

## **Bedeutung der Privatgutachten im Bauprozess - Abgrenzungen zum gerichtlichen Gutachten -**

**Vor, während und gelegentlich nach dem gerichtlichen Rechtsstreit können privat eingeholte Gutachten eine beachtliche Rolle spielen. Die nachfolgenden Ausführungen<sup>1</sup> befassen sich mit der Bedeutung, aber auch mit den Risiken solcher privat besorgten sachverständigen Äußerungen und grenzen diese - auch kritisch - zu den gerichtlich eingeholten Gutachten ab.**

### Übersicht:

#### **I. Rolle und Funktion des gerichtlichen Sachverständigen**

1. klare Dogmatik: gerichtlicher Sachverständiger = (nur) ein Beweismittel
2. entscheidungsfördernder Einsatz des gerichtlichen Sachverständigen
3. Einweisungspflicht des Richters
4. Probleme des Richters
5. richterliche Pflicht zur eigenständigen Beweiswürdigung
6. systemimmanente Widersprüche
7. Sonderfall: Gutachten im Strafprozess
8. faktische Bedeutung des gerichtlich eingeholten Gutachtens
9. Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

#### **II. Schwierigkeiten bei dem Einsatz von Privatgutachten vor dem Rechtsstreit und während des Rechtsstreits**

1. Grundsätzliches zum privaten Gutachten
2. Privatgutachten im Hauptsacheprozess = qualifizierter Parteivortrag/Urkundenbeweis
3. Privatgutachten im Eilverfahren
4. Kostenerstattungsrisiko der das private Gutachten besorgenden Partei
5. Höhe der erstattungsfähigen Kosten
6. prozessuale Bedeutung des vorgelegten Privatgutachtens für den Gegner

#### **III. Strategien bei der Verwendung von Privatgutachten im Prozess**

1. Verwertung im Einvernehmen der Parteien
2. (mindestens) gleichstarke Qualifikation des Privatsachverständigen
3. keine „Quasi-Befangenheit“ des Privatsachverständigen
4. dem gerichtlichen Gutachten parallele Gestaltung des privaten Gutachtens
5. Einbringen des privaten Gutachtens in den Rechtsstreit
6. Anhörung des privaten Sachverständigen im gerichtlichen Termin
7. privater Sachverständiger als gerichtlicher Zeuge
8. Anmeldung der Kosten des privaten Sachverständigen im Kostenfestsetzungsverfahren
9. Kosten des Privatgutachtens im gerichtlichen Vergleich

---

<sup>1</sup> Der hier abgedruckte Text geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser am 23. November 2009 anlässlich des von dem Verband der Bausachverständigen Deutschlands e.V. veranstalteten 3. Kolloquiums „Verbesserung der Qualität in Gerichtsverfahren erstatteter Gutachten“ in Isernhagen-Altwarmbüchen gehalten hat.

## I. Rolle und Funktion des gerichtlichen Sachverständigen

### 1. klare Dogmatik: gerichtlicher Sachverständiger = (nur) Beweismittel

Diverse klassische juristische Literatur sieht immer mal wieder Veranlassung, darüber zu sinnieren, ob der gerichtliche Sachverständige in den nach den Regeln der ZPO geführten Verfahren nun bloß eines der fünf gleichrangig nebeneinander stehenden Beweis-„Mittel“ sei und als „Gehilfe“<sup>2</sup> des Richters diesem untergeordnet diene oder ob er stattdessen doch schon die angehobene Stellung eines „Helfers“ innehabe oder ob er sogar die Funktion des ebenbürtig neben dem Richter stehenden „Beraters“ wahrnehme<sup>3</sup>. Bisweilen ist der gerichtliche Sachverständige da auch schon mal als „die Geh-Hilfe“ des Richters beschrieben worden, um so recht bildhaft zu verdeutlichen, dass er den Richter auf einem Stück des richterlich eingeschlagenen Weges zur Entscheidung gleichsam (ab-) stützend zu begleiten habe<sup>4</sup>.

### 2. entscheidungsfördernder Einsatz des gerichtlichen Sachverständigen

Ganz ernsthaft festzustellen ist aber dies: Zu der abundanten Einschaltung des gerichtlichen Sachverständigen kommt es in Baustreitigkeiten durchweg im Schlussteil des Prozesses; er wird da hinzugezogen, wenn das von ihm zu bearbeitende technische Problem durch Parteivortrag und Richter aufgearbeitet ist. In dieser juristisch also bereits strukturierten Situation erhält er eine oder mehrere Fragen zu nicht-juristischen Gegebenheiten. Mittels auf besonderem Sachverstand fußender Antwort dieses Sachverständigen hat der Richter den Prozess dann in eigener Verantwortung abzuschließen. Mithin forciert die Einschaltung von Sachverständigen in dieser Endphase durchweg den „Erfolg“ einer gerichtlichen Sachentscheidung, ist also zielführend<sup>5</sup>. Kritiker, welche gelegentlich recht undifferenziert die erhebliche Dauer der mit Einschaltung von gerichtlichen Sachverständigen stattfindenden Verfahren beklagen und den Sachverständigen gar Verzögerung anlasten, übersehen diese Folge.

### 3. Einweisungspflicht des Richters

In der Theorie ist zusätzlich klar: Das Gericht hat den Sachverständigen bei Erteilung des Gutachtauftrags selbständig und unmissverständlich einzuweisen; die dem Sachverständigen unterbreitete Beweisfrage ist auf den Kern des streitigen Vorbringens zu konkretisieren; Unklarheiten und Widersprüchen des Sachverständigen hat das Gericht von

---

<sup>2</sup> MüKo-Zimmermann ZPO 3.A. 2008 § 402 Rdn. 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 67.A. 2009 Übers § 402 Rdn. 5; Karlsruher Kommentar/Senge StPO 6.A. 2008 Vor § 72 Rdn. 1

<sup>3</sup> Stein/Jonas/Leipold ZPO 22.A. 2006 Vor § 402 Rdn. 5

<sup>4</sup> Ulrich Der gerichtliche Sachverständige 12.A. 2007 Rdn. 273

<sup>5</sup> Blankenburg AcP 182, 582

Amts wegen nachzugehen; zeigt sich der Sachverständige außer Stande, die Beweisfrage erschöpfend zu beantworten, so ist ein anderer Gutachter zu bestellen<sup>6</sup>.

#### 4. Probleme des Richters

Indes kann die Gerichtspraxis solche „Segelanleitungen“ kaum umfassend umsetzen: Die fehlende Ausbildung im bautechnischen und baubetriebswirtschaftlichen Grundwissen, die nicht gegebene Ausstattung mit aktueller bautechnischer Literatur, die hohe Arbeitsbelastung der Eingangsrichter mit dem - vermeintlichen - Erledigungsdruck einer Statistik, ein nicht zwischen Bauprozessen und sonstigen Rechtsstreitigkeiten differenzierender Pensenschlüssel, die stringente Durchführung der Baustreitigkeiten per Einzelrichterprinzip sowie der gelegentlich abrupte Personalwechsel insbesondere im Dezernat der jüngeren Richter bewirken nicht selten, dass an den Sachverständigen einige aus den Schriftsätzen entnommene, für streitentscheidend eingestufte Fragen durchgereicht werden und der Richter mit nicht mehr intensiv kontrollierter Übernahme der gutachterlichen Antworten dann eine Entscheidung schafft.

