

Die Stellung des Sachverständigen und seines Gutachtens im deutschen Zivilprozess

Peter GOTTWALD*

I. Funktion des Sachverständigen

1. Wissensvermittlung

Im deutschen Zivilprozess soll der Sachverständige dem Richter fehlendes Wissen vermitteln, damit dieser den anstehenden Fall sachgerecht entscheiden kann. Im Grundfall ist der Sachverhalt aufgrund von Urkunden, Augenschein und Zeugenaussagen hinreichend ermittelt oder gar unstreitig, es bedarf aber besonderer Fachkenntnisse, um daraus etwa eine fahrlässige Pflichtverletzung des Beklagten oder ein Mitverschulden des Klägers ableiten zu können. Aufgabe des Sachverständigen ist es dann, dem Gericht das notwendige Erfahrungswissen zu vermitteln. Da das spätere Urteil darauf aufbaut, entscheidet letztlich der Sachverständige, wer den Prozess gewinnt oder verliert.¹⁾ Hat das Gericht (zumindest einer der Richter) die nötige Sachkunde, ist die Bestellung eines Sachverständigen entbehrlich. Wie das Gericht diese Sachkunde gewonnen hat, durch ein Studium, Fachlektüre oder laufende Bearbeitung ähnlicher Fälle, ist gleichgültig.²⁾ Das Gericht darf aber sein Wissen nicht überschätzen und wird daher im Zweifel doch einen Sachverständigen beauftragen.

Generelle Schwerpunkte der Sachverständigentätigkeit in Zivilsachen sind Baustreitigkeiten, Streitigkeiten aus Verkehrsunfällen, aus mangelhaften Leistungen jeder Art, Arzthaftungsprozesse, der Bereich Informationstechnologie sowie die Wertermittlung von Grundstücken und landwirtschaftlichen Betrieben.³⁾

2. Tatsachenfeststellung

Vielfach setzt aber bereits die Feststellung der Tatsachen, an die eine mögliche Pflichtverletzung anknüpfen könnte, eine besondere Sachkunde voraus. Ein eigener Au-

* Professor Emeritus of Regensburg University, Law Faculty in Germany.

This paper was lectured as Visiting Professor of Ritsumeikan University, Law Faculty on 6th November 2017 at Ritsumeikan Suzaku Campus in Kyoto.

1) C. Meller-Hannich, Die Rolle des Sachverständigen im deutschen Zivilprozess, ZJP 129 (2016), 263.

2) H.-J. Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Kap. 44 Rn. 25 ff.

3) Vgl. Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 5. Aufl. 2015, §§ 46-52.

genschein (nur) des Gerichts wäre in solchen Fällen sinnlos. Das Gericht kann daher den Sachverständigen in solchen Fällen beauftragen, den Sachverhalt aufzuklären und aus den Feststellungen die erforderlichen fachlichen Schlüsse zu ziehen.⁴⁾ In solchen Fällen muss das Gericht natürlich vorgeben, welche Tatsachen bereits festgestellt und welche festzustellen sind sowie in welcher Weise die Parteien an den Ermittlungen teilnehmen können (§ 404a Abs. 3, 4 ZPO). Bei dieser Beweisaufnahme im Auftrag des Gerichts hat der Sachverständige keine Zwangsbefugnisse, kann also etwa ein Privatgrundstück nur mit Zustimmung des Besitzers betreten.⁵⁾

Das Gericht kann in solchen Fällen den Augenschein auch unter Beiziehung eines oder mehrerer Sachverständiger durchführen (§ 372 Abs. 1 ZPO).

3. Anwendung ausländischen Rechts

Da das Gericht ausländisches Recht nicht kennen muss, kann es zur Ermittlung der einschlägigen Rechtsnormen und zu ihrer Anwendung auf den festgestellten Sachverhalt ebenfalls einen Sachverständigen einsetzen (§ 293 S. 2 ZPO). In der Praxis wird der Gutachter meist gebeten, auch zu klären, ob nach IPR überhaupt ausländisches Recht anwendbar ist, auch wenn die Gerichte das nationale IPR eigentlich kennen müssten.

II. Der Sachverständige als neutraler Richterhilfe

1. Die Bestellung durch das Gericht

a) Bestellung auf Beweisantrag. Aus der Funktion des Sachverständigen als Richterhilfe folgt nach deutscher Vorstellung, dass das Gericht seinen Helfer auch selbst bestellt (§ 404 Abs. 1 ZPO). Zumeist wird der Beweis durch Sachverständige für konkrete streitige Tatsachen durch die Partei beantragt, die die Beweislast dafür trägt (§§ 402, 403 ZPO). Auch wenn diese Tatsachen entscheidungserheblich sind, erlässt das Gericht nur dann einen entsprechenden Beweisbeschluss bzw. führt ihn aus, wenn der Beweisführer den gerichtlich festgesetzten Auslagenvorschuss auf die voraussichtlichen Gutachterkosten einbezahlt hat (§ 17 Abs. 1 GKG). Eine solche Anordnung unterbleibt nur, wenn dem Beweisführer Prozesskostenhilfe bewilligt wurde (§ 122 Abs. 1 Nr. 1a ZPO).

b) Bestellung von Amts wegen. Allerdings kann das Gericht eine Begutachtung durch Sachverständige nach § 144 Abs.1 S. 1 ZPO auch ohne Antrag von Amts wegen anordnen. In einem solchen Fall wird kein Kostenvorschuss angefordert.⁶⁾ Eine solche Anordnung

4) Ausführlich *Ahrens* (Fn. 2), Kap. 47 Rn. 21 ff, 27 ff.

