

Selbständiges Beweisverfahren, Schiedsverfahren und Mediation

Zu den Möglichkeiten der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Bausachverständigen



AUTOR

Dr. Peter Hammacher,
Rechtsanwalt und
Mediator, Heidelberg

Die Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Bausachverständigen läuft nicht immer reibungslos. Unterschiedliche Ausgangspositionen führen zu Missverständnissen in Bezug auf die Erwartungen an den jeweils anderen. Dabei bleibt das gemeinsame Ziel der Wahrheitsfindung bisweilen auf der Strecke. Der Beitrag¹ stellt Verbesserungsmöglichkeiten für eine erfolgreiche Zusammenarbeit beider Professionen unter Berücksichtigung der besonderen Einsatzformen des Sachverständigen außerhalb des Bauprozesses dar.

INHALT

1 Einleitung

2 Gründe für Ambivalenzen

- 2.1 unterschiedliche Sprache
- 2.2 unterschiedliche Vorgehensweise
- 2.3 unterschiedliche Aufgaben

3 Der Auftrag

- 3.1 Auftragsformulierung
- 3.2 Unteraufträge

4 Ablauf des Verfahrens

5 Die Würdigung des Gutachtens durch das (Schieds-)gericht

- 5.1 Prüfpflicht des Gerichts
- 5.2 Würdigung von Privatgutachten

6 Auswahl des richtigen Sachverständigen

7 Kosten des Sachverständigen

- 7.1 Privatgutachten
- 7.2 Beweisverfahren und Prozess
- 7.3 Erstattung der Sachverständigenkosten
- 7.4 Vergütung bei Abbruch der Sachverständigen-Tätigkeit

8 Besonderheiten bei Selbständigen Beweisverfahren

- 8.1 Rechtliches Interesse
- 8.2 Einwendungen gegen das Gutachten
- 8.3 Streitverkündung
- 8.4 Aussetzung des Hauptverfahrens

9 Besonderheiten bei Schiedsverfahren

10 Besonderheiten bei Mediation

11 Der Sachverständige in der Rolle des Prozessverantwortlichen

- 11.1 Sachverständige als Schiedsrichter in Schiedsverfahren
- 11.2 Sachverständige als Schiedsgutachter
- 11.3 Sachverständige als Mediatoren

1. Einleitung

Mit der Zusammenarbeit zwischen Rechtsanwälten und Sachverständigen steht es nicht immer zum Besten: Der Anwalt beklagt sich, dass der Sachverständige das nicht richtig begutachtet, was man ihm sagt, und der Sachverständige beklagt sich, dass man ihm das nicht richtig sagt, was er zu begutachten hat. Dies ist keine günstige Ausgangslage für ein fruchtbares Verfahren zur Wahrheitsfindung. Das Misstrauen und die Befindlichkeiten auf beiden Seiten sind groß. Nachfolgend werden neben den unterschiedlichen Ausgangspositionen der Rechtsanwälte und der Sachverständigen die Verbesserungsmöglichkeiten für eine Zusammenarbeit unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung dargestellt. Im Vordergrund stehen dabei die besonderen Einsatzformen des Sachverständigen außerhalb des Hauptprozesses beschränken, d.h. das selbständige Beweisverfahren, das Schiedsverfahren und die Mediation.

2. Gründe für Ambivalenzen

2.1 Unterschiedliche Sprache

Dass Juristen sich einer besonderen Fachsprache mit früher lateinischen und heute eher englischen Rechtsbegriffe bedienen, muss nicht betont werden – für den Techniker gilt aber nichts anderes: Formeln und nicht selten ebenfalls englische Fachausdrücke. Ohne Übersetzung des einen zum anderen funktioniert es nicht. Bereits das Verständnis eines so ein

einfachen Wörtchens wie »grundsätzlich« kann zu großen Diskussionen führen. Während für den Juristen damit bereits die Hintertür zur Ausnahme geöffnet ist, hat diese Vokabel für den Sachverständigen Absolutheitscharakter².

Dabei kommt die Rolle des Übersetzers meist eher dem Anwalt zu. Er versucht, zu verstehen und den Sachverhalt so zu formulieren, dass er es einem anderen Laien, dem Richter, vermitteln kann. Diese Aufgabe ist schwierig und der doppelte Filter funktioniert nicht immer: Wenn man keine Ahnung hat, ist es eben schwer, einem anderen, der noch weniger davon versteht, etwas zu erklären.

Empfehlung:

- Wie in der Übersetzung aus einer Sprache in die andere ist es häufig Erfolg versprechend, **Begriffe und Sachverhalte**, auf die man abstellen möchte, **vorher zu definieren** bzw. so zu umschreiben, dass der Kommunikationspartner die Bedeutung erkennt.
- Wählt man zur Veranschaulichung **Beispiele**, von denen jedermann weiß, das sie hinken, sollte man sich deren Relativität bewusst machen und ggf. hinterfragen.
- Die **Rückfrage**, dessen was man von der anderen Seite verstanden hat (»Looping, Reframing«), eine in der Mediation stark angewandte Technik, stellt sicher, dass sich der andere verstanden fühlt und schafft die gemeinsame Basis für eine fruchtbare Kommunikation.

¹ Überarbeitete und leicht gekürzte Fassung eines Vortrags im Rahmen der Veranstaltungsreihe für Rechtsanwälte »Leistungsstörungen am Bau - neuere Ansätze zur Prävention und Bewältigung« der DEKRA Real Estate Expertise GmbH vom 10. Oktober 2007

² Jacob/Staudt, Der Sachverständige 5/2007, 137, 138

2.2 Unterschiedliche Vorgehensweise

Während der Jurist mit der Methode der Relationstechnik anspruchsbezogen an seine Aufgabe herangeht, ordnet der Sachverständige die vorliegenden Informationen nach technischer Relevanz. Er muss die Informationen auf ihre Wahrhaftigkeit überprüfen und ggf. Fehler aufzeigen.

Anerkannte Methode der Gutachtererstellung ist die Arbeit mit Modellen. Hier werden Annahmen getroffen und Generalisierungen vorgenommen. Für das Schiedsgericht und die Parteien sind solche Prämissen jedoch unter dem Gesichtspunkt der Beweisführung nicht ohne weiteres akzeptabel.³

Die unterschiedlichen Vorgehensweisen müssen zu unterschiedlichen Gewichtungen führen: Was dem Rechtsanwalt für seine rechtliche Argumentation unwichtig erscheint, mag dem Sachverständigen zur Vervollständigung seiner Untersuchung von Bedeutung sein. Der Jurist liebt es, Sachverhalte zu strukturieren. Dazu braucht er eine Konzentration auf das, was er als wesentlich erkannt hat. Zusätzliche Informationen, die ihm der Techniker zur Verfügung stellen will, kann er dabei eigentlich gar nicht brauchen. Er wird unwirsch, wenn er mit zuviel scheinbaren Nebensächlichkeiten belastet wird, die seinen roten Faden verfransen.