#### 5. richterliche Pflicht zur eigenständigen Beweiswürdigung

Nimmt der Richter die Hilfe eines Sachverständigen in Anspruch, enthebt ihn dies indes nicht von eigenständiger Beurteilung; er muss die sachverständigen Äußerungen verantwortlich daraufhin untersuchen, ob und inwieweit sie Angaben enthalten, die Aufklärung im Hinblick auf entscheidungserhebliche und allein vom Gericht zu beantwortende Fragen zu bieten vermögen; das nachfolgende Urteil muss dies erkennen lassen<sup>7</sup>. Dieses Postulat ist abzuleiten aus der Pflicht zu freier richterlicher Beweiswürdigung.

#### 6. systemimmanente Widersprüche

Indes offenbaren sich dem betriebskundigen Betrachter da sogleich systemimmanente Widersprüche: Wenn dem Richter die eigenen Sachkunde doch fehlt und er sie sich durch den Sachverständigen erst vermitteln lassen muss, wie kann er denn zusätzlich eigenständig zu der Überzeugung gelangen, dass eben dieser Sachverständige die erforderliche Sachkunde besitzt und den Richter vollständig und richtig informiert hat?<sup>8</sup> Und wenn der Richter seine etwaigen Abweichungen von dem Gutachten mit fallbezogenen Darlegungen hinreichend so begründen muss, dass klar wird, dass die Abweichung nicht auf einem Missverstehen des Sachverständigen oder des Gutachtens oder dem Mangel

---

<sup>6</sup> OLG Saarbrücken 2.7.2003 - 1 U 720/02, OLGR 03, 434

<sup>7</sup> BGH 7.3.2001 - X ZR 176/99, BauR 01, 1632

<sup>8</sup> Schneider MDR 1985, 199, 200

eigener Sachkunde beruht, benötigt er dann nicht mindestens eine gleich große, wenn nicht größere Sachkunde als dieser Sachverständige?<sup>9</sup>.

#### 7. Sonderfall: Gutachten im Strafprozess

Bezeichnenderweise hat die Strafjustiz angesichts dieses Dilemmas bereits kapituliert: Für Strafsachen hat der BGH bereits zweimal, nämlich in den Jahren 2003 und 2007, entschieden, dass der Richter sich sogar einem Gutachten anschließen dürfe, das er gar nicht verstanden habe; er müsse das Gutachten in den Urteilsgründen nur so wiedergeben, wie dies zum Verständnis der Schlüssigkeit und sonstigen Rechtsfehlerfreiheit erforderlich sei<sup>10</sup>.

#### 8. faktische Bedeutung des gerichtlich eingeholten Gutachtens

Eine 1982 veröffentlichte - auch empirische - Untersuchung<sup>11</sup> hat für die Zeit der damaligen Erhebung offenbart, dass Richter zu beinahe 95% der Fälle den von ihnen eingeholten Gutachten folgen. Jüngere Arbeiten zu diesem Thema fehlen zwar; es kann aber, zumal die Technik komplizierter und komplexer sowie die tatsächlichen fachlichen Erkenntnismöglichkeiten vielfältiger geworden sind, davon ausgegangen werden, dass die gegenwärtige Faktizität sich nicht wesentlich anders darstellt. Eben weil die für die Be- und Verwertung der Gutachten erforderliche Sachkunde allein aus dem Gutachten abgeleitet werden kann und der Verfasser des Gutachtens - auch aus Gründen vermeintlicher Ökonomie (er unterliegt der Pflicht zur Kosten sparenden Arbeit) - bloß diejenige Sachkunde mitliefert, die er für die Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit seiner konkreten, fachlichen Äußerung für erforderlich erachtet, entwickelt sich i.d.R. eine richterliche „Überzeugung“ von der Richtigkeit des erhaltenen Gutachtens, die sich „bei Licht“ allenfalls als die laienhafte Vorstellung über eine gewisse Schlüssigkeit der produzierten Äußerung des Sachverständigen entpuppt.

Routine des forensischen Alltags ist, dass die Antwort des gerichtlichen Sachverständigen durchweg als vollständig überzeugendes Beweismittel sui generis richterlich eingestuft wird, unter deren Druck sich die Aufgaben und Verantwortlichkeiten freier richterlicher Beweiswürdigung überwiegend verflüchtigen. Beliebte, wenn auch mit einem Restrisiko der Aufhebung wegen zu unkritischer Übernahme des Gutachtens belastete Urteilsformulierung ist dann, dass „das Gericht den vollständig überzeugenden Ausführungen des ihm

---

<sup>9</sup> Pieper ZZP 84 (1971), 25

<sup>10</sup> BGH 15.1.2003 - 5 StR 223/02, NStZ 03, 307, 308; BGH 2.5.2007 - 4 StR 148/07, www.bundesgerichtshof.de. Kritisch dazu Fischer StGB 56.A. 2009 § 20 Rdn. 66 und Festschrift für Widmaier 2008, 191, 218

<sup>11</sup> Pieper/Breunung/Stahlmann Sachverständige im Zivilprozess - Theorie und Dogmatik des Sachverständigenbeweises, 1982

auch aus vielen anderen Verfahren als besonders kompetent erscheinenden Sachverständigen folgt und sich die Ergebnisse seines Gutachtens kraft eingehender Prüfung zu eigen macht“.

Bereits vor mehr als einem Jahrzehnt hat Quast<sup>12</sup> diese beweisrechtliche Vermutung der Richtigkeit des eingeholten gerichtlichen Gutachtens mit dem noch heute aktuellen Satz beschrieben: „Verlorene Gutachten sind ... verlorene Prozesse.“

## 9. Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

Einige Systemkritiker weisen darauf hin, dass der gerichtliche Sachverständige tatsächlich kein zu benutzendes Beweis-Mittel darstelle, sondern die autonome Rolle des „heimlichen Entscheiders“, des „Urteil-Diktierers“, des „Schattenrichters“ innehabe, und verlangen vom Gesetzgeber, dies endlich auch einzugestehen. Insoweit ist angeregt worden, der Realität dieses „judex facti“ gesetzlich in der Weise zu entsprechen, dass dieser aus der Beweisaufnahme herausgenommen und am Richtertisch platziert werde<sup>13</sup>. In eingeschränkter Weise hat der Gesetzgeber dem wohl auch schon Rechnung getragen: Mit dem über das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingefügten § 839a BGB ist die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, also eines Noch-Beweismittels, normiert worden. Der bisherige Helfer/Gehilfe des Richters könnte nach dem Wortlaut dieser Regelung weitaus eher als der Richter selbst haften.