5) *Ahrens* (Fn. 2), Kap. 43 Rn. 22.

6) BGH NJW 2000, 743.

steht im Ermessen des Gerichts. Sie kommt vor allem in Betracht, soweit es um die Ermittlung von Handelsbräuchen oder Verkehrssitten geht, da beide der Rechtsanwendung näher stehen als der Feststellung fallbezogener Tatsachen.⁷⁾ Das Gericht kann die Begutachtung auch anordnen, wenn der Auslagenvorschuss nicht einbezahlt wird. Will es dies nicht tun, muss es den Beweisführer aber darauf hinweisen und ihm eine Nachfrist setzen.⁸⁾

2. Gerichtsgutachter und Parteigutachter

a) Als Richtergehilfe muss der Sachverständige genauso neutral und unparteiisch sein wie der Richter selbst (§ 406 Abs. 1 S. 1 ZPO). Nach deutschem Recht beantragt nicht etwa jede Partei die Vernehmung ihres Sachverständigen zu einem klärungsbedürftigen Fachwissen, vielmehr wählt das Gericht die Person des Sachverständigen meist selbst aus und beschränkt sich dabei (schon aus Kostengründen) in der Regel auf die Benennung eines Sachverständigen (§ 404 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO).

b) Das deutsche Recht weicht hier vom common law ab, bei dem jedenfalls im Regelfall die beweisbelastete Partei die Vernehmung ihres expert witness beantragt. Die Parteien können zwar auch im deutschen Zivilverfahren Parteigutachten einholen und dem Gericht vorlegen. Ein solches Parteigutachten ist rechtlich aber nur ein qualifizierter Teil des Parteivortrags. Bestreitet die Gegenpartei die Richtigkeit, muss das Gericht einen (neutralen) Gutachter beauftragen.⁹⁾

In der Praxis werden Privatgutachten in zwei Fällen eingeholt: Einmal gibt es Fälle, zum Beispiel bei Störungen oder Unfällen bei Großbaustellen, bei denen die Partei ohne sachverständige Beratung überhaupt keine schlüssige Klage erheben kann, weil sie nicht weiß, wer die Störung oder den Unfall verursacht hat. Zum anderen gibt es Fälle, in denen die Partei das vom gerichtlich bestellten Sachverständigen erstellte Gutachten als fehlerhaft ansieht. Mit Hilfe eines entsprechenden Privatachtens versucht die Partei dann, dem Gericht zumindest ernste Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens zu vermitteln,¹⁰⁾ so dass das Gericht je nach Sachlage ein Ergänzungsgutachten oder ein „Obergutachten“ in Auftrag gibt oder in der Berufungsinstanz einen neuen Gutachter beauftragt. In den beiden genannten Fällen werden die Kosten des Privatgutachtens generell als Teil der erstattungsfähigen Parteikosten angesehen, die die unterliegende Partei nach § 91 ZPO zu tragen hat.¹¹⁾

7) Vgl. *Laumen*, in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl. 2016, Kap 3 Rn. 5.

8) Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 38. Aufl. 2017, § 144 Rn. 1.

9) *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 44 Rn. 36 ff.

10) *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 44 Rn. 43.

11) Vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 38. Aufl. 2017, § 91 Rn. 49 f.

3. Die Auswahl des Sachverständigen

a) Der Gutachter, den das Gericht auswählt, sollte tatsächlich sachkundig und wirklich neutral sein. Zu Recht wird deshalb gefordert, das Gericht müsse einen wirklich qualifizierten Sachverständigen bestellen. Dies ist allerdings nicht einfach. Im Einzelfall weiß das Gericht etwa aus früheren Fällen, dass diese oder jene Person der ideale Sachverständige ist. Häufig liegt dem Gericht aber nur eine generelle Sachverständigenliste vor. Fehlgriffe bei der Auswahl des Sachverständigen sind deshalb nicht selten. Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts vom 11.10.2016¹²⁾ sieht deshalb zur Abhilfe vor, dass das Gericht die Parteien zur Person des Sachverständigen vor dessen Ernennung anhören kann (§ 404 Abs. 2 ZPO). Eine solche Anhörung ist sinnvoll, wenn zu befürchten ist, dass eine Partei den Sachverständigen als befangen ablehnt (§ 406 ZPO). Eine solche Ablehnung verzögert und verteuert das Verfahren. Andererseits verzögert die Aufforderung zur Stellungnahme die Bestellung des Gutachters und die Aufnahme von dessen Tätigkeit. Der Gesetzgeber hat die Anhörung daher nur empfohlen, nicht aber zur Pflicht gemacht.¹³⁾

b) Steht dem Gericht wirklich nur die allgemeine Sachverständigenliste zur Verfügung, so bietet es sich vor allem bei Gutachten zu sehr speziellen Sachgebieten an, die Parteien aufzufordern, geeignete Sachverständige zu benennen (§ 404 Abs. 4 ZPO). Nicht selten haben die Parteien ja insoweit eine bessere Sachkenntnis. Einigen sich die Parteien auf eine bestimmte Person als Sachverständigen, so ist diese zu bestellen (§ 404 Abs. 5 ZPO). Erscheint dem Gericht dessen Gutachten als unzureichend, kann es stets einen neuen Sachverständigen bestellen (§ 412 ZPO).