Der Techniker merkt bald, wohin ihn der Berater führen will. Entweder setzt er seinen Sachverstand dagegen und ärgert sich, dass der Jurist die Zusammenhänge nicht begreifen will. Oder er lässt sich führen und verzichtet bereitwillig auf technische Details, die der Anwalt nicht hören will. Letzteres rächt sich spätestens dann, wenn der Anwalt der Gegenseite seine, in der gleichen Weise ermittelten Erkenntnisse vorträgt.

2.3 Unterschiedliche Aufgaben

Aufgabe des Anwalts ist die optimale Vertretung seines Mandanten. Der Sachverständige muss erkennen, dass die Befragung, das hartnäckige Nachhaken, das immer wieder auf einen bestimmten Punkt Zurückkommen des Anwalts bei einem kontradiktorischen Verfahren nicht zu vermeiden ist. Eine ganz andere Frage ist es, ob ein solches Verfahren effizient ist und tatsächlich immer der Wahrheit dient.

Aufgabe des Sachverständigen ist es, die technischen Feststellungen zu den gestellten Fragen zu treffen. Dabei kommt es wesentlich auf die Art des Sachverständigeneinsatzes an: Im Zivilverfahren ist der Sachverständige »Gehilfe des Gerichts«⁴. Das gilt auch für Schiedsverfahren, die sich nach der ZPO richten und entspricht dem kontinentaleuropäischen Verständnis. Das UNCITRAL Model Law Art. 26 hat sich für die kontinentaleuropäische Sichtweise entschieden, entsprechend wurden die Vorschriften ohne Bruch in § 1049 der deutschen ZPO eingearbeitet.

Ist der Sachverständige hingegen lediglich als Parteigutachter tätig, oder liegt dem Schiedsverfahren eine amerikanische Schiedsordnung zugrunde, so ist die Rolle des Sachverständigen eher die eines sachverständigen Zeugen.

»Expert-Conferencing« im angelsächsischen Verfahren verschafft dem Schiedsgericht die Möglichkeit, sich ein Bild von dem Gutachter und seinem Werk zu machen: Jede Partei wählt ihren Sachverständigen selbst und vernimmt ihn im Verfahren auch selbst (direct examination), um die zu beweisenden Fakten zu belegen. Im Anschluss erhält die Gegenseite Gelegenheit zu Gegenfragen (cross examination). Das strenge adversary system legt dem Gericht dabei möglichst weitgehende Zurückhaltung auf, um die Waffengleichheit aufrechtzuerhalten⁵.

Problematisch wird es, wenn der Sachverständige sich nicht damit begnügen will, technische Feststellungen zu treffen, sondern vielmehr einen substantiellen Beitrag zur Konfliktlösung leisten will. Haben die Parteien ihn nicht gebeten, eine solche Rolle einzunehmen, kann ihm das schnell den Unwillen einer Partei und einen Befangenheitsantrag einbringen.

Ein sehr schönes Beispiel bietet die Entscheidung des OLG Celle⁶: Der Sachverständige rief den Anwalt des öffentlichen Auftraggebers an und schlug ihm vor, parallel zu seiner Gutachtererstellung dem Auftragnehmer Gelegenheit zur Mängelbeseitigung zu geben. Das Beweisverfahren diene doch der Mängelbeseitigung und diese liege auch im Interesse der Antragsteller (Ast.). Das wollte der Anwalt jedoch nicht. Es stehe dem Ast. schließlich frei, Drittfirmen mit der Mängelbeseitigung zu beauftragen und den

Auftragnehmer auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen. »Der Sachverständige erwiderte, dass die beteiligten Streitverkündeten dann von dem Haftpflichtversicherer des Antragsgegners (Ag.) in Anspruch genommen werden würden. Hierdurch würden für diese erhebliche Nachteile entstehen und diese gegebenenfalls in die Insolvenz treiben. Dies gelte es aber zu verhindern, weshalb er die sofortige Mängelbeseitigung für erforderlich halte. Dies müsse seiner Ansicht nach ein Öffentlicher Auftraggeber wie die Ast. auch berücksichtigen. Nachdem ihr Prozessbevollmächtigter erkennen lassen habe, dass er gleichwohl die von dem Sachverständigen präferierte sofortige Einleitung der Mängelbeseitigung nicht befürworten könne, habe der Sachverständige verärgert reagiert und das Telefongespräch kurz angebunden beendet.« Nach Ansicht des Gerichtes ist der Sachverständige über einen Versuch der Streitbeilegung hinausgegangen und hat die Grenzen des ihm vom Gericht erteilten Auftrages erheblich überschritten.

Der Fall zeigt nicht nur die Grenzen der Sachverständigentätigkeit. Angedeutet wird auch die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines solchen Verfahrens, wenn es auch um die Wahrung der beiderseitigen Interessen und die Abstimmung sinnvoller und zweckgerichteter Vorgehensweisen geht. Möglicherweise hätten die Parteien in einem Mediationsverfahren andere Lösungen gefunden, die beiden Seiten gerecht werden.

3. Der Auftrag

3.1 Auftragsformulierung

Wesentlich für die ordnungsgemäße Erledigung des Sachverständigen-Auftrages ist die exakte Formulierung des Beschlusses. Im Schiedsverfahren ist es – wie im Zivilprozess - Sache des Gerichts, die richtigen Aufgaben zu stellen, jedenfalls, wenn es sich eine Partei leicht gemacht hat (»Beweis: Sachverständigengutachten«). Nun kann es sein, dass der Schiedsrichter im Zeitpunkt der Formulierung des Beweisbeschlusses noch nicht genau weiß, worauf es eigentlich ankommen wird. Weder die technische Richtigkeit formulierter Sachverhalte und Fragestellungen, noch ihre Relevanz sind u. U. für das Schiedsgericht voll erkennbar. Es besteht die Gefahr, dass dadurch das Gericht auf den Prozessstoff Einfluss nimmt.

Auch bei einem selbständigen Beweisverfahren stellt sich dieses Problem: die

3 Nicklisch in Nicklisch(Hrsg.) Der Experte im Verfahren, 2007, 17

4 Wiegand in Nicklisch, 19

5 Trittman in Nicklisch, 72

6 OLG Celle vom 15.05.2007, 13 W 46/07

Parteien wissen u. U. zu Beginn selbst noch gar nicht genau, wie sie sich rechtlich einlassen werden; sie sind ganz im Sinne der Symptom-Rechtsprechung des BGH in erster Linie an der Feststellung eines Zustandes oder einer Ursache interessiert sind. Die strikte Abgrenzung von rechtlichen und technischen Fragen ist dabei nicht immer möglich. Dennoch hat der Sachverständige die gestellten Fragen zu beantworten, und zwar auch dann, wenn die Antwort möglicherweise bereits rechtliche Fragestellungen einbezieht, also etwa, ob »nach dem Stand der Technik« gearbeitet wurde⁷.

