer des Bauwerkes ist nicht Vertragspartner des Handwerksbetriebes geworden (auch zwischen dem Sachverständigen und den Parteien bestehen keine vertraglichen Beziehungen¹⁹) mit der Folge, dass die Betriebshaftpflichtversicherung nicht greift.

¹⁷ Greger, in: Zöller, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 404 Rn 1 a; ähnlich: Damrau, a. a. O., § 407 a Rn 5; Hartmann, Kostengesetze, 33. Aufl. 2004, § 8 ZSEG Rn 6; Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren, IBR-Reihe (www.ibr-online.de), Stand: 18.8.2005, 6.3.

¹⁸ Vgl. Fn 1, S. 155, linke Spalte, 3. Absatz.

¹⁹ Damrau, a. a. O., § 404 a Rn 2.

Das Ergebnis muss folglich lauten, dass § 407 a ZPO den gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht verpflichtet, einen Eingriff in die Bausubstanz vorzunehmen bzw. im eigenen Auftrag und in eigener Verantwortung vornehmen zu lassen.

b. Anweisung des Sachverständigen durch das Gericht und Haftungsfragen

Die Folgefrage, ob ein Sachverständiger vom Gericht angewiesen werden kann, Substanzeingriffe vorzunehmen bzw. in eigener Verantwortung vornehmen zu lassen, findet damit zugleich ihre Beantwortung. Zwar wird der gerichtlich bestellte Sachverständige als weisungsgebundener Gehilfe des Gerichts eingestuft²⁰. Gleichwohl kann das Gericht den Sachverständigen nicht per Anweisung gegen seinen Willen zur Bauteilöffnung verpflichten, da der Katalog des § 407 a ZPO eine entsprechende Verpflichtung nicht enthält.

Selbst wenn man jedoch der Auffassung sein sollte, das Gericht sei befugt, den sich weigernden Sachverständigen anzuweisen, einen zur Beantwortung der Beweisfrage erforderlichen Substanzeingriff vorzunehmen, stellt sich weiter die Frage, ob der Sachverständige dann für durch den Eingriff hervorgerufene Schäden oder Mängel haftet.

Da der Sachverständige weder zum Gericht/Staat noch zu einer oder beider Parteien in einer vertraglichen Beziehung steht²¹, kommen vertragliche Schadensersatzansprüche nicht in Betracht. Es bleiben die allgemeinen deliktischen Haftungsnormen²². Hier gilt es zunächst § 839 a BGB in den Blick zu nehmen. Diese Vorschrift wurde 2002 als neuer Haftungstatbestand in das BGB eingefügt, um die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für ein unrichtiges Gutachten abschließend zu regeln²³. Sowohl der beeidigte als auch der unbeeidigte Sachverständige soll für die vorsätzliche oder fahrlässige Erstellung eines falschen Gutachtens haften, da dies für den aufgrund des falschen Gutachtens im Rechtsstreit Unterlegenen oft die einzige Möglichkeit sei, materielle Gerechtigkeit zu erlangen²⁴. Nach dem eindeutigen Wortlaut erfasst § 839 a BGB allein die vorsätzliche oder fahrlässige Falschbegutachtung. Schäden, die durch einen Eingriff in die Bausubstanz entstehen, erfasst diese Haftungsnorm hingegen nicht.

Auch § 823 Abs. 2 BGB kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht. Da § 407 a ZPO der Vereinfachung des Prozessbetriebs dient und nicht die Individualinteressen der Parteien schützt, stellt die Norm kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar. Als mögliche Anspruchsgrundlage bleibt folglich allein § 823 Abs. 1 BGB. Diese Norm begründet bekanntermaßen eine Haftung für die schuldhafte Verletzung absoluter Rechte. In dem vorliegenden Zusammenhang kommt insbesondere eine Haftung des Sachverständigen wegen Verletzung des Eigentums durch den Eingriff in die Bausubstanz in Betracht.

²⁰ Greger, a. a. O., § 404 a Rn 1.