4. Pflicht zur Gutachtenerstattung

Gutachter werden überwiegend ohne vorherige Anhörung durch das Gericht beauftragt. Grundsätzlich besteht für den Beauftragten keine Pflicht, das Gutachten zu erstellen, es sei denn, er sei ein durch eine Industrie- und Handelskammer (§ 36 GewO) oder eine Handwerkskammer (§ 91 Abs. 1 Nr. 8 HwO) öffentlich-bestellter Sachverständiger¹⁴⁾ oder er übe die entsprechende Kunst oder das Gewerbe, dessen Kenntnis Voraussetzung für die Begutachtung ist, öffentlich aus (§ 407 Abs. 1 ZPO). Hierunter fallen etwa Universitätsprofessoren für ihr Fachgebiet oder Beamte in der Medizinal-, Forst- oder Bauverwaltung.¹⁵⁾ In der Regel akzeptieren es die Gerichte, wenn ein Gutachtauftrag wegen Arbeitsüberlastung zurückgegeben wird, und entbinden dann den Sachverständigen von seiner Verpflichtung (§ 408 Abs. 1 S. 2 ZPO). Allerdings muss dann ein neuer Gut-

12) BGBl. I S. 2222.

13) *Meller-Hannich*, Z郑 129 (2016), 263, 272.

14) Vgl. *Böttger*, in *Bayerlein* (Fn. 3) § 2 Rn. 2.

15) *Münchener Kommentar/Zimmermann*, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 407 Rn. 2; *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 43 Rn. 6.

achter gefunden werden und das Verfahren verzögert sich. Eine Verpflichtung zur Erstellung des Gutachtens besteht freilich, sobald sich der Sachverständige dazu durch ausdrückliche oder widerspruchslose Annahme des Auftrags bereit erklärt hat (§ 407 Abs. 2 ZPO).

5. Die Einweisung des Sachverständigen

a) Wird der Sachverständige ohne vorherige Anhörung beauftragt, besteht die Gefahr der Fehlauswahl und von Missverständnissen über den Inhalt des Auftrags. Das Gesetz sieht deshalb vor, dass das Gericht den Sachverständigen noch vor der Abfassung des Beweisbeschlusses anhören und den Auftrag mit ihm besprechen kann (§ 404a Abs. 2 ZPO). Eine solche Anhörung kann dazu beitragen, dass der Beweisbeschluss genauer gefasst werden kann und spätere Ergänzungen des Gutachtens und damit Verzögerungen und Zusatzkosten vermieden werden.¹⁶⁾

b) Das Gericht kann dem Sachverständigen auch Weisungen für Art und Umfang seiner Tätigkeit erteilen (§ 404a Abs. 1 ZPO). Solche Weisungen kommen vor allem in Betracht, wenn Unfall- oder Mängelursachen aufzuklären und dazu Eingriffe in einen bestehenden Bauzustand oder sonstige Eingriffe nötig sind.¹⁷⁾ Zur Einweisung des Sachverständigen kann das Gericht sogar einen besonderen Termin unter Beteiligung der Parteien abhalten (§ 404a Abs. 5 ZPO).

6. Allgemeine Pflichten des Gutachters nach seiner Bestellung

a) Im Einzelfall kann sich auch erst nach der Bestellung herausstellen, dass das Beweisthema nicht in die Fachkompetenz des Gutachters fällt, dass er für die eine oder andere Partei in letzter Zeit tätig geworden ist oder dass er/sie mit anderer Arbeit ausgelastet ist und das Gutachten nicht zeitnah erstellen kann. Bis vor kurzem konnte ein Gutachter die Anfrage (Bestellung durch das Gericht) erst einmal liegen lassen und erst spät darauf reagieren. Dies führte oft zu einer erheblichen Verzögerung der Verfahren, in eiligen Fällen sogar zu einer Beweisvereitelung.

Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts vom 11.10.2016 hat deshalb die Pflichten eines ernannten Sachverständigen verschärft. Nach § 407a Abs. 1 S. 1 ZPO muss er jetzt nach Eingang des Auftrags unverzüglich seine eigene Kompetenz überprüfen. Dazu muss er sich vergewissern, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist von ihm tatsächlich erledigt werden kann. Andernfalls hat er das Gericht davon unverzüglich zu verständigen und den Auftrag zurückzugeben (§ 407a Abs. 1 S. 2 ZPO).

16) Ahrens (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 11.