Indes kann § 839a BGB, der in der Praxis bisher keine Rolle gespielt hat, wohl nur als justizpolitisch fabriziertes Feigenblatt eingestuft werden; denn wer dem Gerichtssachverständigen mit dem Ziel der Realisierung einer Haftung erfolgreich vorwerfen will, dieser habe sein Gutachten gem. § 839a BGB grob fahrlässig erstellt, muss näher darlegen, dass auch den entscheidenden Richtern aufgrund naheliegender Überlegungen hätte einleuchten müssen, dass die Richtigkeit des Gutachtens zu bezweifeln ist<sup>14</sup>. Ferner kommt die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen erst in Betracht, wenn die Partei zuvor alle „Rechtsmittel“, zu denen auch die Beantragung der mündlichen Erläuterung zählt<sup>15</sup>, genutzt hat.

---

<sup>12</sup> Quast BauR 1993, 161. Vgl. auch Kniffka/Koebler Kompendium des Baurechts 3.A. 2008 18. Teil Rdn. 25: „An dieser Stelle ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Sachverständigen in den Bausachen häufig die wahren Richter des Prozesses sind.“

<sup>13</sup> Schröder Münchener Juristentage 1960 (zitiert bei Schmidt JZ 1961, 585, 586); Schröder/Gerdes/Teubner/Oberheim Jahrbuch Baurecht 2009, 81 ff: Laienbeteiligung im Bauprozess

<sup>14</sup> OLG Rostock 21.3.2006 - 8 U 113/05, IBR 06, 406 (Schmidt); OLG Celle 5.5.2009 - 4 U 26/09, www.ibr-online.de

<sup>15</sup> BGH 5.7.2007 - III ZR 240/06, BauR 07, 1852 (IBR 07, 528: Schwenker)

## II. Schwierigkeiten bei dem Einsatz von Privatgutachten vor dem Rechtsstreit und während des Rechtsstreits

### 1. Grundsätzliches zum privaten Gutachten

Ein privates Gutachten fußt auf einer Vereinbarung zwischen dem privat tätigen Auftraggeber und dem privat eingeschalteten Auftragnehmer (= Sachverständigem). Rechtlich einzustufen ist die Vereinbarung als ein Werkvertrag, denn der Auftragnehmer (= Sachverständige) schuldet den „Erfolg“ eines - schriftlich oder mündlich zu liefernden - Gutachtens. Auch die Haftung des privaten Sachverständigen richtet sich nach dem Werkvertragsrecht: In erster Linie ist mithin ein Nacherfüllungsrecht des Sachverständigen gegeben; wurde der Fehler fahrlässig verursacht, besteht daneben ein Anspruch auf Schadensersatz. Tatsächlich scheidet die Nacherfüllung aus, wenn auf der Grundlage des Gutachtens eine nicht mehr rückgängig zu machende Entscheidung getroffen wurde<sup>16</sup>.

Ergibt sich bei einem Baugeschehen die Eilbedürftigkeit der Beantwortung einer technischen Frage durch einen unabhängigen fachkundigen Dritten, kommt seine Beauftragung als Sachverständiger durch einen, mehrere oder alle am Bau Beteiligten in Betracht. Eine solche private Begutachtung ist dann durchweg schneller zu beschaffen als ein über die Einleitung eines selbständigen Beweisgutachtens besorgtes Gutachten. Die private Begutachtung hat gegenüber dem Besorgen eines Gutachtens über ein selbständiges Beweisverfahren wohl den Vorzug, dass der Auftraggeber nicht nur die Person des Sachverständigen frei auswählen, sondern auch die Fragen eigenständig formulieren kann.

Der Bauherr verstößt auch nicht deshalb gegen seine Schadensminderungspflicht, wenn er die private Begutachtung nicht durch seinen beim Bau bereits eingeschaltet gewesenen Architekten bewerkstelligen lässt; denn Baumängel berühren vielfach auch die sonstige Betätigung des Architekten, weshalb die Einschaltung eines unbeteiligten Dritten grundsätzlich geboten ist<sup>17</sup>.

### 2. Privatgutachten im Hauptsacheprozess = qualifizierter Parteivortrag/Urkundenbeweis

Für den Rechtsanwalt, der durchweg nicht die Qualifikation eines technischen Sachverständigen besitzt und dennoch fachbezogen argumentieren will, kommt sowohl zeitlich vor dem Rechtsstreit, als auch binnen und nach der gerichtlichen Beweisaufnahme der Einsatz von Privatgutachten in Betracht. Insoweit muss er allerdings berücksichtigen, dass Privatgutachten auch im streitigen Bauprozess das gerichtlich eingeholte Gutachten grundsätzlich nicht zu ersetzen vermögen. Denn weiterhin stuft die Rechtsprechung vorgelegte Privatgutachten bloß als urkundlich belegten („qualifizierten“) Parteivortrag ein,

---

<sup>16</sup> *Kniffka/Koebke* Kompendium des Baurechts 3.A. 2008 2.Teil Rdn. 5

<sup>17</sup> *Werner/Pastor* Der Bauprozess 12.A. 2008 Rdn. 148

den der Richter zwar zur Kenntnis zu nehmen hat, dem er aber jedenfalls im Streit nicht ohne weiteres folgen kann.

In Betracht kommen kann die Verwertung im Urkundenbeweis, mithin dergestalt, dass ein Fachmann diese Erklärung abgegeben hat; insbesondere, wenn der gerichtliche Sachverständige die in einem vorgelegten Privatgutachten gebrachten schriftlichen Äußerungen ausdrücklich in Bezug nimmt und billigt, ist die Verwertung im Wege des Urkundenbeweises zulässig<sup>18</sup>; rügt aber eine Partei hinreichend substantiiert die Sachkunde des Verfassers des privaten Gutachtens, hat der Richter eine fachkundige Untersuchung durch einen auf dem einschlägigen Fachgebiet erfahrenen Sachverständigen zu veranlassen<sup>19</sup>.

Werden gegen den Inhalt des Privatgutachtens, welches Darstellungen zu Mängeln enthält, keine substantiierten Einwendungen erhoben, gilt der im privaten Gutachten enthaltene Sachvortrag als zugestanden<sup>20</sup>; das Gericht braucht die Gegenpartei nicht darauf hinzuweisen, dass ein vorgelegtes Privatgutachten Parteivortrag enthält<sup>21</sup>. Das Gericht darf sich ohne Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens gem. § 286 ZPO ausnahmsweise dann der Bewertung eines Privatgutachtens, gegen das der Gegner Einwendungen erhoben hat, anschließen, wenn es eigene Sachkunde besitzt und darlegt, dass es deswegen in der Lage ist, die streitigen Fragen abschließend zu bearbeiten<sup>22</sup>. Will das Gericht ein von einer Partei vorgelegtes Privatgutachten zu Beweis Zwecken verwerten, muss es die andere Partei darauf hinweisen<sup>23</sup>.