Der Rechtsanwalt, der den Beweisabschluss vorbereitet, neigt eher dazu, den Beschluss nicht ganz so abschließend zu formulieren, gerade weil er hofft, durch den Sachverständigen Aufklärung zu erhalten. Außerdem möchte er vermeiden, dass erst Ergänzungsgutachten gefertigt werden müssen und dadurch noch mehr Zeit verloren geht. Der Sachverständige wird durch fehlende Präzision allerdings in die Situation gebracht, nach eigenem Ermessen die Grenzen seiner Tätigkeit bestimmen zu müssen – oder zu dürfen.⁸

Empfehlung:

- Die Parteien sollten sich **bei der Formulierung der Aufgaben** nicht zurückhalten, sondern **gemeinsam an den Beweisthemen arbeiten**⁹. Dies ist auch im Hinblick auf die Wiederherstellung einer Vertrauensbasis zwischen den Streitparteien wichtig. Kleine Schritte hin zu einer Einigung, auch wenn sie neben der Hauptsache unternommen werden, helfen den Parteien. Die Anwälte können diesen Prozess unterstützen, wenn sie ihre Mandanten zur kreativen Mitarbeit bewegen.

3.2 Unteraufträge

Umstritten ist die Frage, ob ein Sachverständiger im Schiedsverfahren Unter-Sachverständige beauftragen darf.¹⁰ Als höchstpersönliche Dienstleistung wird von dem Sachverständigen jedenfalls die Überwachung eingesetzter Gehilfen erwartet, § 407a Abs.2 ZPO.

Empfehlungen:

- Bei der Hinzuziehung weiterer Experten sollte sich der **Sachverständige mit dem Gericht** und dieses mit den Parteien **abstimmen**, nicht zuletzt

⁷ Keldungs/Tilly, Beweissicherung im Bauwesen, 2006, 55

⁸ Sass, Der Sachverständige – weiterhin ein prozessuales Problemfeld, DS 2007, 256,258

⁹ skeptisch: Sass, DS 2007,256,259

¹⁰ ja: Münch, MüKo § 1049 RN 11; nein: Lörcher in Nicklisch,43, Keldungs/Tilly,43

auch wegen der damit verbundenen Kosten.

- In einer **Schiedsvereinbarung** sollte geregelt werden, ob der Sachverständige vor Beauftragung von Unter-Sachverständigen das Gericht oder die Parteien um Erlaubnis zu bitten hat.

4. Ablauf des Verfahrens

4.1 Streitstoff

Enthält der Beschluss keine Aussagen dazu, wie der Sachverständige sein Verfahren zu führen hat, ist ihm die Gestaltung im Wesentlichen freigestellt. Er muss allerdings dafür sorgen, dass alle Parteien gleich behandelt und gehört werden. Die Vorstellung über die Arbeitsweise des Sachverständigen kann mit den zivilprozessualen Grundsätzen konkurrieren: Es ist Sache der Parteien, den Streitstoff zu bestimmen. Der Sachverständige hingegen könnte, beseelt von dem Wunsch, die Wahrheit herauszufinden, auch andere Informationen fordern. Damit würde sich seine Tätigkeit der Inquisitionsmaxime der ICC Dispute Boards annähern.¹¹

Der Sachverständige wird im Rahmen seiner Untersuchungen möglicherweise für den Fall relevante Sachverhalte feststellen, die von den Parteien selbst bisher gar nicht angesprochen oder auch nur gesehen wurden. Führt er von sich aus diese Informationen ein, kann dies evtl. einen Ablehnungsantrag der benachteiligten Partei provozieren, § 406 Abs.1, § 43 Abs.1, 2 ZPO. Andererseits wird sich die Partei die neuen Erkenntnisse zu Eigen machen und damit in das Verfahren einführen. Überschreitet der Sachverständige die vorgegebene Fragestellung, kann das Schiedsgericht auch diese Aussagen im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung werten, muss aber den Parteien vorher rechtliches Gehör gewähren, vgl. § 1042 ZPO.

Nach § 404 a ZPO soll der Sachverständige angehalten werden, sich mit dem Gericht in Verbindung setzen, wenn eine rechtliche Frage mitbehandelt werden muss oder wenn der beweis erhebliche Parteivortrag von dem abweicht, was er feststellt. Im Schiedsverfahren gelten auch Beibringungs- und Verhandlungsmaxime, die zu Grunde liegenden Schiedsordnungen sind jedoch nicht so klar formuliert wie in der ZPO.

Empfehlungen:

- Auch wenn das Verfahren dem Sachverständigen freien Raum schenkt,

¹¹ Nicklisch in Nicklisch (Hrsg.) Der Experte im Verfahren, 2007,11

sollte er mit dem Gericht und den Parteien **über die von ihm geplante Vorgehensweise sprechen** und sie einbeziehen.

- In der Schiedsvereinbarung kann bestimmt werden, dass das **Gutachten des Sachverständigen zunächst den Parteien im Entwurf** zuzuleiten ist. Das hilft Missverständnisse zu vermeiden und aufzuklären und ist eleganter als später das Gutachten mühsam anfechten zu müssen.¹²
- Eine in der ZPO nicht vorgesehene, für Schiedsverfahren aber durchaus mögliche Variante besteht darin, **mit allen Parteien und mit allen Zeugen und allen Sachverständigen gemeinsam zur verhandeln**, statt sie nacheinander zu Wort kommen zu lassen. Hier können mediative Elemente in das Schiedsverfahren einfließen und zu einer effizienteren und der Aufklärung dienenden Vorgehensweise führen.

4.2 Ortstermin

Den Parteien ist im selbstständigen Beweisverfahren gestattet, der Beweisaufnahme - auch einer Ortsbesichtigung durch den Sachverständigen - beizuwohnen (§ 491 Abs.1 ZPO, § 492 Abs.1 ZPO i. V. m. § 357 ZPO) und nach Mitteilung des schriftlichen Gutachtens eine Ergänzung des Gutachtens zu beantragen oder in einer mündlichen Verhandlung an den Sachverständigen Fragen zu stellen (§ 411 Abs.4 ZPO, § 492 Abs.1 ZPO i. V. m. § 397 Abs.1 ZPO). Die Termine vor Ort gehen naturgemäß sehr unterschiedlich von statten.

Zwar wird den Sachverständigen meist geraten, sich nicht auf Gespräche mit den Parteien einzulassen, um nicht Gefahr zu laufen, in den Augen der Parteien ihre Unabhängigkeit einzubüßen¹³. Bei entsprechender Ausgestaltung besteht aber kein Grund, dem Sachverständigen zu versagen, den Termin als »Hearing« zu organisieren, und Streitgespräche zwischen den Parteienvertretern oder mit deren technischen Beratern zuzulassen¹⁴. Ein solcher Austausch von Informationen und sachlichen Argumenten kann der effektiven Klärung der Lage dienen. Ggf. könnte der Sachverständige eine weitere neutrale Person für die Führung der Verhandlung hinzuziehen, um sich nicht

¹² Trittmann in Nicklisch,76

¹³ Bleutge, Ortsbesichtigung durch Sachverständige, Tagungsband 42.Bausachverständigen-Tag 2007, 71,74

¹⁴ so auch Keldungs/Tilly, 51

selbst in die Situation des Mediators bringen zu müssen.

Außer der Pflicht, dass der Sachverständige allen Parteien Gelegenheit geben muss, anwesend zu sein, gibt es keine Regeln. Diese muss der Sachverständige allerdings sehr ernst nehmen, da bereits die Besorgnis der Befangenheit für die Ablehnung des Sachverständigen genügt.

