

## Der Beweisbeschluss aus Sicht des Richters und des Sachverständigen

Referat im Rahmen des Tages des Sachverständigen Berlin-Brandenburg  
am 29. September 2016 in der Architektenkammer Berlin

**Referent:** Peter Klum, Vorsitzender Richter am Kammergericht a.D., Rechtsanwalt

Sehr geehrte Damen und Herren Sachverständige!

Der Titel des Referats legt die Annahme nahe, dass es hinsichtlich von Beweisbeschlüssen unterschiedliche Sichtweisen der Richter einerseits und der Sachverständigen andererseits gibt.

Ich werde im Rahmen meiner nachfolgenden Ausführungen untersuchen, ob dies zutrifft, und - falls dies so sein sollte - worauf dies beruht und welche Erkenntnisse hieraus zu ziehen sind.

### A. Unterschiedliche Sichtweisen

Die Frage der unterschiedlichen Sichtweisen im Zusammenhang mit gerichtlichen Beweisbeschlüssen soll in dreierlei Hinsicht untersucht werden. Dabei habe ich versucht, als ehemaliger Richter mich in die Lage eines Sachverständigen zu versetzen, der mit einem gerichtlichen Beweisbeschluss konfrontiert wird. Der Gutachter wird sich möglicherweise zunächst fragen, was mit dem Beweisbeschluss **überhaupt gemeint** ist. Anschließend wird er sich fragen, wie er mit diesem Beweisbeschluss **umzugehen** hat und letztlich wird er sich möglicherweise die Frage stellen, auf welche Art und Weise der Beweisbeschluss **auszuführen** sein wird.

#### I. Verstehen des Beweisbeschlusses

Aus zahlreichen Gesprächen mit Sachverständigen ließ sich deren Verwunderung über so manche Formulierung in Beweisbeschlüssen entnehmen. So wurde ich gefragt, warum er denn über die Abwesenheit von Mängeln Feststellungen treffen soll und nicht über deren Vorhandensein. Für die Betroffenen sei es doch wichtiger festzustellen zu lassen, ob bestimmte Mängel tatsächlich vorliegen, als prüfen zu lassen, ob das nicht der Fall ist.

Ferner beklagte sich mancher Gutachten über recht wage und unklare Formulierungen in Beweisbeschlüssen. Gelegentlich wurden auch ausufernde Formulierungen in seitenlangen Beweisbeschlüssen beanstandet.

Die aus diesen Bemerkungen herauszuhörende Kritik ist teilweise berechtigt, teilweise aber auch nicht. Im Einzelnen gilt Folgendes:

## 1. Negierende Mängelbehauptungen

Wie ist folgende Formulierung in einem Beweisbeschluss zu verstehen:

*„Es soll Beweis erhoben werden über die Behauptung des Klägers, die von ihm am Gebäude des Beklagten – und jetzt folgt die nähere Bezeichnung – ausgeführten Putzarbeiten weisen keine Mängel auf. Insbesondere seien weder Risse noch unzulässige Unebenheiten vorhanden.“*

Der juristisch nicht vorgebildete Leser fragt sich, warum der Beweisbeschluss eine derart negierende Fassung enthält. Schließlich geht es doch um das Vorhandensein von Mängeln, nicht um deren Abwesenheit.

Die Erklärung hierfür ist recht einfach. Über streitiges Vorbringen der Parteien ist Beweis zu erheben. Beweis muss derjenige antreten und erbringen, der für eine bestimmte Tatsache darlegungs- und beweispflichtig ist. In der Regel ist dies der Anspruchsteller, also der derjenige, der einen Anspruch geltend macht. Wer jemanden auf Rückzahlung eines Darlehensbetrages in Anspruch nimmt, muss also zunächst darlegen und notfalls auch beweisen, dass er mit dem in Anspruch Genommenen einen Darlehensvertrag abgeschlossen hat. Hinsichtlich des Vorhandenseins von Baumängeln gilt diese allgemeine Regel der Darlegungs- und Beweislast jedoch nicht. Vielmehr ist hierfür maßgeblich, ob eine Abnahme der Werkleistung erfolgt ist. Bis zu der Abnahme trägt der Unternehmer die volle Darlegungs- und Beweislast, dass die von ihm erbrachte Werkleistung mangelfrei und damit auch abnahmefähig ist. Nach erfolgter Abnahme kehrt sich die Darlegungs- und Beweislast um, sodass von diesem Zeitpunkt an der Besteller für etwaige Mängel darlegungs- und beweispflichtig ist. Das macht durchaus Sinn, weil mit der Abnahme die ausdrückliche oder konkludente Erklärung verbunden ist, dass der Besteller das von ihm in Auftrag gegebene und von dem Unternehmer erbrachte Werk als im Wesentlichen mangelfrei ansieht. Sollten sich später gleichwohl Mängel herausstellen, muss der Besteller dies eben beweisen.