17) Ahrens (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 13.

b) Gleichzeitig muss der bestellte Sachverständige nach dem ebenfalls neu eingefügten § 407a Abs. 2 ZPO prüfen, ob es einen Grund gibt, der Anlass geben kann, seine Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen. Solche Gründe hat er dem Gericht unverzüglich mitzuteilen, damit das Gericht darüber nach Anhörung der Parteien entscheiden und verhindern kann, dass ein Gutachten erstellt wird und erst dann ein Ablehnungsantrag gestellt wird. Unterlässt der Sachverständige eine rechtzeitige Mitteilung, so kann gegen ihn ein Ordnungsgeld (bis zu 1000 €)¹⁸⁾ festgesetzt werden (§ 407a Abs. 2 S. 3 ZPO). Ablehnen können die Parteien den Sachverständigen aus den gleichen Gründen wie einen Richter (§ 406 Abs. 1 S. 1 ZPO).¹⁹⁾ Sie können aber nur den Sachverständigen, nicht dessen Hilfspersonen ablehnen.²⁰⁾

c) Im Einzelfall kann der Sachverständige die Erstellung des Gutachtens verweigern, wenn er bei einer Vernehmung als Zeuge ein Zeugnisverweigerungsrecht hätte (§ 408 Abs. 1 S. 1 ZPO).

d) Da das Gericht keine volle Sachkunde besitzt, kann der Beweisbeschluss so formuliert sein, dass der Gutachter nicht genau weiß, was er tun soll. In diesem Fall hat er seine Zweifel erst durch Rückfrage bei Gericht zu klären (§ 407a Abs. 4 S. 1 ZPO). Häufiger kann das Gericht den Zeitaufwand für die Erstellung des Gutachtens und die dabei entstehenden Kosten nicht sicher abschätzen. Entstehen durch das Gutachten voraussichtlich Kosten, die außer Verhältnis zum Streitwert des Verfahrens stehen²¹⁾ oder die den bereits bezahlten Kostenvorschuss wesentlich (d.h. um mehr als 20%) übersteigen, hat der Sachverständige rechtzeitig darauf hinzuweisen (§ 407a Abs. 4 S. 2 ZPO), damit die Parteien darauf reagieren können.²²⁾

7. Die Pflicht zur Erstellung des Gutachtens

a) Hauptpflicht des Gutachters ist die Erstellung des angeforderten Gutachtens. In Betracht kommen kann eine mündliche Erstattung durch Vernehmung des Gutachters in der Verhandlung (gemäß §§ 402, 395 ff ZPO), etwa bei Bagatellschäden oder zu bestimmten medizinischen Fragen. Im Zivilprozess ist dies allerdings selten. Nur in ca. 4% aller Fälle wurden Sachverständigengutachten in den letzten Jahren mündlich erstattet.²³⁾ Wird ein gerichtlicher Augenschein unter Beiziehung eines Sachverständigen (gemäß § 372 Abs.

18) Gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EGStGB (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch).

19) Ausführlich Ahrens (Fn. 2) Kap. 46 Rn. 16-36.

20) Ahrens (Fn. 2) Kap. 46 Rn. 3.

21) Die Ansichten schwanken zwischen 50% und 100% des Streitwerts; vgl. Münchener Kommentar/-Zimmermann (Fn. 15), § 407a Rn. 11.

22) Ahrens (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 76 ff.

23) Keders/Walter, Langdauernde Zivilverfahren – Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten, NJW 2013, 1697, 1701.

1 ZPO) angeordnet, so liegt es nahe, auch den Sachverständigen zu einer vorläufigen mündlichen Stellungnahme aufzufordern.²⁴⁾

Zumeist wird das Gericht dem Gutachter die Prozessakten aber mit dem Beweisbeschluss übersenden und ein schriftliches Gutachten anfordern. Dessen Erstattung dauerte in den letzten Jahren im Durchschnitt ca. sieben Monate, was etwa 40% der Gesamtverfahrensdauer ausmacht.²⁵⁾ Dem Gesetzgeber schien dies als zu lange. Nach der Neufassung von 2016 muss das Gericht für die Erstellung daher jetzt stets eine Frist setzen (§ 411 Abs. 1 ZPO). In dieser Frist muss der Sachverständige sein Gutachten unterschrieben, zusammen mit den Akten und sonstigen Unterlagen bei Gericht abliefern. Ist ein guter Sachverständiger freilich ausgelastet, nützt eine solche Fristsetzung wenig. Denn entweder gibt er dann den Auftrag sogleich zurück oder das Gericht verlängert seine Frist. Formelle Anforderungen an ein Gutachten gibt es sonst nicht. Allerdings sollten die Ergebnisse darin nachvollziehbar begründet werden.²⁶⁾

Versäumt der Sachverständige die Frist, ist ihm nach dem Gesetz eine Nachfrist zu setzen und ein Ordnungsgeld bis zu 3000 € anzudrohen. Wird die Nachfrist versäumt, ist das Ordnungsgeld festzusetzen und kann bei erneuter Fristversäumung noch einmal festgesetzt werden (§ 411 Abs. 2 S. 3, 4 ZPO). In der Praxis hoffen die Gerichte freilich, ein Gutachten trotz Fristversäumung doch noch zu erhalten und fragen deshalb nach Fristablauf meist nur höflich nach dem Stand der Dinge an.²⁷⁾