Bei Vorliegen eines dem gerichtlichen Gutachten widersprechenden Privatgutachtens muss der Richter spätestens im Urteil fallbezogene Ausführungen dazu machen, warum er dem gerichtlichen Gutachten den Vorzug gibt<sup>24</sup>. Ein von einer Partei vorgelegtes Privatgutachten muss vom Gericht erkennbar verarbeitet werden<sup>25</sup> und kann Anlass zu weiterer Beweiserhebung geben<sup>26</sup>. Haben beide Parteien zu einer entscheidenden Frage jeweils Privatgutachten kompetenter Sachverständiger vorgelegt, die einander widersprechen, darf ein Tatrichter, der nicht über belegbare eigene Sachkunde verfügt, grundsätz-

---

<sup>18</sup> BGH 13.2.1962 - VI ZR 110/61, VersR 1962, 450

<sup>19</sup> BGH 19.5.1987 - VI ZR 147/86, NJW 1987, 2300; OLG Köln 19.10.1989 - 27 W 25/89, VersR 1990, 311; BFH 4.3.1993 - IV R 33/92, BFH/NV 1993, 739

<sup>20</sup> LG Köln 12.11.2009 - 15 O 301/08, www.juris.de

<sup>21</sup> KG 28.9.2009 - 20 U 246/08, www.ibr-online.de (Pfisterer)

<sup>22</sup> BGH 2.6.2008 - II ZR 67/07, BauR 08, 1661 (IBR 08, 778: Schwenker); BGH 24.9.2008 - IV ZR 250/06, NJW-RR 09, 35 (IBR 2009, 178: Müller-Stoy); OLG Brandenburg 5.11.2009 - 12 U 151/08, www.juris.de

<sup>23</sup> Werner/Pastor Der Bauprozess 12.A. 2008 Rdn. 150 m.w.N.

<sup>24</sup> BVerfG 7.10.1996 - 1 BvR 520/95, NJW 97, 122; BGH 23.1.2008 - IV ZR 10/07, NJW-RR 08, 767

<sup>25</sup> BGH 18.5.2009 - IV ZR 57/08, NJW-RR 2009 (IBR 2009, 489: Ulrich)

<sup>26</sup> BGH 6.3.1986 - III ZR 245/84, NJW 1986, 1930. OLG Zweibrücken 3.3.1998 - 5 U 57/96, NJW-RR 99, 1156: Es ist verfahrensfehlerhaft, wenn das Gericht trotz eines inhaltlich widersprechenden Privatgutachtens nur ausführt, dass es das gerichtliche Gutachten für „überzeugend“ hält. BVerfG 7.10.1996 - 1 BvR 520/95, NJW 1997, 122: Die unkritische Übernahme der Bewertungsansätze des gerichtlichen Sachverständigen verletzt das Gebot rechtlichen Gehörs, wenn ein vorgelegtes Privatgutachten zu deutlich anderen Bewertungsergebnissen gelangt.

lich nicht ohne Erhebung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens dem einen Privatgutachten zu Lasten des anderen den Vorzug geben<sup>27</sup>.

Anträge auf Einholung eines „neuen Gutachtens“ gemäß § 412 ZPO - den Begriff des „Obergutachtens“ kennt die ZPO nicht - haben i.d.R. nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die gegen ein gerichtliches Gutachten gebrachten Einwendungen durch ein vorgelegtes Privatgutachten gestützt werden<sup>28</sup>. Liegt ein widersprechendes Privatgutachten vor, dessen Unbrauchbarkeit nicht auf der Hand liegt, fehlt dem Gericht durchweg die für die dann abverlangte Abwägung erforderliche Sachkunde, sodass mindestens die ergänzende Stellungnahme des gerichtlichen Sachverständigen mit Vorhalt der vom privaten Sachverständigen gebrachten Gegenmeinung geboten ist<sup>29</sup>; bisweilen lässt sich ein Sachverständigenstreit nur durch gerichtliche Anhörung aller Sachverständigen in einem einheitlichen Termin klären<sup>30</sup>. Eine beweispflichtige Partei - und insbesondere ihr Verfahrensbevollmächtigter - handelt schuldhaft fehlerhaft, wenn sie lediglich ein Privatgutachten vorlegt und nicht auch den Beweisantrag auf Einholung eines neuen Gutachtens stellt<sup>31</sup>.

Nach allgemeiner Meinung ist auch in einem Bauprozess eine Partei nicht verpflichtet, Einwendungen gegen ein Gerichtsgutachten unter Beifügung eines Privatgutachtens - oder gestützt auf sachverständigen Rat - vorzubringen<sup>32</sup>. Der Partei ist nicht zumutbar und kann ihr also auch nicht als schuldhaftes Fehlverhalten zugerechnet werden, wenn sie keinen privaten Sachverständigen zur Klärung des Vorliegens von Mängeln einschaltet<sup>33</sup>.

### 3. Privatgutachten im Eilverfahren

Im Verfahren auf Erlass eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung findet nicht ein gerichtliches Beweisverfahren gemäß §§ 144 Abs. 3, 358 ff. ZPO statt, sondern nach §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO nur eine abgekürztes Verfahren der Glaubhaftmachung, bei dem sich die Parteien aller präsenter Beweismittel bedienen können. Als Mittel der Glaubhaftmachung kommt da auch das Gutachten eines - i.d.R. öffentlich bestellten und

---

<sup>27</sup> BGH 11.5.1993 - VI ZR 243/92, NJW 1993, 2382

<sup>28</sup> Prechtel/Oberheim Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess 4.A. 2009 Rdn. 1380

<sup>29</sup> BGH 9.1.2002 - VIII ZR 304/00, NJW 2002, 1651

<sup>30</sup> OLG Koblenz 31.2.2002 - 5 U 452/00, www.juris.de: die unmittelbare gerichtliche Sachaufklärung in Rede und Gegenrede ist der schriftlichen Ergänzung meist überlegen.

<sup>31</sup> OLG Oldenburg 31.3.1999 - 2 U 44/99, NJW-RR 2000, 949

<sup>32</sup> BGH 21.12.2006 - VII ZR 279/05, NJW 2007, 1531 (IBR 2007, 164: *Schwenker*): Wird ein bereits schlüssiges Vorbringen erster Instanz durch Vorlage eines Privatgutachtens konkretisiert, stellt dies kein neues Vorbringen dar. OLG Celle 28.10.2009 - 14 U 77/09, www.juris.de: Die Beauftragung eines Privatsachverständigen zur Untersuchung der Werkleistung auf Mängel ist nicht zumutbar; mithin gereicht keiner Partei als Nachlässigkeit, wenn sie in zweiter Instanz Einwendungen gegen ein erstinstanzlich eingeholtes Gutachten unter Beifügung eines Privatgutachtens erstmals vorbringt.

<sup>33</sup> OLG Celle 28.10.2009 - 14 U 77/09, www.juris.de

vereidigten - privat eingeschalteten Sachverständigen in Betracht<sup>34</sup>; ggfls. ist der private Sachverständige im Verhandlungstermin zu stellen<sup>35</sup>.

#### 4. Kostenerstattungsrisiko der das private Gutachten besorgenden Partei

Die Parteien und ihre Verfahrensbevollmächtigten haben zu beachten, dass bezüglich vorprozessual und mehr noch bezüglich binnenprozessual eingeholter Privatgutachten diverse Kostenerstattungsrisiken bestehen:

Soweit dem Auftraggeber Schadensersatzansprüche wegen Mängeln nach §§ 634 Nr. 4, 280 BGB, also nach materiellem Recht, zustehen, gehören die bei ihm angefallenen Gutachterkosten zum Schaden. Entsprechendes gilt für den VOB-Vertrag. Im Prozess können die Sachverständigenkosten als Nebenkosten geltend gemacht werden.