»Führt ein Sachverständiger eine Orts- und Sachbesichtigung in Anwesenheit nur einer Partei durch, ohne die andere zu benachrichtigen oder ihr Gelegenheit zur Teilnahme zu geben, so lässt ihn dies als befangen erscheinen. Dies rechtfertigt sich auf der objektiven Ebene aus einem Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit, also wenn der Sachverständige sich der einseitigen Einflussnahme einer Partei aussetzt. Deshalb ist es unerheblich, ob eine der Parteien von der Ortsbesichtigung, die der Erstellung des Gutachtens dient, oder bereits im Vorfeld bei der Prüfung der Örtlichkeit auf die Verhältnisse hin ausgeschlossen wird.«¹⁵

»Es rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen, wenn der Sachverständige, nachdem er eine Partei zu dem von ihm durchgeführten Ortstermin nicht geladen hat, auf den Hinweis des Gerichts, es sei zu erwägen, einen erneuten Ortstermin mit allen Parteien durchzuführen, erklärt, eine Wiederholung des Ortstermins werde zu keinem anderen Ergebnis führen, es sei »abwegig« das vorliegende Gutachten in Frage zu stellen und gänzlich zu verwerfen.« »Die Parteien müssen sich darauf verlassen können, dass der Sachverständige in seinem Ergebnis noch nicht festgelegt ist, solange die Parteien ihr Frage-recht noch nicht ausgeübt haben und die Begutachtung nicht abgeschlossen ist.«¹⁶

5. Die Würdigung des Gutachtens durch das (Schieds-)gericht

5.1 Prüfpflicht des Gerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat eine Verletzung des rechtlichen Gehörs angenommen, wenn sich ein Gericht das Gutachten zu Eigen macht, ohne darzulegen, warum¹⁷. § 286 ZPO berechtigt und **verpflichtet** den Richter zur freien Beweiswürdigung. Es besteht keine Vermutung

15 OLG Saarbrücken, 2007-04-27 5 W 104/07, BeckRS 2007 09954

16 OLG Celle, 2007-01-22, 13 W 101/06, BeckRS 2007 01819

17 BVerfG NJW 1997,122,123

der Richtigkeit zugunsten der Expertenmeinung¹⁸. Leider hat man nicht immer den Eindruck, dass sich die Gerichte dieser Mühe unterziehen.

Kriterien zur Überprüfung¹⁹:

- Hat der Sachverständige den Gegenstand selbst begutachtet?
- War der Sachverständige neutral oder befangen?
- Hat er die gestellten Fragen vollständig und widerspruchsfrei beantwortet?
- Ging der Sachverständige von der richtigen Tatsachengrundlage aus?
- Ist er im Rahmen seiner Expertise geblieben?
- Hat der Sachverständige die richtigen Methoden angewendet?
- Gibt es erklärungsbedürftige Abweichungen zu anderen Gutachten oder Beweisangeboten der Parteien?

Das Gericht darf bei Vorliegen eines Parteigutachtens nicht ohne nähere Prüfung von den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen ausgehen²⁰.

5.2 Würdigung von Privatgutachten

Ist der Sachverständige als Parteigutachter tätig, sind seine Feststellungen Beweismittel. Beweismittel müssen von dem Schiedsgericht entsprechend gewürdigt und über seine Hinzuziehung entschieden werden. Das Privatgutachten wird als Privaturkunde in den Prozess eingeführt, § 416 ZPO. Der Privatgutachter ist sachverständiger Zeuge. Seine Feststellungen sind nicht als Sachverständigengutachten i. S. d. §§ 402 ff. ZPO anzusehen, sondern nur als qualifizierter Parteivortrag²¹.

Hinweis: Wird allerdings der Privatsachverständige bei seiner Vernehmung durch das Gericht veranlasst, aufgrund seiner Sachkunde Schlussfolgerungen zu ziehen, ist er als gerichtlicher Sachverständiger zu bezahlen.²² Ansonsten würde ein sachverständiger Zeuge nur wie ein normaler Zeuge vergütet, §§ 19 ff. JVEG enthalten für den sachverständigen Zeugen keine Sonderregelung.

Das Gericht kann diese Aussagen für ausreichend halten, um zu entscheiden, § 286 ZPO. Das Gericht muss die Parteien darauf hinweisen, § 139 ZPO, wenn der Gegner den privatgutachterlichen Fest-

18 Hartmann in Baumbach/Lauterbach, ZPO 63./2005, §286 RN 57

19 nach Trittmann in Nicklisch, 63

20 BGH BB 1994,1173, OLG Hamm VersR 2000,56; BGH VersR 2002,1259

21 Ulrich, der gerichtliche Sachverständige, 12./2007 RN 33

22 OLG Hamm, OLGR 91,18, OLG Düsseldorf BauR 2005,606; Ulrich RN 814

stellungen widersprochen hat, damit er den Antrag auf Einholung eines Gerichtsgutachtens stellen kann²³.

Empfehlung:

Auch wenn Privatgutachten prozessual nicht den gleichen Rang haben, wie das vom Gericht beauftragte Gutachten in einem Beweisverfahren, sind sie – die Kompetenz des Sachverständigen unterstellt – eine deutliche Hilfe für die Partei und sollten als Unterstützungsmaßnahme auf jeden Fall und rechtzeitig in Betracht gezogen werden. Das Privatgutachten kann dadurch aufgewertet werden, dass der Sachverständige die gegnerische Partei zum Ortstermin einlädt²⁴, und ihr dadurch Gelegenheit gibt, ihre Bedenken einzubringen.

Die Hinzuziehung eines Privatgutachters ist vor allem auch dann sinnvoll, wenn zu befürchten steht, dass die Bestellung eines Gerichtssachverständigen zuviel Zeit kosten würde, etwa wenn es um das Aufmass geht:

»1. Ist es dem Auftragnehmer nicht mehr möglich, den Stand der von ihm bis zur Kündigung erbrachten Leistung durch ein Aufmass zu ermitteln, weil der Auftraggeber das Aufmass dadurch vereitelt hat, dass er das Bauvorhaben durch einen Drittunternehmer hat fertig stellen lassen, genügt der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur prüfbareren Abrechnung, wenn er alle ihm zur Verfügung stehenden Umstände mitteilt, die Rückschlüsse auf den Stand der erbrachten Leistung ermöglichen.

2. Unter dieser Voraussetzung genügt der Auftragnehmer seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, die dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen den Mindestaufwand des Auftragnehmers zu schätzen, der für die Errichtung des Bauvorhabens erforderlich war.²⁵

Eine Partei ist nicht verpflichtet, bereits in erster Instanz Einwendungen gegen ein Gerichtsgutachten unter Beifügung eines Privatgutachtens oder gestützt auf sachverständigen Rat vorzubringen²⁶. Dieser Grundsatz findet außer bei medizinischen Fachfragen auch bei Fallgestaltungen Anwendung, in denen ein Erfolg versprechender Parteivortrag fachspezifische Fragen betrifft und besondere Sachkunde

23 Keldungs/Tilly,5

24 Keldungs/Tilly,5

25 BGH, Urteil vom 17. 6. 2004 - VII ZR 337/02, NJW-RR 2004,1384

26 (vgl. BGHZ 164, 330 [335] = NZBau 2006, 120 L = NJW 2006, 152 = NZV 2006, 73; BGHZ 159, 245 [253] = NJW 2004, 2825 = NZV 2004, 510 und BGH, NJW 2003, 1400).

erfordert²⁷. Die Partei muss deshalb zur Erhebung fachlich fundierter Einwendungen in erster Instanz keinen privaten Sachverständigen beauftragen.