Bei weiterer Weigerung, das Gutachten zu erstatten, sind dem Gutachter zusätzlich zu dem Ordnungsgeld die durch seine Weigerung entstehenden Kosten aufzuerlegen (§ 409 Abs. 1 S. 1 ZPO). Damit gemeint ist aber nicht der Schaden, der einer Partei durch die nicht rechtzeitige Gutachtenerstellung entsteht, sondern nur die Kosten der unnötigen Terminwahrnehmung.²⁸⁾ Da in einem solchen Fall kaum mit einem ordentlichen Gutachten zu rechnen ist, wird das Gericht dann wohl diesen Sachverständigen abberufen und einen neuen bestellen (§ 404 Abs. 1 S. 3 ZPO).

b) Die Pflicht zur Erstellung des Gutachtens ist eine persönliche Pflicht. Nach deutschem Recht wird in der Regel eine Einzelperson zum Gutachter bestellt; diese hat das Gutachten zu erstellen, es zu unterschreiben und dem Gericht zu übermitteln (§ 411 Abs. 1 ZPO).

24) Vgl. *Grossam*, in Bayerlein (Fn. 3), § 18 Rn. 8 ff.

25) *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1701.

26) Ahrens (Fn. 2) Kap. 48 Rn. 14.

27) *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1702.

28) *Musielak/Voit/Huber*, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 380 Rn. 3, § 409 Rn. 1.

Nach § 407 Abs. 3 S. 1 ZPO darf der Sachverständige seinen Auftrag nicht auf einen anderen übertragen. Allerdings darf der Sachverständige Hilfspersonen bei der Erstellung des Gutachtens einsetzen. Soweit es um technische Hilfs- und Vorbereitungstätigkeiten oder Schreibaarbeiten geht, ist dies selbstverständlich.²⁹⁾ Der Sachverständige darf aber auch bei notwendigen Untersuchungen und der Abfassung des eigentlichen Gutachtens Mitarbeiter einsetzen, solange er die Verantwortung für das Gutachten durch seine Unterschrift übernimmt und er den Umfang der Mitarbeit angibt (§ 407 Abs. 3 S. 2 ZPO).³⁰⁾

Bei schwierigen Beweisfragen, die am besten in Zusammenarbeit zweier oder mehrerer Sachverständiger erstellt werden, kann auch ein sog. Team-Gutachten erstellt werden. Zulässig ist dies, wenn das Gericht einen entsprechenden Auftrag erteilt oder wenn es den Gutachter ermächtigt, bei Bedarf weitere Sachverständige beizuziehen.³¹⁾

c) In Sonderfällen kann allerdings eine Behörde ein Gutachten erstellen. § 29 PatG und § 58 MarkenG sehen etwa vor, dass das Patentamt als Obergutachter beauftragt werden kann, wenn dem Gericht voneinander abweichende Gutachten mehrerer Sachverständiger vorliegen. Nach § 193 Ab. 1 Nr. 4 BauGB erstattet der Gutachterausschuss zur Ermittlung von Grundstückswerten auch auf Antrag von Gerichten Gutachten über den Verkehrswert bebauter und unbebauter Grundstücke. Nach h.M. handelt es sich dabei um Sachverständigengutachten, nicht um einfache amtliche Auskünfte, auch wenn die Normen, die eine natürliche Person als Gutachter voraussetzen, nicht gelten können.³²⁾

Von solchen gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, darf ein privates Institut oder eine sonstige Organisation als solche eigentlich nicht zum Gutachter bestellt werden, auch wenn dies in der Praxis nicht selten geschieht.³³⁾ Das Gericht muss eine konkrete Person beauftragen und darf deren Auswahl nicht dem Institut, der Klinik usw. überlassen. Erstellt freilich ein Mitarbeiter des Instituts das Gutachten und wird der Fehler nicht beanstandet, so gilt er nach § 295 Abs. 1 ZPO als geheilt.

8. Die Anhörung des gerichtlichen Gutachters

Jede Partei hat vor Gericht Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Die Parteien können daher innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen gegen das schriftliche Gutachten vorbringen und Ergänzungsfragen stellen (§ 411 Abs. 4 S. 1 ZPO).

29) *Roßner*, in Bayerlein (Fn. 3), § 10 Rn. 19 ff; *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 62 ff.

30) *Mayr*, in Bayerlein (Fn. 3), § 29 Rn. 16; krit. gegenüber dieser Praxis (vor allem in Kliniken) *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 68 f.

31) *Grossam*, in Bayerlein (Fn. 3), § 13 Rn. 27.

32) *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, 38. Aufl. 2017, § 404 Rn. 5. *Grossam*, in Bayerlein (Fn. 3), § 13 Rn. 23, meint, Gutachter sei die von der Behörde benannte Einzelperson.

33) Vgl. *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 45 Rn. 34 f.