²¹ Damrau, a. a. O., § 404 a Rn 2 unter Hinweis auf BGH NJW 1976, 1154; BGHZ 59, 310, 311; OLG München NJW 1979, 608, 609; OLG München, NJW 1971, 258.

²² So auch die amtl. Begr. zu § 839 a BGB, BR-Drucks. 742/01, 65 - 67, zu Art. 2 Nr. 5.

²³ Vgl. die amtl. Begr. zu § 839 a BGB, a. a. O.

²⁴ vgl. Fn 22 und 23.

In diesem Zusammenhang drängt sich jedoch die Frage auf, ob die Anweisung des Gerichts, den Eingriff in die Bausubstanz vorzunehmen, das für eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB erforderliche Verschulden des Sachverständigen entfallen lässt, zumal, wenn dieser das Gericht zuvor auf seine Bedenken hingewiesen hatte. Es müsste mithin ein Schuldausschließungsgrund zugunsten des Sachverständigen zum Tragen kommen.

Das BGB enthält ebenso wenig wie die ZPO einen solchen Schuldausschließungsgrund²⁵. Jedoch ist es denkbar, Entschuldigungsgründe aus anderen Rechtsgebieten im Bereich des § 823 Abs. 2 BGB analog zur Anwendung gelangen zu lassen²⁶. Zugunsten des Sachverständigen, der gegen seinen Willen auf Anordnung des Gerichts einen Eingriff in die Bausubstanz vornehmen bzw. vornehmen lassen muss und daher dem Eigentümer für am Bauwerk entstandene Schäden haftet, könnte vorliegend der Schuldausschließungsgrund des "Handelns auf Weisung" eingreifen. Obwohl der gerichtlich bestellte Sachverständige bei seiner Tätigkeit unzweifelhaft nicht hoheitlich handelt und nicht als Beamter im staatsrechtlichen Sinne einzustufen ist²⁷, könnte an eine analoge Anwendung des § 56 Abs. 2 S. 1 u. S. 3 Halbs. 2 BBG gedacht werden. Diese Vorschrift stellt den Beamten von der Verantwortung frei, wenn er seiner Remonstrationspflicht nachgekommen und Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer dienstlicher Anordnung geltend gemacht hat²⁸.

Voraussetzung für die Ausfüllung von Gesetzeslücken durch analoge Anwendung von Rechtsnormen ist das Vorliegen einer (a) planwidrigen Regelungslücke sowie (b) das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage²⁹.

(a) Planwidrige Regelungslücke

Regelungslücken sind Lücken innerhalb des Regelungszusammenhangs eines Gesetzes unter Beachtung der gesetzgeberischen Regelungsabsicht für das konkrete Gesetz³⁰. Eine planwidrige Regelungslücke liegt dann vor, wenn eine Regelung für eine Frage fehlt, die nach dem Regelungszusammenhang einer Regelung bedarf bzw. zu erwarten ist. Eine solche Lücke bedeutet nicht etwa ein "Nichts", sondern das Fehlen einer bestimmten, nach dem Regelungsplan oder dem Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu erwartenden Regel³¹.

²⁵ Heinrichs, in: Palandt, 64. Aufl. 2005, § 276 Rn 7.

²⁶ Dies ist zumindest für strafrechtliche Entschuldigungsgründe eindeutig anerkannt.

²⁷ Vgl. Fn XX.

²⁸ Battis, Bundesbeamtengesetz, § 56 Rn 1.

²⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 191 ff.

³⁰ Larenz/Canaris, a. a. O., S. 194.

³¹ Larenz/Canaris, a. a. O., S. 196.

Die Pflichtenkataloge der §§ 404 a und 407 a ZPO wurden durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz 1990 in die ZPO neu aufgenommen³². Die Ergänzung der Vorschriften über den Sachverständigenbeweis sollte die Zusammenarbeit zwischen Parteien, Sachverständigen und Richtern verbessern, um eine rasche, kostensparende und richtige Erledigung des Rechtsstreits zu fördern³³. Die Praxis des Sachverständigenbeweises sollte vereinheitlicht und der Blick der Prozessbeteiligten für die behandelten Probleme und Fehlerquellen geschärft werden³⁴. Dabei sollte die fachliche Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit des Sachverständigen auch durch verbindliche Anordnungen des Gerichts nicht berührt werden³⁵.