Die Ermittlung der Umstände, die für den Mangel ursächlich gewesen sind, erfordert aber besonderes Fachwissen, das sich eine Partei in der Regel nur durch Hinzuziehung eines Sachverständigen verschaffen kann. Eine Partei ist deshalb auch dann nicht gehindert, sich zur Ergänzung ihres Sachvortrags eines anerkannten Sachverständigen zu bedienen, auch dann nicht, wenn sie selbst über Fachkenntnisse verfügt.²⁸

Auch wenn der Mandant Stellung zu dem Gutachten eines gerichtlich Beauftragten Sachverständigen genommen hat, ist es ihm möglich in der Berufungsinstanz seine ablehnende Meinung durch Vorlage eines Privatgutachtens zu erhärten. Es handelt sich dann nicht um ein neues Angriffsmittel, das auszuschließen wäre, sondern um die Substantiierung seines bisherigen Vortrags, mit dem er nicht ausgeschlossen wird.

Nach § 411 Abs. 4 ZPO kann das Gericht den Parteien eine Frist setzen, innerhalb derer sie ihre Einwendungen gegen das Gutachten und Ergänzungsfragen zu den schriftlichen Gutachten mitzuteilen hat. Der Bundesgerichtshof hat jedoch zu dieser Vorschrift immer ausgeführt, dass von der Partei, die einen Antrag auf Ladung des Sachverständigen stellt, nicht verlangt werden könne, dass sie die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im Voraus konkret formuliert²⁹. Es genügt, wenn die Partei allgemein angibt, in welche Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht. Insbesondere bedarf der Antrag auf Ladung des Sachverständigen keiner besonderen Begründung. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Sachverständige nicht nur ein Erstgutachten, sondern ein Ergänzungsgutachten erstattet hat, es sei denn, es liegen Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch oder eine Prozessverschleppung vor³⁰.

27 (BGHZ 164, 330 = NZBau 2006, 120 L = NJW 2006, 152 = NZV 2006, 73).

28 (BGH vom 2006-12-21- VII ZR 279/05, NZBau 2007, 245)

29 BGH, Beschluss vom 5.9.2006, VI ZR 176/05, m.w.N., BGH 2007-11-08; VI ZR 121/05, NZBau 2006, 650).

30 (OLG Bamberg: 2007-02-28, 7 W 17/06, IBRRS 60023)

6. Die Auswahl des richtigen Sachverständigen

In komplexen Bauprojekten, bei denen besondere technische Prozesse eine Rolle spielen, ist die Schar der in Frage kommenden Sachverständigen mitunter nicht sehr groß. Greift sich eine Partei den »Papst« für ein Privatgutachten oder zur Aufbereitung der eigenen Ansicht, steht dieser später als ein vom Gericht zu bestellender Sachverständiger nicht mehr zur Verfügung, er ist »verbrannt«. Das Verfahren kann weiter dadurch erschwert werden, dass bei den Sachverständigen »Lehrer« und »Schüler« aufeinander treffen, Konkurrenten am Markt oder Vertreter zweier Schulen.

Erfolgt die Auswahl des Sachverständigen durch das Gericht, wie dies beim selbständigen Beweisverfahren der Fall ist, so ist die Benennung eines Sachverständigen durch eine Partei nur als Anregung zu werten. Haben die Parteien sich jedoch auf einen Sachverständigen geeinigt, hat das Gericht dem Folge zu leisten, § 404 Abs. 4 ZPO.

Öffentlich bestellte Sachverständige sollen nach § 404 Abs. 2 ZPO bevorzugt herangezogen werden. Die Benennung durch eine zuständige Kammer ist nur bedingt hilfreich, da die Kammern alle bei ihr gelisteten Sachverständigen gleich zu behandeln haben.³¹ Die Angaben zu den Kompetenzen sind nur holzschnittartig, Fortbildung und Aufrechterhaltung der Qualifizierung werden durch die Kammern nur teilweise überwacht.

Empfehlungen:

- In Schiedsverfahren, aber auch im selbständigen Beweisverfahren ist die **gemeinsame Auswahl des Sachverständigen** und die gemeinsame Festlegung der zu untersuchenden Themen einer Kontroverse vorzuziehen.
- Es sollte **nicht** versucht werden, die **Auswahl des Sachverständigen an eine Kammer zu delegieren**.
- Die Auswahl des Sachverständigen sollte auch nicht in erster Linie danach erfolgen, ob er bei einer Kammer gelistet ist. **Wesentlich sind Referenzen und der Nachweis von Erfahrung** in dem zu behandelnden Thema.
- Organisationen, die Sachverständigen vorhalten oder vermitteln, können bei der Auswahl hilfreich sein. Es ist darauf zu achten, dass ein **Qualitätssicherungsmanagement** besteht, welches die Auswahl und Fortbildung der Sachverständigen sicherstellt. Bei kon-

31 Keldungs/Tilly,45

fliktreichen Auseinandersetzungen am Bau sollte sich die Ausbildung auch auf »soft skills« erstreckt haben.

7. Kosten des Sachverständigen

7.1 Privatgutachten

Die Beauftragung qualifizierter Fachleute hat ihren Preis. Welchen, bestimmt sich außerhalb gerichtlicher Verfahren nach den Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Sachverständigem. I. d. R. bietet sich die Abrechnung nach Stundensätzen an, denn weder der Sachverständige noch der Auftraggeber weiß im Voraus, wie hoch der Aufwand für die Begutachtung sein wird. Für den Auftraggeber nachvollziehbarer und damit auch besser kalkulierbarer, ist die Abrechnung von Leistungspaketen, wie z. B. die sachverständige Begleitung des Baus eines Einfamilienhauses. So bietet Sachverständigenorganisationen³² die Baubegleitung mit Audits durch den Sachverständigen einschließlich Erstellung eines (Mängel-)berichtes mit Fotodokumentation und aller Nebenkosten zum Festpreis an. Für den Bauherrn oder seinen Beauftragten ist dies eine transparente Sache und ein Stückchen mehr Sicherheit am Bau.

Haben sich die Parteien und der Sachverständige vor Erbringung seiner Leistung nicht über die Vergütung geeinigt, ist die übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB geschuldet.

Dabei ist auf die dem Gegenstand der Leistung und das Verhältnis der Parteien prägenden Umstände abzustellen. Nicht relevant kann in dem Zusammenhang sein, welchem Verband der Sachverständige angehört und welche Honorare die Mitglieder dieses Verbands regelmäßig in Rechnung stellen.