Im vorliegenden Fall, der Gegenstand des dargestellten Beweisbeschlusses ist, hat eine Abnahme noch nicht stattgefunden, sodass der Kläger, ein Bauunternehmer, für die Abwesenheit der Mängel darlegungs- und beweispflichtig ist, was sich in der Formulierung des Beweisbeschlusses widerspiegelt.

Da in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten naturgemäß unterschiedliche Standpunkte auch in tatsächlicher Hinsicht vertreten werden, ist die Darlegungs- und Beweislast oft von fallentscheidender Bedeutung. Dabei ist die Beweislastverteilung durchaus kompliziert und nicht auf den ersten Blick nachvollziehbar. So hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof nicht etwa der Auftragnehmer die Angemessenheit der von ihm geltend gemachten Stundenlohnarbeiten zu beweisen, sondern der Besteller, weil es sich um diesen Fall um den Vorwurf eines unwirtschaftlichen Einsatzes von Arbeitskräften geht (BGH, Urteil vom 28. Mai 2009, VII ZR 74/06).

## 2. Unklare Formulierungen im Beweisbeschluss

Stellen Sie sich vor, der vorhin erwähnte Beweisbeschluss hätte noch einen zweiten Satz enthalten, der wie folgt lautet:

*„Insbesondere seien die von dem Beklagten gerügten Mängel nicht vorhanden.“*

Wie soll nun der Sachverständige herausfinden, welche gerügten Mängel in dem Beschluss gemeint sind. Die Formulierung kann auf Unerfahrenheit des Richters, Bequemlichkeit oder einem übertriebenen Sicherheitsbedürfnis beruhen, damit bloß keine Einwendungen des Beklagten übersehen werden. Die Forschung nach dem Motiv ist jedoch zweitrangig. Es steht fest, dass die Vorgabe an den Sachverständigen unzureichend ist. Es bleibt dem Sachverständigen überlassen, selbst herauszufinden, an welcher Stelle der Beklagte welche Einwände gegen die Leistungen des Klägers erhoben hat. Damit weiß der Sachverständige im Grunde nicht, an welche Tatsachenbehauptung er sein Gutachten knüpfen soll. Ihm wird nichts weiter übrig bleiben, als bei dem Gericht nachzufragen, welche Behauptungen er im Einzelnen überprüfen soll. Hierzu gibt § 407 a ZPO die Grundlage. Danach hat der Sachverständige bei Zweifeln an Inhalt und Umfang des Auftrages unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen. Hierzu ist das Gericht auch verpflichtet.

### 3. Ausufernde Formulierungen im Beweisbeschluss

Nicht selten sind Beweisbeschlüsse äußerst umfangreich, kleinteilig, umständlich und unübersichtlich. Dies muss nicht unbedingt auf einem Fehler des Gerichts beruhen. Anders als im Strafverfahren gilt im Zivilprozess die sogenannte **“Dispositions-Maxime“**. Danach sind die Parteien im Grundsatz Herren des Verfahrens. Das Gericht darf nur das berücksichtigen, was vorgetragen ist; eine eigene Amtsermittlung findet nicht statt. Dies bedeutet, dass das Gericht den Behauptungen der Parteien hinsichtlich bestimmter Mängel regelmäßig nachkommen muss, darüber also auch Beweis erheben muss. Dies findet allerdings ein Regulativ in der sogenannten Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung. Darunter versteht man ein Vorbringen, dass, wenn es zutrifft, eine bestimmte rechtliche Folge nach sich zieht. Wenn also der Besteller von Bauleistungen von dem Auftragnehmer die Kosten für eine Ersatzvornahme verlangt, muss er vortragen, dass zunächst zwischen den Parteien ein Werkvertrag zustande gekommen ist, die Leistungen des Unternehmers mangelhaft waren und er den Unternehmer erfolglos zur Nacherfüllung aufgefordert hat. Solange ein derartiger Vortrag fehlt, wird das Gericht eine Beweisaufnahme über (streitige) Mängel nicht vornehmen. Anders verhält es sich allerdings im sogenannten selbständigen Beweisverfahren. Dies ist auch außerhalb eines Rechtsstreits zulässig und dient in der Regel dazu, einen drohenden Beweisverlust zu verhindern. Eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung ist hier nicht erforderlich. Der Antragsteller muss lediglich nachweisen, dass das eingeleitete Beweisverfahren zulässig ist. Der Gegner hat in einem derartigen Verfahren auch umfangreiche Rechte. Er kann Gegenanträge stellen und eine Ergänzung der Beweisaufnahme oder des Beweisthemas verlangen. Das Gericht muss diesem Verlangen dann entsprechen, auch wenn noch nicht feststeht, ob der Antragsteller oder Antragsgegner daraus Ansprüche herleiten kann.