Mit der Ergänzung der Vorschriften über den Sachverständigenbeweis beabsichtigte der Gesetzgeber, einer anhaltenden Kritik seitens der Richter und der Gutachter über Mängel in der Praxis der Beweiserhebung durch Sachverständige³⁶ Rechnung zu tragen, allerdings ohne damit die Rechte und Pflichten des Gutachters abschließend regeln zu wollen. Die Gesetzesbegründung führt aus *"Der neue § 407 a enthält einen Katalog der **wesentlichen** Pflichten des vom Gericht beauftragten Sachverständigen, der im geltenden Recht fehlt"*³⁷. [Anm.: Hervorhebung durch Verf.]

Es lässt sich daher durchaus vertreten, dass der Gesetzgeber in seinem Bemühen um eine Vereinheitlichung und Verbesserung des Sachverständigenbeweises auch die Frage von Anweisung und Verantwortlichkeit des nach Weisung handelnden Sachverständigen geregelt hätte, wenn er dieses Problem seinerzeit im Blick gehabt hätte. Die in der Gesetzesbegründung dokumentierte Regelungsabsicht des Gesetzgebers und der Gesamtzusammenhang des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes hätten eine solche Vorschrift durchaus erwarten lassen.

(b) Vergleichbare Interessenlage

Die Ausfüllung einer planwidrig und unbewusst entstandenen Regelungslücke im Wege der Analogie durch die analoge Anwendung einer anderen gesetzlichen Vorschrift setzt allerdings darüber hinaus eine Ähnlichkeit der Tatbestände voraus³⁸.

Der in seiner dienstlichen Tätigkeit eigenverantwortlich handelnde Beamte unterliegt bei der Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit den Weisungen seines Dienstvorgesetzten. Bei Weigerung des Beamten, den Weisungen seines Dienstvorgesetzten Folge zu leisten, drohen ihm Disziplinarmaßnahmen bis hin zur Amtsenthebung.

³² BT-Drucks. 11/3621 vom 1.12.1988.

³³ So die Begr. der BReg. zum GesEntwurf auf BT-Drucks. 11/3621, S. 22.

³⁴ Vgl. vorstehende Fn.

³⁵ Begr. der BReg. zum GesEntwurf auf BT-Drucks. 11/3621, S. 39.

³⁶ Die Kritikpunkte sind im Einzelnen im GesEntwurf auf S. 22 genannt.

³⁷ Begr. der BReg. zum GesEntwurf, a. a. O., S. 40.

³⁸ Larenz/Canaris, a. a. O., S. 202, 203.

Der Sachverständige handelt in Ausübung seiner Tätigkeit fachlich unabhängig und eigenverantwortlich³⁹. Gleichwohl unterliegt der gerichtlich bestellte Sachverständige bei seiner Gutachtertätigkeit im konkreten Fall den Weisungen des Gerichts, dessen Anordnungen ihm gegenüber unbedingt verbindlich sind. Das Gericht kann gegen den Sachverständigen ein Ordnungsgeld verhängen (§ 409 Abs. 1 Satz 2, 3 ZPO, § 411 Abs. 2 ZPO) oder ihm den Gutachtenauftrag entziehen (§ 408 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Während sich der Beamte seiner Verantwortung durch das ordnungsgemäß ausgeübte Remonstrationsrecht nach § 56 BBG entziehen kann, steht dem Sachverständigen diese Möglichkeit nicht offen. Die Situation und Interessenlage des Beamten bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und des vom Gericht bestellten Sachverständigen weisen durchaus Parallelen auf, die eine analoge Anwendung des § 56 BBG rechtfertigen könnten. Selbst wenn man eine Ähnlichkeit der Tatbestände und damit eine Analogiemöglichkeit verneint, wird man sich jedoch zumindest den Rechtsgedanken des § 56 BBG für die Frage des Verschuldens eines zur Bauteilöffnung angewiesenen Sachverständigen nutzbar machen können.