In Betracht kommen kann auch ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch, also die Berücksichtigung der Kosten des privaten Sachverständigen innerhalb der gerichtlichen Kostenabrechnung im Anschluss an das Sachurteil. Zu beachten ist aber, dass Privatgutachten auch im Bauprozess nur ausnahmsweise als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig und damit über §§ 91, 103 ZPO erstattungsfähig eingestuft werden, denn die Beweisaufnahme im Zivilprozess obliegt dem Gericht<sup>36</sup>; dies gilt insbesondere, wenn die Partei eigene Fachkenntnisse besitzt<sup>37</sup>.

Die Kosten eines vorprozessual eingeholten technischen<sup>38</sup> Gutachtens sind i.S.d. § 91 ZPO erstattungsfähige Kosten des Rechtsstreits, wenn sich das Gutachten auf den konkreten Rechtsstreit bezieht und gerade mit Rücksicht auf diesen Prozess in Auftrag gegeben worden ist<sup>39</sup>. Deshalb sind nicht erstattungsfähig die Kosten eines zur - dann gescheiterten - Prozessvermeidung eingeschaltet gewesenen privaten Sachverständigen<sup>40</sup>. Wird das Gutachten eingeholt, bevor sich die gerichtliche Auseinandersetzung der Parteien in irgendeiner Weise konkret abzeichnet, sind die dadurch verursachten Kosten nicht erstattungsfähig<sup>41</sup>. Allerdings ist nicht die Androhung einer Klage erforderlich; es genügt die

---

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf 19.12.1980 - 10 W 99/80, JurBüro 1981, 1071; KG 3.4.2006 - 1 W 203/05, KGR 2006, 1009

<sup>35</sup> PG/Laumen ZPO 2010 § 294 Rdn. 4

<sup>36</sup> OLG Zweibrücken 21.7.2008 - 4 W 63/08, MDR 2009, 415 (IBR 09, 183: *Wähner*); BVerwG 24.7.2008 - 4 KSt 1008/07, JurBüro 2008, 597; HessVGH 24.7.2009 - 6 E 856/09, DÖV 2009, 827

<sup>37</sup> OLG Karlsruhe 3.4.2008 - 5 W 109/06, IBR 08, 626 (*Steiger*)

<sup>38</sup> OVG Lüneburg 26.10.2009 - 13 OA 137/09, www.juris.de: Die Kosten für ein vorprozessual zur Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage privat eingeholten anwaltlichen Rechtsgutachtens können regelmäßig nicht als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige Aufwendungen angesehen werden.

<sup>39</sup> BGH 4.3.2008 - VI ZB 72/06, NJW 08, 1597 (IBR 08, 302: *Schwenker*); BVerwG 24.7.2008 - 4 KSt 1008.07, Rpfleger 08, 666; BVerwG 8.10.2008 - 4 KSt 2000.08, JurBüro 09, 94; OLG Düsseldorf 1.7.2008 - 21 W 11/08, IBR 09, 180 (*Wittmann*); OLG Frankfurt 5.11.2008 - 18 W 359/08, VRR 09, 43

<sup>40</sup> OLG Bamberg 12.1.2001 - 3 W 138/00, OLGR 2001, 204

<sup>41</sup> OLG Hamm 19.6.2009 - 25 W 171/09, www.lv.justiz.nrw.de

hinreichende Erwartung<sup>42</sup>. In der jüngeren Zeit handhaben Gerichte jedenfalls betreffend vorprozessual eingeholte Privatgutachten eine großzügigere Erstattungspraxis; diese ist auf die gestiegene Erkenntnis zurückzuführen, dass ein Bauprozess wegen des zum Bau gehörigen vielfältigen technischen Prozessstoffs ohne fachkundigen Rat durchweg nicht hinreichend sorgfältig einzuleiten ist.

Die Kosten eines binnenprozessual eingeholten Gutachtens sind nach allgemeiner Meinung nur bei „unabweisbarer Notwendigkeit“<sup>43</sup> erstattungsfähig, nämlich wenn für die Beauftragung konkreter Anlass bestand<sup>44</sup>; hier werden weiterhin strenge Anforderungen gestellt. Einige fordern, dass die Ausführungen des Sachverständigen den Verlauf des Rechtsstreits zugunsten der die Kostenerstattung begehrenden Prozesspartei beeinflusst haben<sup>45</sup>. Kostenrechtlich kommt es darauf an, ob eine vernünftige und kostenbewusste Partei einen Gutachter zu ihrer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eingeschaltet hätte<sup>46</sup>; ergeben sich Zweifel, geht dies zu Lasten desjenigen, der die Erstattung anstrebt: Gibt also das Gericht der Partei besondere Substantiierung/Spezifizierung auf, die nur mit sachverständiger Hilfe möglich ist, kann Erstattungsfähigkeit der hierdurch produzierten Kosten gegeben sein<sup>47</sup>. Wird der vom Gegner eingeschaltet gewesene private Gutachter als sachverständiger Zeuge zu seinen tatsächlichen Feststellungen gerichtlich gehört, kommt unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit die Hinzuziehung eines eigenen privaten Sachverständigen zu dem Beweistermin mit Anerkennung der dadurch entstehenden Kosten in Betracht<sup>48</sup>. Hat der Gegner ein Privatgutachten vorgelegt, rechtfertigt dies auch innerhalb des Rechtsstreits die Einschaltung eines eigenen privaten Sachverständigen<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> OLG Frankfurt 16.2.2009 - 12 W 11/09, NJW-RR 2009, 1076

<sup>43</sup> OLG Koblenz 23.4.2003 - 14 W 280/03, BauR 2004, 539: schwierige bodenphysikalische Fragen; OLG Karlsruhe 2.2.2009 - 22 W 1/09, OLGR 2009, 341 (IBR 2009, 493: *Penzkofer*): Bei der Beurteilung der Erstattungsfähigkeit ist auch die Qualifikation und Erfahrung der konkret tätigen Rechtsanwälte zu berücksichtigen. OLG Celle 19.4.2002 - 8 W 509/01, BauR 2003, 588: Die für die Teilnahme des privaten Sachverständigen an dem Ortstermin des selbständigen Beweisverfahrens angefallenen Kosten sind nicht erstattungsfähig, wenn nicht ersichtlich ist, dass diese Teilnahme zu der Substantiierung von Mängel, zu der Formulierung von Fragen an den gerichtlichen Sachverständigen oder zu der Widerlegung des Gutachtens geführt hat.