### II. Umgang mit dem Beweisbeschluss

Nicht selten enthalten Beweisbeschlüsse offene oder versteckte Rechtsfragen, die der Sachverständige nicht beantworten darf. Dies hat seine Ursache darin, dass die Rolle des Sachverständigen im Rahmen der Urteilsfindung verkannt wird. Der Sachverständige ist lediglich Gehilfe des Gerichts und kann dessen Entscheidung nicht ersetzen. Gleichwohl wird dies nicht selten versucht, möglicherweise auch deshalb, um eine vermeintlich „sichere“, von einem Gutachten getragene Entscheidung zu finden. Dies ist nicht zulässig. Der Richter darf vom Sachverständigen nicht die Beantwortung unzulässiger Beweisfragen verlangen. Allerdings ist in jedem Fall zu prüfen, ob tatsächlich eine Rechtsfrage oder nicht doch eine andere, dem Sachverständigen zugängliche Frage

gestellt wird. Dies soll anhand der Frage der Prüfbarkeit von Honorarschlussrechnungen kurz dargestellt werden.

Auf den ersten Blick ist ein Beweisbeschluss mit folgendem Inhalt unzulässig:

*„Es soll Beweis erhoben werden über die Behauptung des Klägers, seine Honorarschlussrechnung sei prüfbar.“*

Bekanntlich ist die Prüffähigkeit/Prüfbarkeit von Rechnungen ein Fälligkeitsmerkmal. Die Frage der Prüfbarkeit einer Rechnung ist eine Rechtsfrage, die grundsätzlich allein vom Gericht zu entscheiden ist. Allerdings ist die Prüfbarkeit der Schlussrechnung eines Auftragnehmers kein Selbstzweck. Die Anforderungen an die Prüfbarkeit ergeben sich vielmehr aus den Informations- und Kontrollinteressen des Auftraggebers. Damit hängt die Frage der Prüfbarkeit auch von den Kenntnissen und Fähigkeiten des Auftraggebers und seiner Hilfsperson ab. Im vorliegenden Fall kommt es darauf an, wer Adressat der Rechnung des Klägers war. Dabei sind unterschiedliche Maßstäbe für die Prüfbarkeit anzulegen, je nachdem, ob es sich dabei um einen in der Baubranche bewanderten Adressaten handelt, etwa einen Bauträger oder ähnlichem, oder um jemanden, der bisher noch keine Erfahrungen in diesem Bereich gemacht hat. Der Gutachter hat in dem vergleichbaren Fall des OLG Stuttgart (Beschluss vom 17. März 2005, 8 W 71/05) unter Berücksichtigung der dargestellten rechtlichen Voraussetzungen Beweis darüber erhoben und bewertet, ob angesichts der örtlichen Gegebenheiten sowie der der Beklagten und ihr überlassenen Unterlagen die Schlussrechnung übersichtlich aufgebaut und für einen in der Baubranche Bewanderten nachvollziehbar war. Dies konnte dann Grundlage für die allein vom Gericht vorzunehmende Schlussfolgerung sein, dass eine Prüfbarkeit vorlag. Soweit der Gutachter eine Prüfbarkeit bejaht hat und auch in seinem Gutachten so aufgenommen hat, war dies eine (verbotene) rechtliche Wertung, die jedoch wegen der diese Wertung tragenden Feststellungen nicht ins Gewicht fiel.

Beispiele für unzulässige Beweisfragen finden sich etwa in Formulierungen, nach denen der Sachverständige Ausführungen zum Umfang der Minderung machen soll, zum Vorhandensein oder der Verletzung einer Prüfungs- und Hinweispflicht oder zur Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Mängelbeseitigung.