Werden solche Einwände vorgebracht, kann das Gericht eine schriftliche Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anordnen (§ 411 Abs. 3 S. 2 ZPO). Das Gericht kann sich aber auch damit begnügen, den Gutachter zur mündlichen Verhandlung zu laden, damit er dort sein Gutachten erläutert (§ 411 Abs. 3 S. 1 ZPO). Auch wenn sie keine schriftlichen Einwendungen vorbringen, haben die Parteien das Recht, den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung zu seinem Gutachten zu befragen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Gericht das Gutachten als überzeugend ansieht oder nicht.³⁴⁾ Bezweifelt das Gericht selbst die Richtigkeit des Gutachtens oder hat es einfach Verständnisschwierigkeiten, so hat das Gericht eine Anhörung des Sachverständigen bereits von Amts wegen nach § 411 Abs. 3 ZPO anzuordnen.³⁵⁾ Entsprechend muss der Gutachter in all diesen Fällen zur mündlichen Verhandlung erscheinen und sich den Fragen des Gerichts und der Parteien stellen.

9. Die Beeidigung des Sachverständigen

Der Sachverständige muss selbstverständlich ein richtiges Gutachten mit der gebotenen Sorgfalt erstellen. Wie bei einem Zeugen steht aber die Beeidigung des Sachverständigen im Ermessen des Gerichts. In diesem Fall muss der Sachverständige versichern, sein Gutachten „unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen“ erstattet zu haben oder noch zu erstatten (§ 410 Abs. 1 ZPO). In den allermeisten Fällen unterbleibt eine Beeidigung, schon weil die Parteien in der Regel darauf mit Bindung für das Gericht verzichten (§ 402 iVm § 391 ZPO). Aus § 410 ZPO folgt nichts anderes. Diese Norm regelt lediglich, wie vorzugehen ist, wenn das Gericht ausnahmsweise eine Beeidigung für erforderlich hält.

10. Die Haftung des Sachverständigen

a) Da der Sachverständige als Richtergehilfe angesehen wird, ist seine Haftung für ein fehlerhaftes Gutachten ähnlich der eines Richters gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht eingeschränkt. Nach § 839a Abs.1 BGB, der 2002 in das BGB eingefügt wurde, haftet der Sachverständige nur für Schäden, die als Folge einer gerichtlichen Entscheidung entstehen, die auf einem vorsätzlich oder grob fahrlässig fehlerhaft erstellten Gutachten beruht. Haftungsvoraussetzungen sind demnach: (1) Bestellung als gerichtlicher Sachverständiger, (2) Erstellung eines fehlerhaften Gutachtens, (3) Kausalität für die gerichtliche Entscheidung, (4) Kausalität für den geltend gemachten Schaden, und (5) Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Gutachters bei der Erstellung des Gutachtens. Für alle diese Voraussetzungen trägt der Geschädigte die Beweislast.

b) Die Haftung entfällt, wenn es der Geschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden

34) Ahrens (Fn. 2) Kap. 48 Rn. 28 ff.

35) Ahrens (Fn. 2) Kap. 48 Rn. 21 ff.

durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839a Abs. 2 iVm. § 839 Abs. 3 BGB). Der Antrag, den Gutachter zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden (§ 411 Abs. 3 S. 1 BGB), ist insoweit als Rechtsmittel anzusehen. Zur Sicherheit für den Sachverständigen sieht § 72 Abs. 2 S. 1 ZPO (eingefügt 2007) zudem vor, dass keine Partei dem Sachverständigen bereits im Ausgangsverfahren den Streit verkünden kann. Dadurch soll verhindert werden, dass der Sachverständige aufgrund eines unliebsamen Gutachtens zur Nebenpartei gemacht und damit zur Niederlegung seines Amtes gezwungen werden kann. Außerdem soll verhindert werden, dass von der Entscheidung des Ausgangsverfahrens eine Bindungswirkung für den Schadensersatzprozess gegen den Sachverständigen ausgeht.

c) Das Gesetz regelt nicht, ob und wie der Sachverständige haftet, wenn es nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung kommt. Die Parteien vergleichen sich etwa auf der Grundlage des fehlerhaften Gutachtens, der Kläger nimmt seine Klage auf Grund des Gutachtens zurück oder er unterlässt eine Klageerhebung, wenn das für ihn negative Gutachten vor Klageerhebung im selbständigen Beweisverfahren (nach § 485 ZPO) erstellt wurde. Ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur ist der Ansicht, dass die Regelung des § 839a BGB abschließend ist, so dass der Sachverständige in solchen Fällen überhaupt nicht haften würde.³⁶⁾ Der Gesetzgeber mag sich dies zwar so gedacht haben. Dies erscheint weder als sachgerecht, insbesondere wenn das Gericht den Prozessvergleich oder die Klagerücknahme gerade im Hinblick auf das Gutachten vorgeschlagen hatte, noch dürfte dies mit den Grundrechten vereinbar sein. Entweder man lässt den Sachverständigen daher auch ohne gerichtliche Entscheidung analog § 839a BGB haften oder man greift auf die allgemeinen Regeln deliktischer Haftung zurück. Persönlich erscheint es mir am überzeugendsten, den Sachverständigen nach § 823 Abs. 2 BGB iVm. §§ 153 ff, 163 StGB haften zu lassen, soweit er sich durch die Erstellung seines falschen Gutachtens strafbar gemacht hat.³⁷⁾

§ 839a BGB begrenzt die Haftung des Sachverständigen aber nur im Hinblick auf sein Gutachten. Verletzt er die Partei persönlich oder ihr Eigentum bei der Vorbereitung seines Gutachtens, so haftet er uneingeschränkt nach § 823 Abs. 1 bzw. § 826 BGB.