<sup>44</sup> OLG Nürnberg 2.10.2008 - 8 W 1907/08, VersR 2009, 1426: Auch für einen Krankenversicherer kann notwendig sein, bei einer speziellen Materie (Arbeitsunfähigkeit wegen bestimmter orthopädischer Leiden) die Hilfe eines Privatsachverständigen in Anspruch zu nehmen, um sich sachgerecht zu dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen äußern zu können. OLG Düsseldorf 20.2.2009 - I-2 W 9/09, OLGR 2009, 602: Geht es in einem patentrechtlichen Verfahren um eine komplexe technische Materie, ist die kostenrechtliche Notwendigkeit der Einschaltung eines binnenprozessual tätigen privatsachverständigen gegeben. OVG Schleswig-Holstein 15.1.2009 - 1 O 24/09, www.juris.de: Betrifft ein von der Gemeinde prozessbegleitend eingeholtes Gutachten Fragen, die zuvor schon im Rahmen des Verfahrens zur Aufstellung eines Bebauungsplans untersucht worden sind, sind die Kosten dafür von der Gemeinde zu tragen.

<sup>45</sup> OLG Bamberg 10.1.2008 - 4 W 148/07, BauR 2008, 1033 (IBR 09, 184: *Heiliger*)

<sup>46</sup> OLG Brandenburg 19.9.2008 - 6 W 98/08, OLGR 2009, 594

<sup>47</sup> OLG Stuttgart 29.11.2007 - 8 W 485/07 n.v.

<sup>48</sup> *Werner/Pastor* Der Bauprozess 12.A. 2008 Rdn. 174 m.w.N.

<sup>49</sup> OLG Saarbrücken 27.2.2001 - 6 W 36/01, OLGR 2001, 437

Ergibt sich die prozessuale Erstattungsfähigkeit dem Grunde nach, kann in Betracht kommen, die Kosten des Sachverständigengutachtens zu quoteln: War also nur ein Teil der aufgewendeten Gutachterkosten erforderlich, etwa weil nur einige der Mängel gegeben waren oder weil die prozessual geltend gemachten Kosten teilweise nicht erforderlich/unberechtigt/überhöht waren, sind die Regelungen der §§ 92, 96 ZPO anwendbar<sup>50</sup>.

Fehlende prozessuale Erstattungsfähigkeit schließt einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch nicht aus<sup>51</sup>; die rechtskräftige Abweisung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs steht der erneuten Berücksichtigung dieser Kosten im Rahmen der Kostenfestsetzung wohl nicht entgegen<sup>52</sup>.

Dem Kostenerstattungsanspruch steht auch nicht entgegen, dass der Auftraggeber des Privatgutachtens ein selbständiges Beweisverfahren hätte einleiten können<sup>53</sup>.

## 5. Höhe der erstattungsfähigen Kosten

Die Erstattungsfähigkeit richtet sich der Höhe nach an den in der Privatwirtschaft üblichen Beträgen; sie orientiert sich nicht an den „gedeckelten“ Vergütungssätzen des JVEG<sup>54</sup>. Die Angemessenheit der zu erstattenden Kosten bestimmt sich auch nicht nach einem mittleren Marktpreis, sondern nach den Kosten, die ein vernünftig und wirtschaftlich denkender Auftraggeber im konkreten Einzelfall akzeptieren würde<sup>55</sup>. Renommierte Sachverständigenbüros berechnen für den Gutachter selbst mindestens 140 Euro als Nettostundensatz und für den qualifizierten Mitarbeiter 90 bis 95 Euro pro Stunde; hinzu kommen neben den Mehrwertsteuern ca. 7% an Nebenkosten<sup>56</sup>.

## 6. prozessuale Bedeutung des vorgelegten Privatgutachtens für den Gegner

Das im Prozess vorgelegte Privatgutachten zwingt den Gegner i.d.R. zu einem besonders qualifizierten Bestreiten. Dazu genügt durchweg nicht schon der bloße Widerspruch ge-

---

<sup>50</sup> OLG Koblenz 12.6.2008 - 5 U 52/08, OLGR 2009, 345 (IBR 2009, 494: Müller-Stoy)

<sup>51</sup> Schwenker IBR 2008, 302

<sup>52</sup> OLG Koblenz 31.10.1985 - 14 W 532/85, MDR 1986, 324; Werner/Pastor Der Bauprozess 12.A. 2008 Rdn. 165, 171. A.A. OLG Frankfurt 11.10.1982 - 20 W 332/82, JurBüro 1983, 283; OLG Köln 26.8.2009 - 17 W 198/09, RuS 2009, 414 (www.ibr-online.de: Schwenker)

<sup>53</sup> OLG Düsseldorf 31.1.1995 - 23 W 5-6/95, NJW-RR 1996, 572; OLG Düsseldorf 28.5.2009 - 5 U 92/07, www.ibr-online.de (Sienz)

<sup>54</sup> BGH 25.1.2007 - VII ZB 74/06, NJW 07, 1532 (IBR 07, 287: Schwenker). Das OLG Schleswig 25.8.2008 - 9 W 52/08, Der Sachverständige 2009, 195 (IBR 2009, 549: Seifert) akzeptiert einen Stundensatz i.H.v. 140 €. A.A. OLG Zweibrücken 12.11.2007 - 1 W 54/07, IBR 2008, 119 (Bleutge), wonach ein höherer Zuschlag als 20% auf die in der Anlage 1 zu § 9 JVEG genannten Geldbeträge und auch mehr als 0,36 Euro pro gefahrenen km im Rahmen des § 91 ZPO nicht gerechtfertigt sind; so auch OLG Brandenburg 19.9.2008 - 6 W 98/08, OLGR 2009, 594: Die Sätze des JVEG können unter Berücksichtigung eines Zuschlages von 20% einer Plausibilitätsprüfung zugrunde gelegt werden.

<sup>55</sup> OLG Frankfurt 29.1.2009 - 26 U 19/08, BauR 2009, 1635 (IBR 2009, 513: Waldmann)

<sup>56</sup> Schröder/Gerdes/Teubner/Obernheim Jahrbuch Baurecht 2009, 88

gen die Verwertung des Privatgutachtens; der Gegner muss sachlich auf den Inhalt des Privatgutachtens eingehen<sup>57</sup>.

### III. Strategien bei der Verwendung von Privatgutachten im Prozess

#### 1. Verwertung im Einvernehmen der Parteien

Der sicherste Weg des problemlosen Einsatzes von Privatgutachten ist die Herbeiführung des Einverständnisses des Gegners mit der Verwertung. Diese Konstellation findet sich in der forensischen Praxis so gut wie nie, obwohl doch die Zustimmung zur Verwertung eines vom Gegner vorgelegten Privatgutachtens nicht immer nachteilig sein muss; denn sind Unvoreingenommenheit und Qualifikation des Sachverständigen zweifelsfrei gegeben, können zusätzliche Kosten für ein weiteres, gerichtliches Gutachten eingespart werden<sup>58</sup>.

#### 2. (mindestens) gleichstarke Qualifikation des Privatsachverständigen

Ein Privatgutachten hat im gerichtlichen Verfahren im Verhältnis zu dem gerichtlich eingeholten Gutachten nur dann hinreichende Chance auf eine Verwertung, wenn der Verfasser dieses Privatgutachtens von seiner „Papierform“ her mindestens die Qualifikation des gerichtlich bestellten belegen kann. Das Privatgutachten, welches der unterzeichnende öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige bezüglich der Tatsachenfeststellungen und insbesondere der Ortsbesichtigung vollständig von einem Mitarbeiter hat erledigen lassen, hat von vornherein geringere Überzeugungskraft als ein auch bezüglich der Tatsachenfeststellung und Tatsachenauswahl von diesem Sachverständigen ggffls. mit Unterstützung des Mitarbeiters erledigtes Gutachten<sup>59</sup>.