Es soll hier nicht verkannt werden, dass Sachverständige häufig mit derartigen Fragen in Beweisbeschlüssen konfrontiert werden. Diese Fragen werden regelmäßig auch meist zur Zufriedenheit des Gerichts und der Parteien beantwortet. Die Sachverständigen prüfen dann etwa bei einer Minderung, welchen Wert die Sache jeweils ohne oder mit dem betreffenden Mangel hat. Streng genommen, hätte dies jedoch alleine Gegenstand der Beweisaufnahme sein dürfen. Gleiches gilt für die Frage der Prüfungs- und

Hinweispflicht. Hier hätte die Frage lediglich dahingehend gestellt werden dürfen, dass es sich bei der fraglichen Baumaßnahme um eine solche handelt, die der Architekt üblicherweise und in welchem Rahmen überwacht.

Auch bei der Klärung der Unverhältnismäßigkeit einer vorgenommenen Mängelbeseitigung hatte der Gutachter lediglich dahingehend beauftragt werden dürfen, festzustellen, wie hoch der mit der Mängelbeseitigung verbundene Aufwand ist.

Erkennt der Sachverständige, dass ihm hier eine zulässige Beweisfrage gestellt wurde, muss er dies nach der oben zitierten Bestimmung des § 407 a Abs. 3 ZPO gegenüber dem Gericht deutlich machen und darf die Frage in seinem Gutachten nicht beantworten, sondern muss sich lediglich auf die tatsächlichen Voraussetzungen beschränken.

### **III. Ausführung des Beweisbeschlusses**

Auch hier möchte ich auf Verhaltensweisen hinweisen, deren Bedeutung häufig vom Gericht anders als vom Sachverständigen eingeordnet wird.

#### **1. Durchführung eines Ortstermins**

Nicht oft genug kann betont werden, dass die Ladung sämtlicher Parteien zu einem Ortstermin unabdingbar ist. Dies gilt schon deshalb, um eine einseitige Einflussnahme auf den Sachverständigen zu verhindern. Der Gutachter sollte sich auch mit wertenden Äußerungen über das Vorhandensein von Mängeln bereits im Ortstermin zurückhalten. Daraus lässt sich schnell eine Voreingenommenheit des Sachverständigen herleiten. Der Gutachter sollte den Parteien auch nicht ungefragt irgendwelche Vorschläge zu einer gütlichen Einigung ihres Konflikts unterbreiten. Dies ist im Rahmen eines Rechtsstreits nicht seine Aufgabe.

Die innere Rechtfertigung dieser Vorgaben besteht darin, dass der Sachverständige als Gehilfe des Gerichts maßgeblich an der Entscheidungsfindung beteiligt ist. Dies erklärt auch, dass eine Sachverständiger aus denselben Gründen abgelehnt werden kann, die zur Ablehnung eines Richters berechtigt (§ 406 Abs. 1 ZPO).

Dies kann für den Sachverständigen zu fatalen Folgen führen. Wird ihm grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich des Ablehnungsgrundes vorgeworfen, kann er seinen Vergütungsanspruch teilweise oder vollständig verlieren (§ 8 a Ziffer 3 des Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetzes [JVEG]).

Mit der Entscheidung über derartige Sachverhalte war ich längere Zeit befasst („Kamin-Fall“).

## **2. Anfertigung des Gutachtens**

Nicht selten enthalten Gutachten auch Feststellungen, die über den Rahmen des Beweisthemas hinausgehen. Dies ist problematisch, weil der Sachverständige sich allein auf die Beantwortung der ihm gestellten Fragen beschränken muss. Dies beruht letztlich auf der eingangs dargestellten „Dispositionsmaxime“.

Problematisch kann dies sein, wenn der Sachverständige nach dem Beweisbeschluss feststellen soll, ob etwa fehlerhafte Leistungen an der Drainage zu einem Feuchtigkeitseintritt im Keller eines Hauses geführt haben und der Sachverständige feststellt, dass der Eintritt der Feuchtigkeit auf undichte Fenster beruht. Dies wird aber in der Regel als zulässig angesehen werden können, weil zum einen nach der von der Rechtsprechung entwickelten „Symptom-Theorie“ maßgeblich für das Vorhandensein eines Mangels dessen Erscheinungsform ist und der Gutachter deshalb als ermächtigt gilt, die eigentliche Mängelursache zu erforschen, wenn sich die behauptete Ursache nicht bestätigt. Zum anderen haben die Feststellungen des Sachverständigen naturgemäß eine höhere Akzeptanz, wenn er den tatsächlichen Mangel auch benennt.