11. Die Vergütung des Sachverständigen

a) Das Gericht bestellt den Sachverständigen und bezahlt ihn auch. Der Sachverständige hat keinen Vergütungsanspruch gegen die Parteien. Mit ihm wird kein Vertrag

³⁶⁾ So *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 43 Rn. 53; *Palandt/Sprau*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 839a Rn. 4; auch *Münch-Komm-/Wagner*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 839a Rn. 25.

³⁷⁾ Hierfür etwa *Staudinger/Wöstmann*, 2013, § 839a Rn. 19; *Jauernig/Teichmann*, BGB, 16. Aufl. 2015, § 839a Rn. 2; *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 839a Rn. 34.

geschlossen, vielmehr wird er hoheitlich bestellt. Dementsprechend erhält der Sachverständige für seine Tätigkeit eine gesetzliche Vergütung nach dem Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen... von 2004, dem Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz (JVEG). Nach § 9 JVEG erhält der Sachverständige ein Stundenhonorar, gestaffelt nach 16 Honorargruppen, von 65 € bis zu 125 € pro angefangener Arbeitsstunde (ggf. zuzüglich Mehrwertsteuer). Besondere Aufwendungen werden zusätzlich ersetzt (§ 12 JVEG).

b) Für viele Selbständige liegt diese Vergütung freilich deutlich unter dem sonst üblichen Verdienst. Nach meinem (unmaßgeblichen) Eindruck werden nicht selten zum Ausgleich einfach hohe Stundenzahlen abgerechnet und nicht beanstandet. Soweit von vornherein abzusehen ist, dass ein Gutachter zu dem gesetzlichen Tarif nicht zu finden sein wird, können sich die Beteiligten aber auch mit einer bestimmten höheren Vergütung (ohne Obergrenze) einverstanden erklären. Ein solches Einverständnis wird relativ häufig erklärt. In einem solchen Fall wird der Gutachter erst dann beauftragt, wenn die Parteien einen dementsprechenden Vorschuss an die Staatskasse geleistet haben (§ 13 Abs. 1 S. 1 JVEG).

c) Ist das Gutachten nicht verwertbar, weil der Gutachter gegen Offenbarungspflichten verstoßen hat, weil er mangelhaft gearbeitet oder nachträglich einen Ablehnungsgrund geschaffen hat, kann seine Vergütung gekürzt oder ganz gestrichen werden (§ 8a JVEG). Steht die abgerechnete Vergütung außer Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes bzw. überschreitet sie den bezahlten Auslagenvorschuss erheblich und hat der Gutachter auf diese Umstände nicht rechtzeitig hingewiesen, kann das Gericht die Vergütung nach billigem Ermessen festsetzen, so dass ein angemessenes Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes entsteht (§ 8a Abs. 3 JVEG) bzw. sie auf die Höhe des Auslagenvorschusses begrenzen (§ 8a Abs. 4 JVEG).

III. Beweisverfahren und Beweiswürdigung

1. Beweisverfahren

a) Das Gericht ordnet den Beweis durch einen Sachverständigen durch Beweisbeschluss an, sei es nach Beweisantritt durch eine Partei (§ 403 ZPO), sei es von Amts wegen (§ 144 Abs. 1 S. 1 ZPO). Soweit die Begutachtung oder die vorbereitende Tatsachenfeststellung durch den Sachverständigen die Mitwirkung der Parteien erfordert, kann das Gericht den Parteien die Duldung der erforderlichen Handlungen aufgeben, sofern nicht eine Wohnung betroffen ist (§ 144 Abs. 1 S. 3 ZPO).

b) Die Erstellung eines Sachverständigengutachtens ist nicht selten eine mühevoll und

aufwändige Angelegenheit. Kommt es zu weiteren Verfahren, bei denen eine identische Sachfrage zu klären ist, so musste früher eigentlich in jedem weiteren Fall ein neues Gutachten eingeholt werden. Seit 2004 kann das Gericht aber stattdessen nach § 411a ZPO ein bereits für ein früheres Verfahren erstattetes Gutachten verwerten. Das Gesetz gestattet die Verwertung des Gutachtens als Sachverständigenbeweis, nicht nur (was auch vorher möglich war) als Urkunde. Allerdings muss den Parteien des neuen Verfahrens zu dem Gutachten rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gewährt werden. Dies gilt nicht nur, wenn eine andere Partei (zusätzlich) beteiligt ist, sondern auch wenn dieselben Parteien erneut streiten. Denn über die Rechtskraftbindung hinaus kann die Beweisaufnahme in dem einen Verfahren keine Bindungswirkung für ein weiteres Verfahren entfalten. Die Parteien können daher die Tatsachengrundlage des früheren Gutachtens bestreiten, den Gutachter (aufgrund neuer Informationen) ablehnen oder seine mündliche Anhörung beantragen. Die Praxis macht von dieser Möglichkeit bisher aber kaum Gebrauch.³⁸⁾ Der praktische Nutzen der Neuregelung hält sich daher wohl in Grenzen.