Für die Auswahl ist zu beachten, dass gemäß den aktuellen Regelungen der Satzungen der Bestellungskörperschaften öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige nicht mehr zu der Erstellung von Privatgutachten, deren Gegenstand in ihr Bestellungsgebiet fällt, verpflichtet sind; jedenfalls betreffend die Preisvereinbarung gilt Vertragsautonomie. Die gelegentlich anzutreffende Vorstellung einiger öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger, dass ihre private Hinzuziehung in einen bereits mit Beteiligung eines gerichtlich beauftragten und ebenfalls öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen geführten Rechtsstreit gleichsam gegen ein Standesrecht verstoße, ist fehlerhaft.

---

<sup>57</sup> Mütter Prozesstaktik im Zivilprozess MDR 1998, 1335, 1336/7

<sup>58</sup> Prechtel/Oberheim Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess 4.A. 2009 Rdn. 1382

<sup>59</sup> LG Koblenz 30.5.2006 - 4 HK O 8/05, IBR 2006, 1496 (Ulrich); Ulrich Der gerichtliche Sachverständige 12.A. 2007 Rdn. 692

### 3. keine „Quasi-Befangenheit“ des Privatsachverständigen

Das Gutachten eines Privatsachverständigen, bei dem, wäre dieser gerichtlicher Sachverständiger, relevante Befangenheitsgründe gegeben sind, ist nutzlos. Weil das Gutachten eines befangenen gerichtlichen Sachverständigen grundsätzlich nicht verwertbar ist, kann ein Privatgutachten nicht sinnvoll greifen, wenn bei dem privaten Sachverständigen gleichartige Befangenheitsgründe vorliegen. Allerdings muss die weniger in das Verfahren einbezogene Rolle des Privatsachverständigen berücksichtigt werden:

Seine „Quasi-Befangenheit“ ergibt sich also nicht bereits daraus, dass er von der einen Seite beauftragt worden ist<sup>60</sup> und er die ihn nicht beauftragt habende Partei nicht zu seiner Ortsbesichtigung eingeladen hat. Die „Quasi-Befangenheit“ des privaten Sachverständigen kann sich aus einer persönlichen Beziehung (wirtschaftliche und/oder persönliche Verbundenheit) zu den Parteien ergeben. Betreibt der private Sachverständige beispielsweise ein zum Prozessgegner in Konkurrenz stehendes Unternehmen, ist sein Gutachten im Rechtsstreit nicht verwertbar und auch nicht erstattungsfähig<sup>61</sup>. Sie kann sich ferner ergeben aus seiner konkreten gutachterlichen Äußerung: Setzt der private Sachverständige sich mit dem vorgelegten gerichtlichen Gutachten erkennbar unsachlich in solch einer Weise auseinander, dass, würde sich so der gerichtliche Sachverständige über ein vorgelegtes Privatgutachten äußern, bei dem gerichtlichen Sachverständigen das Ausscheiden wegen Befangenheit in Betracht kommt<sup>62</sup>, ist das vorgelegte Privatgutachten nicht akzeptabel und das dafür aufgewendete Geld erst recht nicht erstattungsfähig.

### 4. dem gerichtlichen Gutachten parallele Gestaltung des privaten Gutachtens

Das im Prozess verwendete und vorgelegte Gutachten sollte einem gerichtlichen Gutachten von Aufbau und Gehalt her entsprechen, will heißen: Es hat betreffend Form, Inhalt und Aufbau denjenigen Anforderungen zu genügen, die üblicherweise an ein gerichtliches Gutachten gestellt werden. Der richterliche Leser muss das vorgelegte Privatgutachten in derselben Weise zur Kenntnis nehmen können, wie dies bei dem vorgelegten gerichtlichen Gutachten geschieht. Liegt also ein gerichtliches Gutachten vor, sollte das private diesem vom Aufbau her entsprechen. Weil der Richter sich mit dem privaten Gutachten auseinandersetzen soll, hat das private Gutachten seine zum gerichtlichen Gutachten im Widerspruch stehenden Teile besonders detailliert auszuführen. Privatgutachten, die nur

---

<sup>60</sup> BGH 13.2.1962 - VI ZR 110/61, VersR 1962, 450

<sup>61</sup> OLG Zweibrücken 26.2.2009 - 4 W 32/09, MDR 2009, 1254

<sup>62</sup> OLG Karlsruhe 15.8.2008 - 9 W 39/08, IBR 2008, 693 (*Schilling*): Formuliert der gerichtliche Sachverständige zu einem Privatgutachten mit Worten wie „unsinnig“, „nicht nachvollziehbar“, „unsinnig zu dramatisieren“, offenbart er Befangenheit. KG 6.9.2007 - 12 W 52/07, MDR 2008, 528 (IBR 2009, 1220: *Schwenker*): Gleich gilt, wenn der Sachverständige betreffend Einwände gegen sein Gutachten die Worte „Unverschämtheit“, und „völlig inkompetent“ benutzt.

sachverständige Ergebnisse kundtun und/oder die Untersuchungsgrundlagen nicht hinreichend darstellen<sup>63</sup>, sind in einem Prozess praktisch nicht verwendbar.

## 5. Einbringen des privaten Gutachtens im Prozess

Vielfach wird die offene Einführung des Privatgutachtens als Voraussetzung für eine Erstattung der Kosten angesehen<sup>64</sup>; deshalb sollten die Befundtatsachen, ihre Herkunft und auch die Notwendigkeit der Einschaltung sowie insbesondere das Ergebnis des Privatgutachtens während des laufenden Verfahrens dem Gericht transparent gemacht werden.

## 6. Anhörung des privaten Sachverständigen im gerichtlichen Termin

Die Parteien haben ein Recht auf Anwesenheit des von ihnen privat eingeschalteten Sachverständigen bei der von dem gerichtlichen Sachverständigen vorgenommenen Besichtigung; dieses Recht ist ableitbar zum einen aus dem Grundsatz der Parteiöffentlichkeit des Ortstermins des gerichtlichen Sachverständigen und zum anderen aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens („Waffengleichheit“).

In Betracht kommt, dass der Richter den gerichtlichen Sachverständigen und den privaten Sachverständigen von Amts wegen zur Klärung des fachlichen Widerspruchs der gutachterlichen Äußerungen lädt.

Verwertet das Gericht ein vorgelegtes Privatgutachten zu Beweis Zwecken, entsteht dadurch Sachverständigenbeweis i.S.d. §§ 402 ff. ZPO<sup>65</sup>. Das gilt insbesondere wenn das Gericht den Sachverständigen zu Sachverständigenfragen anhört; über die so erlangten Bekundungen kann sich das Gericht dann nicht mehr mit der Begründung, es handele sich um schlichten Vortrag eines privaten Sachverständigen, hinwegsetzen<sup>66</sup>. Dieser ehemals privat eingeschaltete Sachverständige ist für die im Zusammenhang der persönlichen Anhörung aufgewendeten Zeit und Aufwendungen gemäß den Regelungen des JVEG zu vergüten.