»Sofern dennoch eine übliche Vergütung nach diesen Grundsätzen nicht feststellbar ist, kommt eine einseitige Bestimmung der Gegenleistung durch den Auftragnehmer in Betracht. Ob diese dem billigen Ermessen entspricht, ist jedoch nicht daraufhin zu prüfen, ob ein gerechter Preis vorliegt. Vielmehr geht es darum, ob die Grenzen der Billigkeit bei der Preisbemessung überschritten sind. Erst dann kann das Gericht in die Preisbemessung eingreifen. Für die Frage des billigen Ermessens sind der Vertragszweck und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen, wobei es entscheidend darauf ankommt, welche Bedeutung die Leistung hat, deren angemessener Ge-

32 z.B. www.dekra.com

genwert zu ermitteln ist. Da die Schadensschätzung hier der Feststellung des richtigen Schadensbetrags dient, kann eine Orientierung des Honorars an der Höhe des Schadens angemessen sein.«³³

7.2 Beweisverfahren und Prozess

Wird ein gerichtliches Beweisverfahren eingeleitet oder wird der Sachverständige im Rahmen eines Prozesses vom Gericht bestellt, so richtet sich die Vergütung nach dem Justizvergütungs- und –Entschädigungsgesetz – JVEG). Die dort in § 9 JVEG in Verbindung mit der Anlage 1 genannten Stundensätze liegen unter den Marktpreisen. Dies führt dazu, dass sich manche Experten nicht als gerichtliche Sachverständige zur Verfügung stellen, weil sie nicht bereit sind, zu diesen Konditionen zu arbeiten. § 13 Abs. 1 JVEG gibt den Streitparteien deshalb auch die Möglichkeit, einen anderen, in der Regel also höheren Satz mit dem Sachverständigen zu vereinbaren. Ist eine Partei nicht bereit, die höhere Vergütung mit zu tragen, so kann das Gericht nach § 13 Abs. 2 JVEG dem Vergütungszuschlag der zahlungsbereiten Partei zustimmen und einen höheren als den gesetzlichen Stundenverrechnungssatz festlegen. Es »soll« dabei aber das 1,5-fache der gesetzlichen Vorgaben nicht überschreiten.

7.3 Erstattung der Sachverständigenkosten

7.3.1 Kosten im selbständigen Beweisverfahren

Bei Einleitung eines gerichtlichen Beweisverfahrens hat zunächst die eine Partei die Kosten für Gericht und Sachverständigen vorzustrecken. Gewinnt sie – was keineswegs allein von dem Sachverständigengutachten abhängt – kann die obliegende Partei diese Kosten zusammen mit den anderen Kosten des Hauptsacheverfahrens festsetzen lassen. Umgekehrt kann aber auch der Antragsgegner die ihm im Rahmen des Beweisverfahrens entstandenen Kosten geltend machen, wenn der Antragsteller nach Abschluss des Beweisverfahrens keine Klage gegen ihn einreicht. Dann hat das Gericht dem Antragsteller auf Antrag des Antraggegners und nach Fristsetzung die Kosten des Beweisverfahrens aufzuerlegen, vgl. § 494 a ZPO.

Das OLG Köln³⁴ hatte hierzu kürzlich eine besondere Konstellation zu entscheiden: Der Auftragnehmer leitete nach der Abnahme, also nach Beweislastumkehr ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Wider Erwarten stellt der Sachverständige Mängel fest, die der Auftragnehmer beseitigte. Als dann der Auftragnehmer aufgefordert wurde wegen der Mängel Klage einzureichen, erhob er Leistungsklage auf Zahlung des ausstehenden Werklohns. Nach Ansicht des Gerichts fehlte es an der erforderlichen Identität. Die Mängel haben mit der ausstehenden Vergütung nichts zu tun und sind auch nicht »Vorfrage« des Prozesses.

Empfehlung:

- Die Wahrscheinlichkeit, dass der Auftragnehmer nach Auseinandersetzungen mit dem Auftragnehmer über die ordnungsgemäße Ausführung von Leistungen eine Klage auf Zahlung der ausstehenden Vergütung erhebt ist sehr groß. Die enge Sichtweise zwingt den Auftragnehmer deshalb dazu gleich Klage zu erheben.
- Besser wäre auch in diesem Fall der Versuch einer Einigung über die Vorgehensweise zur Aufklärung der gegenseitigen Vorwürfe einschließlich der Festlegung der Kostentragung

7.3.2 Kosten des Privatgutachters

Hat die Partei vor Einleitung der Klage einen Privatgutachter mit der Untersuchung beauftragt, stellt sich die Frage, ob auch dessen Kosten im Verfahren geltend gemacht werden können. Nach § 91 Abs. 1 ZPO sind nur die Kosten des Rechtsstreits zu erstatten. Die Tätigkeit des Privatgutachters ist deshalb nur dann erstattungsfähig, wenn diese in unmittelbarer Beziehung zum Rechtsstreit steht. Dies kann dann der Fall sein, wenn bereits eine Klage angedroht ist.

In einem aktuellen Fall hatte zwar der Versicherer schon vor Klageandrohung das Privatgutachten beauftragt, es wurde jedoch erst nach Klageandrohung tatsächlich erstellt. Nach Ansicht des BGH genügt dies aber zur Bejahung der unmittelbaren Prozessbezogenheit. Es ist nicht erforderlich, dass das Privatgutachten sich auf den konkreten Rechtsstreit bezieht. Es genügt, dass es der Vorbereitung der Rechtsverteidigung dient.³⁵ Liegt aber zwischen dem Gutachten und dem Prozessbeginn ein erheblicher zeitlicher Ab-

stand, dann gelten die Privatgutachterkosten als nicht mehr prozessbezogen und sind daher nicht erstattungsfähig, wenn das Gutachten lediglich der Prüfung der vertraglichen Einstandspflicht diene,³⁶

7.3.3 Kosten für Schiedsgutachten

Die Aufwendungen für ein vereinbarungsgemäß eingeholtes Schiedsgutachten sind im nachfolgenden Rechtsstreit hingegen nicht als Prozesskosten erstattungsfähig, denn sie stehen nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem später geltend gemachten Anspruch. Das ist schon deshalb von Bedeutung, weil – völlig zu Recht – in Verträgen, die sich auf größere Projekte beziehen, immer stärker Formen der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgesehen werden. Die Beauftragung von Schiedsgutachtern gehört auch dazu.