Hat der Sachverständige Bedenken gegen die Bauteilöffnung, weil er befürchtet, diese könne zu irreparablen Schäden am Bauwerk oder auch nur zu ästhetischen Mängeln führen, entfällt bei Anwendung des Rechtsgedankens des § 56 BBG seine nach § 823 Abs. 1 BGB gegenüber dem Bauherrn grundsätzlich bestehende Haftung, wenn er das Gericht ordnungsgemäß auf seine Bedenken hinweist ("remonstriert") und er sodann vom Gericht angewiesen wird, die Bauteilöffnung gleichwohl vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen.

Dies führt in der Konsequenz dazu, dass das Gericht nach den Grundsätzen der Staatshaftung (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG) für die entstehenden Schäden bzw. Mängel an der Bausubstanz haftet, ohne sich auf das Spruchprivileg des § 839 Abs. 2 BGB berufen zu können. Dieser Haftung kann das Gericht seinerseits dadurch entgegen, dass es den Eigentümer des Baus, in dessen Substanz eingegriffen werden soll, verpflichtet, vor der Anweisung des Sachverständigen mittels Prozesserklärung auf die Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche zu verzichten. Dieser Weg ist allerdings nur dann widerspruchsfrei gangbar, wenn der Eigentümer beweisbelastete Partei des Verfahrens ist; denn nur dann kann das Gericht einen verweigerten Verzicht nach den Grundsätzen von Beweisfähigkeit und Beweisvereitelung beurteilen. In anderen Konstellationen wären allenfalls Freistellungserklärungen durch den beweisbelasteten Nichteigentümer denkbar. Allerdings ist nicht erkennbar, auf welche Rechtsgrundlagen das Gericht ein Verlangen entsprechender Prozessklärungen stellen könnte.

³⁹ Dies klarstellend auch die GesBegr der BReg auf BT-Drucks. 11/3621, S. 39.

4. Fazit

Die Frage, ob das Gericht den Sachverständigen zur Bauteilöffnung anweisen kann, wird nach wie vor widersprüchlich und hinsichtlich der haftungsrechtlichen Fragen unzureichend beantwortet. Wenn es sich bei dem Sachverständigen nicht um den Inhaber eines Handwerksbetriebes handelt, dessen Tätigkeit konkret dem zur Bauteilöffnung erforderlichen Gewerk entspricht, fällt die Bauteilöffnung nicht in den Pflichtenkreis des Sachverständigen, mit der Konsequenz, dass eine Anweisung durch das Gericht nicht möglich ist. Soweit gleichwohl das Gericht sich über die begründeten Bedenken und Vorbehalte des Sachverständigen hinwegsetzt und einen Anweisungsbeschluss erlässt, muss dem Sachverständigen bei späteren Haftungsfragen zumindest das Recht zugebilligt werden, analog § 56 Abs. 2 BBG oder zumindest entsprechend dem Rechtsgedanken dieser Vorschrift wegen seiner „Remonstration“ von weiterer Haftung durch das Gericht freigestellt zu werden. Das Gericht kann seinerseits vor Anweisungsbeschluss die Parteien zu freistellenden Prozessklärungen auffordern. Erhält es diese nicht, hat das Gericht gesteigerten Anlass darüber nachzudenken, ob es den Sachverständigen gleichwohl zu einer nach diesseitiger Auffassung nicht bestehenden Pflicht zur Bauteilöffnung anweist. Insgesamt führt der so vorgezeichnete Weg zu einer gerechten Verlagerung der Verantwortung weg vom gerichtlich bestellten Sachverständigen, dessen Hauptpflicht die durch § 839 a BGB haftungsprivilegierte Erstellung des Gutachten ist hin zu den Prozessparteien, die mit dem Bauprozess ihre Individualinteressen verfolgen.

■

Dr. Angela Dageförde
Michael Fastabend
Prof. Versteyl Rechtsanwälte, Burgwedel

Bauingenieur Dr. Eduard Kindereit
Kindereit Ingenieure, Isernhagen