Über die erneute Verwertung seines Gutachtens wird der Sachverständige nicht informiert. Er kann eine solche Zweitverwertung auch nicht durch einen Vermerk in seinem Gutachten ausschließen oder ihr widersprechen, falls er davon zufällig erfahren sollte. Auch eine zusätzliche Vergütung erhält er nicht, es sei denn, er werde in dem neuen Verfahren zur Erläuterung des Gutachtens zur mündlichen Verhandlung geladen.³⁹⁾

2. Beweismwürdigung

a) Das Gericht hat die Ergebnisse des Sachverständigengutachtens (wie alle anderen Beweisergebnisse) selbständig frei zu würdigen (§ 286 Abs. 1 S. 1 ZPO). Wenn das Gericht aber volle Sachkenntnis gehabt hätte, hätte es ja gar kein Gutachten anfordern müssen, sondern den Fall selbst beurteilen können. Der Überprüfung der Richtigkeit des Gutachtens sind daher praktische Grenzen gesetzt. Das Gericht kann und muss daher nur prüfen, ob das Gutachten in sich logisch geschlossen, also widerspruchsfrei und nach der bisherigen Lebenserfahrung der Richter überzeugend ist und ob der Sachverständige seiner Bewertung keine anderen als die erwiesenen Tatsachen zugrunde gelegt hat. Diese Prüfung obliegt dem Gericht unabhängig von Einwendungen der Parteien. Ohne ein gewisses Maß an Sachverstand ist aber auch dies kaum möglich. In vielen Fällen muss der Richter daher dem Gutachten mehr oder weniger blind folgen. Dies wird vielfach beklagt und die Bestellung sachkundigerer Richter gefordert. Eine Berufung von Sachverständigen als Richter wird aber überwiegend nicht befürwortet.⁴⁰⁾ Zur

38) *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 277.

39) *Münchener Kommentar/Zimmermann* (Fn. 15), § 411a Rn. 14 ff.

40) Vgl. *Ahrens* (Fn. 2), Kap. 43 Rn. 2; *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 288.

Verbesserung der Sachkunde der Richter hat der deutsche Gesetzgeber immerhin ab 1.1. 2018⁴¹⁾ angeordnet, dass für Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften, Bau- und Architektenverträgen, aus Heilbehandlungen und aus Versicherungsverträgen bei den Landgerichten zwingend Spezialkammern zu bilden sind, so dass die Sachkunde dieser Spruchkörper in diesen für die Parteien wirtschaftlich oder persönlich bedeutenden Bereichen ansteigen wird.

b) Hat das Gericht Zweifel am Gutachten, muss es zuerst den Sachverständigen befragen (§ 411 Abs. 3 S. 1 ZPO). Eine eigene abweichende Entscheidung ist freilich nicht ohne weiteres möglich. Entweder muss das Gericht ein Ergänzungsgutachten anfordern oder einen neuen Sachverständigen beauftragen. Erst am Ende solcher Aufklärungsmaßnahmen darf das Gericht zwischen den vorgetragenen Meinungen abwägen und eine begründete eigene Entscheidung treffen.

IV. Abschließende Würdigung

Der Sachverständigenbeweis macht in der Praxis Schwierigkeiten. Die Beauftragung eines Sachverständigen verteuert und verlängert den Prozess. Das Gericht verliert zudem praktisch gesehen ein Stück Entscheidungsmacht an den Sachverständigen. Dazu kommen Verständigungsschwierigkeiten zwischen Juristen und Sachverständigen. Beide sprechen nicht unbedingt dieselbe Sprache. Diese Schwierigkeiten haben dazu geführt, dass der deutsche Gesetzgeber 2016 versucht hat, Pflichten von Gericht und Sachverständigen im Sinne einer besseren Zusammenarbeit zu präzisieren. Ob diese Pflichtverschärfungen an den Grundproblemen viel ändern wird, erscheint mir eher zweifelhaft. Denn mit der Verhängung von Ordnungsgeld bewegt man einen Sachverständigen kaum zu einer schnelleren oder besseren Arbeit. Richtig erscheint mir dagegen die verstärkte Pflicht des Gerichts, den Sachverständigen einzuweisen, die Beweisfragen mit ihm zu besprechen usw. Auch die neue eingeführte Pflicht, für Sachgebiete, in denen erfahrungsgemäß oft Sachverständige bestellt werden müssen, die Zuständigkeit besonderer Kammern bei den Landgerichten vorzuschreiben und damit tendenziell die Sachkunde der entscheidenden Richter zu verbessern, erscheint mir dagegen als ein Schritt zur Verbesserung der Situation.

41) Durch Gesetz vom 28.4.2017, BGBl I 969.