In einem neueren Fall hatten die Parteien vereinbart, dass bei Meinungsverschiedenheiten über Mängel ein Schiedsgutachten einzuholen ist. Als Mängel auftraten, beauftragte eine Partei einen Sachverständigen mit der Prüfung der beanstandeten Mängel. Dieser stellte die Mängel fest, doch wurde die Ursache nicht abschließend geklärt. Im folgenden Hauptsacheprozess wurden dann im Kostenfestsetzungsbeschluss die Kosten des Sachverständigengutachtens nicht festgesetzt.³⁷

Empfehlungen:

- Entscheiden sich die Parteien für die Aufnahme einer ADR-Klausel sollte zugleich eine Kostenregelung vereinbart werden, die auch so aussehen kann, dass die Kostentragung entweder im Rahmen des ADR-Verfahrens zu klären ist oder – im Falle der Nichteinigung – diese Kosten im Hauptverfahren als Teil des Verfahrens gem. § 91 ZPO mit anzusetzen sind.
- Bei einem Schiedsgutachten kommt evtl. auch ein materiell-rechtlicher Schadenerstattungsanspruch in Betracht

7.3.4 Vergütung bei Abbruch der Sachverständigentätigkeit

Es kann durchaus sein, dass der Sachverständige auch dann vergütet wird, wenn sich erst im Laufe des Verfahrens herausstellt, dass er wegen Befangenheit nicht in Betracht kommt, vorausgesetzt natürlich, es liegt kein Verschulden vor. Für ein

³³ BGH, Beschluss vom 4. 4. 2006 - X ZR 80/05, NJW-RR 2007, 56

³⁴ OLG Köln 2007-03-27, 3 W 75/06; BeckRS 2007 06913

³⁵ BGH, Beschluss vom 23. 5. 2006 - VI ZB 7/05, NZBau 2006, 647

³⁶ OLG Koblenz, 2007-04-03, 14 W 238/07

³⁷ BGH, Beschluss vom 24. 11. 2005 - VII ZB 76/05, NZBau 2006, 173

Zivilverfahren hat das OLG Düsseldorf kürzlich entschieden.³⁸

8 Besonderheiten bei Selbständigen Beweisverfahren

8.1 Rechtliches Interesse

Die Erschwerung der Benutzung eines Beweismittels erlaubt die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens vor Rechtsstreit, etwa, bevor der Auftraggeber den behaupteten Mangel durch Selbstvornahme verändert. Das Rechtliche Interesse ist auch gegeben, wenn der Antragsgegner eine gütliche Einigung von vornherein ablehnt³⁹ Ein rechtliches Interesse besteht auch, wenn die Parteien eine Schiedsgutachterabrede getroffen haben, denn dies hat keine bindende Wirkung, wenn es »offenbar unrichtig« ist.⁴⁰ Auch die Vereinbarung eines vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens schließt die Statthaftigkeit des selbständigen Beweisverfahrens nicht aus.⁴¹

Hingegen fehlt das rechtliche Interesse, wenn eine Tatsache von jedermann auch ohne Sachkunde jederzeit festgestellt werden kann.⁴²

Empfehlung:

- Wenn die Parteien **übereinstimmend** ein selbständiges Beweisverfahren einleiten, haben sie die Möglichkeit alles, was für die Beurteilung des Projektes relevant ist, untersuchen zu lassen. Eine Untersuchung im Interesse der Aufklärung und Vermeidung eines Rechtsstreits könnte deshalb durch das vorgelagerte Beweissicherungsverfahren zur Konfliktbewältigung beitragen. Allerdings setzt dies von den Parteien voraus, dass sie sich nicht auf die bisher eingenommenen unverrückbaren Positionen zurückziehen und alles blockieren, was ihnen potentiell gefährlich erscheint.

8.2 Einwendungen gegen das Gutachten

Gegen ein vorliegendes Gutachten können Ergänzungsfragen und Anhörung vorgenommen werden, die aber meistens nicht mehr viel ändern. Das Gericht davon zu überzeugen, dass das Gutachten gänzlich ungeeignet ist, stellt eine hohe Hürde dar.⁴³

§ 411 Abs. 4, § 296 Abs. 1, 4 ZPO verlangen, dass nach Ablieferung des schriftlichen Gutachtens evtl. Fragen und Einwendungen zeitnah erfolgen. Drei bis vier Monate⁴⁴ Prüfzeit kann den Parteien eingeräumt werden; danach könnte der Antrag auf Ergänzungsgutachten etc. als verspätet zurückgewiesen werden, mit der Folge das ggf. ein neues Gutachten beauftragt werden müsste. Werden mehrere Gutachten wegen desselben Mangels eingeholt, so kommt es auf den Zugang des letzten Gutachtens an und zwar auch, wenn das weitere Gutachten auf Antrag des Antraggegners eingeholt wird. Sind mehrere voneinander unabhängige Mängel desselben Bauvorhabens Gegenstand mehrerer Sachverständigen-gutachten, so endet das selbständige Beweisverfahren hinsichtlich eines jeden dieser Mängel mit der Übermittlung oder Erläuterung des auf ihn bezogenen Gutachtens.⁴⁵

8.3 Streitverkündung

Anders als bei Schiedsverfahren und Mediation besteht im selbständigen Beweisverfahren die Möglichkeit der Streitverkündung. Sie hat zur Folge, dass dem Streitverkündeten das Ergebnis der Beweisaufnahme entsprechend § 68 ZPO in einem nachfolgenden Prozess entgegengehalten werden kann und – jetzt – hemmende Wirkung.⁴⁶

8.4 Aussetzung des Hauptverfahrens

Ein Hauptsacheverfahren kann ausgesetzt werden, wenn zu den maßgeblichen Mängeln des Hauptsacheverfahrens ein selbständiges Beweisverfahren anhängig ist. Bislang war streitig, ob die Aussetzung des Hauptsacheverfahrens nach § 148 ZPO zulässig ist. Der BGH⁴⁷ hat sich der Rechtsauffassung angeschlossen, dass im Hinblick auf § 493 ZPO eine Aussetzung des Hauptsacheverfahrens wegen anhängigen selbständigen Beweisverfahrens zulässig ist. Jedoch ist im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Aussetzung zu berücksichtigen, ob nicht die gebotene Förderung und Beschleunigung des Prozesses auf andere Weise besser zu erreichen ist.

9 Besonderheiten bei Schiedsverfahren

Die Einleitung von Beweissicherungsmaßnahmen durch das Schiedsgericht ist vor seiner Bestellung nicht möglich, da das Gericht diese Maßnahme anordnen müsste⁴⁸. Die Möglichkeit der Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens durch ein staatliches Gericht bleibt davon unberührt, sofern sich aus der Schiedsklausel nichts Gegenteiliges entnehmen lässt. Das ist bei einer ICC oder DIS-Klausel jedoch der Fall: »Alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit dem Vertrag (... Bezeichnung des Vertrages ...) oder über seine Gültigkeit ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges endgültig entschieden.« Bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung ist ein selbständiges Beweissicherungsverfahren so lange zulässig, wie sich das Schiedsgericht noch nicht konstituiert hat oder ein Schiedsgutachten noch nicht eingeholt wurde.⁴⁹ Eine Verteidigung des Sachverständigen ist in einem Schiedsverfahren nicht möglich.

Empfehlung:

- Die Schiedsklausel sollte sicherstellen, dass Eil- und Untersuchungsmaßnahmen auch bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens möglich bleiben.

10 Besonderheiten bei Mediation

Die Hinzuziehung von Sachverständigen im Mediationsverfahren kann das Ergebnis harter Arbeit mit den Parteien sein. Die o. g. Probleme des selbständigen Beweisverfahrens und des Schiedsverfahrens stellen sich hier nicht, weil die Parteien alle für sie wesentlichen Fragen im Zusammenhang mit der Beauftragung eines Sachverständigen mit Hilfe des Mediators klären und vereinbaren.