Die für diesen Fall der Ladung des privaten Sachverständigen zwischen seinem privaten Auftraggeber und dem Sachverständigen verabredete „Differenzvergütungsklausel“ dahin,

---

<sup>63</sup> BGH 16.3.2005 - IV ZR 140/04, MDR 2005, 1114

<sup>64</sup> OLG Düsseldorf 19.12.1980 - 10 W 99/80, JurBüro 1981, 1071; OLG München 9.2.1995 - 11 W 689/95, NJW-RR 1995, 1470; OLG Hamm 18.12.1995 - 23 W 454/95, NJW-RR 1996, 830; KG 3.4.2006 - 1 W 203/05, KGR 2006, 1009; OLG Köln 6.3.2009 - 17 W 18/09, OLGR 2009, 527: Die Kosten eines während des Rechtsstreit eingeholten Privatgutachtens sind allenfalls dann erstattungsfähig, wenn das Gutachten im Prozess vorgelegt wird; dass das Gutachten inhaltlich in Schriftsätze eingearbeitet worden ist, genügt nicht.

<sup>65</sup> BGH 22.4.1997 - VI ZR 198/96, NJW 1997, 3381; Werner/Pastor Der Bauprozess 12.A. 2008 Rdn. 151: Vernimmt ein Gericht den Privatgutachter nicht als sachverständigen Zeugen, sondern als Sachverständigen, veranlasst es ihn also zu fachlichen Bewertungen, bestellt es diesen damit zum gerichtlichen Sachverständigen. A.A. Zöller/Greger ZPO 27.A. 2009 § 402 Rdn. 2; PG/Katzenmeier ZPO 2010 vor §§ 402 ff Rdn. 8

<sup>66</sup> BGH 14.12.1993 - VI ZR 221/92, BauR 1994, 524 (IBR 1994, 492: Kothe)

dass diesem privaten Sachverständigen der Unterschied zwischen der privat für eine solche Tätigkeit verabredete Bezahlung und der gerichtlichen Vergütung bezahlt wird, ist wirksam und begründet auch keine Befangenheit bei diesem Sachverständigen.

Die den privaten Sachverständigen gleichsam besteuernde Partei und ihr Rechtsanwalt sollten auf dem Erstbefragungsrecht bestehen und dann insbesondere diejenigen Fragen - in einer positiven Formulierung - ihrem Sachverständigen stellen, die als Vorhalt von der Gegenpartei erwartet werden. Kommen diese Fragen inhaltlich erneut vom Gegner, sollte darauf hingewiesen werden, dass diese Fragen bereits gestellt und beantwortet worden sind. Ergibt eine solche Anhörung Neuigkeiten, sollte die Partei auf die Einräumung einer angemessenen Frist zur Stellungnahme hinwirken.

Die ZPO sieht ein Recht des Sachverständigen, den anderen Sachverständigen zu befragen, nicht vor. Indes ist der Sachverständige nach allgemeiner Meinung berechtigt, die Stellung der ihm erforderlich erscheinenden Fragen durch den Vorsitzenden zu veranlassen, weshalb der Richter zur Vereinfachung durchweg die unmittelbare Befragung so lange zulässt, wie nicht in ihm nicht verständlichen Fachjargon ein Expertenstreit praktiziert wird; hierauf sollte der private Sachverständige vorbereitet sein.

#### 7. privater Sachverständiger als gerichtlicher Zeuge

Die gegenwärtige gerichtliche Wirklichkeit offenbart, dass der Richter in der Regel den vor oder während des Verfahrens eingeschalteten privaten Sachverständigen nicht als gerichtlichen Sachverständigen akzeptiert. Dann kann - taktisch - erwogen werden, den privaten Sachverständigen über einen entsprechenden Beweisantrag zu Tatsachen zu benennen und ihn so als Beweismittel „Zeuge“ (= sachverständiger Zeuge) in das Verfahren einzuführen (ggffls. ihn in der Verhandlung zu präsentieren). Im Rahmen der Beweisaufnahme kann dann versucht werden, diesen Zeugen zu einer Beantwortung sachverständiger Fragen zu veranlassen. Kommt es zu einer - ggffls. über einen Antrag nach § 411 Abs. 3 ZPO dem Richter gleichsam aufzwingbaren - Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen, dürfte in Betracht kommen, zu diesem Termin den privaten Sachverständigen mitzunehmen. Es kann vorkommen, dass der Richter unmittelbare Fragen dieses privaten Sachverständigen, der dann insoweit als Vertreter der Partei agiert, zulässt. Aus Gründen der Fairness dem Gericht gegenüber erscheint es angebracht, dem Richter diese - durchweg sehr zeitaufwändige - Art des „Begleitschutzes“ so rechtzeitig anzukündigen, dass dieser seine Terminierung darauf einstellen kann.

#### 8. Anmeldung der Kosten des privaten Sachverständigen im Kostenfestsetzungsverfahren

Im Kostenfestsetzungsverfahren bedarf es durchweg einer substantiierten Darlegung dahin, dass die in Ansatz gebrachten Kosten des Privatgutachtens tatsächlich entstanden

sind und in diesem konkreten Ausmaß notwendig waren; hierzu ist die Einreichung einer aufgegliederten Rechnung des Sachverständigen und eine detaillierte Darlegung seiner konkreten Tätigkeit erforderlich<sup>67</sup>. Grundsätzlich nicht erforderlich ist der zusätzliche Beleg, dass sich das Gutachten prozessfördernd ausgewirkt hat<sup>68</sup>.

#### 9. Kosten des Privatgutachtens im gerichtlichen Vergleich

Einigen sich die Parteien in einem Vergleich auch über die „Kosten des Rechtsstreits“ und konkretisieren sie dies nicht näher, sind die Kosten eines prozessbezogenen und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesenen Privatgutachtens mitumfasst<sup>69</sup>. Werden die Privatgutachterkosten als materiell-rechtlicher Schadensersatzanspruch geltend gemacht und durch eine Abgeltungsklausel in einen Prozessvergleich einbezogen, können diese Kosten nicht mehr im Kostenfestsetzungsverfahren Berücksichtigung finden<sup>70</sup>.

© Ulrich XI9

---

<sup>67</sup> OLG Celle 25.7.2008 - 2 W 148/08, BauR 09, 285 (IBR 09, 182: *Schwenker*)

<sup>68</sup> OLG Stuttgart 13.11.2001 - 8 W 481/01, BauR 2002, 665; *Werner/Pastor* Der Bauprozess 12.A. 2008, Rdn. 170, 176. A.A. LG Braunschweig 26.1.1978 - 8 T 49/78, MDR 1979, 320

<sup>69</sup> OLG Karlsruhe 3.4.2008 - 5 W 109/06, IBR 2008, 626 (*Steiger*)

<sup>70</sup> OLG München 13.5.1997 - 11 W 1518/97, NJW-RR 1997, 132; KG 16.9.2003 - 1 W 67/02, Jur-Büro 2004, 436