Dies muss jedoch nicht in jedem Fall gelten, sodass der Gutachter im Zweifel sich mit dem Gericht endabstimmen sollte, ob er auch eine andere Ursache für den Mangel prüfen und gegebenenfalls feststellen soll.

## **B. Beantwortung der Frage nach unterschiedlichen Sichtweisen**

Aus den vorstehend beispielhaft aufgeführten Problemen, die Sachverständige mit gerichtlichen Beweisbeschlüssen haben, lässt sich unschwer folgern, dass diese von Sachverständigen in nicht wenigen Fällen durchaus anders beurteilt werden als vom Gericht. Auch werden bisweilen gesetzliche Vorgaben bei der Durchführung der Beweisaufnahme entweder aus Unkenntnis über deren Vorhandensein oder deren Bedeutung nicht eingehalten. Dies lässt den Schluss zu, dass Richter einerseits und Sachverständige andererseits durchaus unterschiedliche Sichtweisen auf entsprechende Beweisbeschlüsse des Gerichts haben.

## C. Gründe/Erklärungsversuche

Die Gründe für die dargestellte unterschiedliche Sichtweise können in einem „**wesenstypischen Spannungsfeld**“ zwischen Richter und Sachverständigen liegen, die auch auf unterschiedlichen Denkweisen von Sachverständigen einerseits und Richtern andererseits beruhen.

### I. „Wesenstypisches Spannungsfeld“

Dieses Spannungsfeld besteht darin, dass der Richter die **Alleinverantwortlichkeit** für seine Entscheidung trägt. Lässt er für seine Überzeugungsbildung ein Sachverständigengutachten anfertigen, muss er dieses einer eigenverantwortlichen kritischen Prüfung unterziehen. Dazu muss er das Gutachten zunächst selbst verstehen. Es reicht nicht aus, das Ergebnis des Gutachtens lediglich zu übernehmen. Häufig finden sich nichtssagende Attribute für das Gutachten wie „überzeugend“ oder „widerspruchsfrei“ oder „fundiert“. Dies reicht nicht aus. Der Richter muss erkennen, dass er **regelmäßig nicht die Fachkompetenz** und das Spezialwissen eines Sachverständigen hat, gleichwohl aber schwierige, nicht-juristische Fragen beantworten muss. In der Regel werden diese Fragen auch zwischen den Parteien heftig umstritten sein. Das Gericht muss dann in seinem Urteil zum Ausdruck bringen, aus welchen Gründen er die Feststellungen des von ihm beauftragten Gutachters für zutreffend hält. Dies ist umso schwieriger, je mehr Sachverstand zur Klärung der Beweisfrage erforderlich ist. Nicht selten münden Bauprozesse auch in einem „Gutachterstreit“. Im Rahmen dieses wesenstypischen Spannungsfeldes hat das Gericht dann die „richtige“ Entscheidung zu treffen.

### II. Unterschiedliche Denkweisen

Sachverständige und Richter haben berufsbedingt unterschiedliche Denkweisen. Der Sachverständige ist meist eine naturwissenschaftlich oder technisch ausgebildete Person. Er arbeitet „ist-bezogen“ aufgrund empirischer Erfahrungen, ohne diese in ein bestimmtes Wertesystem einzustellen.

Der Richter hingegen kommt zu seinen Entscheidungen aus vorgegebenen Regelwerken, den Gesetzen, und damit aus einer Werteordnung, in dem er bestimmte Sachverhalte unter bestimmte Tatbestandvoraussetzungen einordnet („subsumiert“). Um seine Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen, das ist die Ermittlung der prozessualen Wahrheit, muss sich der Richter ggf. auch des Sachverständigenbeweises bedienen.

Damit benötigt der **zur Entscheidung berufene, aber mit einer Wissenslücke belastete Richter** unabdingbar den Sachverstand des **Sachverständigen, der seinerseits ohne eigene Entscheidungskompetenz** einen wesentlichen, häufig ausschlaggebenden Beitrag zum Ausgang des Rechtsstreits leistet.

Damit liegen **sowohl beim Richter wie auch beim Sachverständigen** durchaus unterschiedliche Sichtweisen und auch **Defizite** vor. Das Erkennen der dargestellten beiderseitigen Defizite kann allerdings dazu beitragen, die gemeinsame Arbeit und den Umgang miteinander zu erleichtern.