11 Der Sachverständige in der Rolle des Prozessverantwortlichen

Welche Vor- und Nachteile ergeben sich für einen Sachverständigen, wenn die Sachverständigen selbst die Verantwortung für das Verfahren übernehmen?

38 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.09.2006 - 10 W 44/06; BeckRS 2007, 09991

39 OLG Zweibrücken, MDR 1992, 1178

40 OLG Köln, IBR 1999, 289, LG München, NJW-RR 1994, 355

41 OLG Köln, BauR 2002, 1121

42 OLG München, BauR 1993, 117

43 Beaumart in Nicklisch, 105

44 Keldungs/Tilly, 57 mwN aus der Rechtsprechung

45 OLG München, Urteil vom 13. 2. 2007 - 9 U 4100/06 NZBau 2007, Heft 6; BGH, BB 1993, 391

46 BGHZ 134, 190 = NJW 1997, 859.

47 BGH, Beschluss vom 26. 10. 2006 - VII ZB 39/06, NZBau 2007, 98

48 Keldungs/Tilly, 107

49 OLG Koblenz vom 15.07.98 5 W 464/98

11.1 Sachverständige als Schiedsrichter in Schiedsverfahren

Eine der Diskussionen, die sich regelmäßig im Rahmen von Schiedsverfahren ergeben, ist die Frage, wie viel eigene Kompetenz die Schiedsrichter haben sollen. Branchenkenntnis kann hilfreich sein, ebenso Erfahrung oder Sonderwissen in dem zu entscheidenden Streitstoff. Entscheiden sich die Parteien jedoch bewusst für ein Schiedsverfahren, legen sie ihren Schwerpunkt auf die juristische Durchdringung des Stoffes und die Anwendung prozessualer Regeln; hierfür ist das Sonderwissen eines Sachverständigen nicht Voraussetzung. Es besteht die Gefahr, dass die Abstimmungen im Schiedsgericht zwischen ggf. zwei Juristen und einem Nicht-Juristen ungleichgewichtig verlaufen und dass nach Erlass eines Schiedsspruchs diejenige Partei, die den Nicht-Juristen benannt hat und vielleicht unterliegt, hierin ihren taktischen Fehler vermutet.

Das Schiedsgericht kann grundsätzlich als Beweismittel auch ein Sachverständigengutachten einholen. Die Frage, ob und wie Sachverständigenbeweis erhoben wird, steht aber zur einverständlichen Disposition der Schiedsverfahrensparteien.⁵⁰ Diese Vorrangigkeit der Parteimaxime verbietet es nach OLG Köln⁵¹ nicht, ein Mitglied eines Zweier-Schiedsgerichts auch mit der Erstattung des Sachverständigengutachtens zu betrauen. Macht allerdings der Schiedsrichter/Sachverständige dann zusätzliche Kosten geltend hat er damit nur Erfolg, wenn dies vorher mit den Parteien vereinbart war.⁵²

11.2 Sachverständige als Schiedsgutachter

Das deutsche Prozessrecht auferlegt dem Sachverständigen keine besonderen Mühen, um als Schiedsgutachter tätig zu werden. Da es sich um ein rein privatrechtliches Verhältnis zwischen den Parteien handelt, finden die Vorschriften der ZPO nach h. M. keine Anwendung⁵³. Das Schiedsgutachten bindet aber die Parteien und ggf. ein später eingeschaltetes Gericht, außer natürlich in Fällen der of-

fenbaren Unrichtigkeit des Gutachtens⁵⁴.

Die Beauftragung von Schiedsgutachtern kann sehr sinnvoll sein, wenn klar umrissene Themen mit technischem Schwerpunkt zur Entscheidung anstehen. Ideale Einsatzmöglichkeit für Sachverständige besteht z. B. bei der Abnahme von Werkleistungen. Die Frage, ob Mängel vorliegen und wie hoch der voraussichtliche Beseitigungswert bzw. die Minderung des Bauwerkes wäre, lässt sich anlässlich der Abnahme der Leistungen durch einen Sachverständigen kompetent und meist auch schnell festlegen.

Empfehlung:

- Bauträger-Gesellschaften sollten bereits im Bauträger-Vertrag mit den Käufern eine Regelung über die Begutachtung von Leistungsabschnitten, insbesondere bei der Abnahme des Objektes treffen. Handelt es sich bei dem beauftragten Sachverständigen um den Mitarbeiter einer neutralen und fachlich anerkannten Organisation wird der Käufer auch bereit sein, diesen als Schiedsgutachter zu akzeptieren. Ggf. kann der Umfang und die Art der Entscheidung im Bauträger-Vertrag präzisiert und beschränkt werden.

11.3 Sachverständige als Mediatoren

Anders als bei Schiedsgericht oder Schlichtung erarbeiten die Parteien in der Mediation die Lösung ihres Konfliktes selbst. Der Mediator ist nicht berufen, Recht zu sprechen oder einen Kompromissvorschlag auf der Basis seiner Bewertung des Streitstoffes zu unterbreiten, es sei denn die Parteien wünschen dies. Damit bleibt die Verantwortung für die Bewältigung des Streitstoffes bei den Parteien, der Mediator übernimmt die Verantwortung für den Lösungsprozess.

Der Mediator muss deshalb in erster Linie Fähigkeiten der Prozesssteuerung, Kommunikation, Einfühlung etc. besitzen; das sind Fähigkeiten, die man erlernen kann, ohne dabei unbedingt Kenntnisse zu dem streitigen Thema haben zu müssen. Branchenkenntnis oder Sonderkenntnisse in der zu behandelnden Materie wirken sich jedoch positiv auf die Verhandlungsführung, vor allem auf die Akzeptanz des Mediators aus. Die Parteien fühlen sich besser verstanden, wenn ihre Probleme auf Sachverständnis auch der Mediatoren treffen und diese durch die richtige Umformulierung der Fragen auch

die andere Partei für das Thema einfangen können.

Die interdisziplinäre Besetzung des Mediationsteams ist auch sinnvoll, damit die Mediatoren sich gegenseitig kontrollieren, ob sie die ihnen zugewiesene Rolle noch innehaben oder sich bereits der Gefahr aussetzen, in die Rolle des technischen respektive juristischen Gutachters oder Schlichters zu verfallen.

Empfehlung:

- Im Bereich Planen und Bauen bietet sich eine Co-Mediation zwischen einem Baurechtler und einem Ingenieur oder Architekten geradezu an.

KONTAKTDATEN

Dr. Peter Hammacher, Rechtsanwalt und Mediator, Hangäckerhöfe 7, 69126 Heidelberg; Tel.: 06221 - 33 790 15; Fax: 01212 - 588 273 140; Email ra@drhammacher.de; www.drhammacher.de; www.mediation-planenundbauen.de

⁵⁰ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 1998, Rz. 401; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Aufl. 1995, Kap. 15 Rz. 19

⁵¹ OLG Köln KTS 1977, 265

⁵² OLG Hamm, Urteil vom 26.04.01 24 U 117/00

⁵³ Ulrich, RN 45 mwN Rechtsprechung

⁵⁴ Ulrich, RN 45 mwN Rechtsprechung