

FORUM VERLAG HERKERT GMBH

Mandichostraße 18
86504 Merching
Telefon: 08233/381-123

E-Mail: service@forum-verlag.com
www.forum-verlag.com



**Unser Wissen
für Ihren Erfolg**

Sicherer Umgang mit Gewährleistung und Mängelansprüchen in der Baupraxis

Herausgeber: Dominik Krause / Oliver Vogt

Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

wir freuen uns, dass Sie sich für unsere Produkte interessieren.

Im Folgenden finden Sie eine Leseprobe aus unserem Loseblattwerk „Sicherer Umgang mit Gewährleistung und Mängelansprüchen in der Baupraxis“.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „Zur Bestellung“ oder wenden sich bitte direkt an:

FORUM Verlag Herkert GmbH
Mandichostr. 18
86504 Merching

Telefon: 08233 / 381-123
Telefax: 08233 / 381-222
E-Mail: service@forum-verlag.com

© Alle Rechte vorbehalten. Ausdruck, datentechnische Vervielfältigung (auch auszugsweise) oder Veränderung bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Verlages.

7.15 Bedeutung von Privatgutachten im Bauprozess

BGH, Beschl. v. 12.01.2011 – IV ZR 190/08

Fundstelle: IBR 2011, 248

Der BGH hat in einer aktuellen Entscheidung aus dem Jahr 2011 noch einmal die Bedeutung des Privatgutachtens gerade auch für das gerichtliche Verfahren hervorgehoben.

Der Sachverhalt:

Der Entscheidung lag zwar kein baurechtlicher Sachverhalt zugrunde. Die Klägerin machte Leistungen aus einer zugunsten ihres Geschäftsführers abgeschlossenen Berufsunfähigkeitszusatzversicherung wegen einer bei diesem eingetretenen Berufsunfähigkeit geltend. Allerdings ging es in dem Urteil um die allgemeine prozessrechtliche Fragestellung, welche Bedeutung einem außerhalb des gerichtlichen Verfahrens eingeholten Sachverständigengutachten (sog. Privatgutachten) zukommt. Ausgangspunkt war hier, dass ein gerichtlich eingeholtes Sachverständigengutachten vorlag, zu dem das Privatgutachten inhaltlich in Widerspruch stand bzw. von diesem abweichende Feststellungen traf. Solche Situationen finden sich häufig auch in Bauprozessen, wenn – wie in fast jedem Bauprozess – Mängel durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen festgestellt werden.

Konkret verlangte die Klägerin in diesem Fall Leistungen aufgrund eines im Mai 1998 erlittenen Bandscheibenvorfalles ihres Geschäftsführers. Dieser war nach zwei stationären Behandlungen im Sommer 1998 als arbeits-

unfähig entlassen worden und nach damaliger ärztlicher Einschätzung zu 60 % berufsunfähig. Für den Zeitraum bis April 2003 hatte das Oberlandesgericht Koblenz als Berufungsgericht dann auch eine Berufsunfähigkeit von jedenfalls 50 % bejaht. Für die Zeit danach hatte das Berufungsgericht die Klage allerdings abgewiesen, da ein bereits im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht Bad Kreuznach eingeholtes Sachverständigengutachten zu dem Ergebnis gelangt war, dass sich der Gesundheitszustand des Geschäftsführers der Klägerin bis zum November 2002 so weit gebessert habe, dass er lediglich noch zu 35 % berufsunfähig sei. Dies hatte die beklagte Versicherungsgesellschaft zum Anlass genommen, Leistungen gegenüber der Klägerin fortan abzulehnen.

Die Klägerin hatte, nachdem der gerichtlich bestellte Sachverständige bereits im Verhandlungstermin zu seinem schriftlichen Gutachten mündlich angehört worden war, ein Gutachten eines Facharztes für Orthopädie zur Akte gereicht. Diese war in einem vom Geschäftsführer der Klägerin gegen die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte geführten Rechtsstreit vor dem Sozialgericht eingeholt worden. In diesem Privatgutachten gelangte der Sachverständige aufgrund einer im Januar 2005 vorgenommenen Untersuchung des Geschäftsführers der Klägerin und der Auswertung diverser Krankenunterlagen zu der Auffassung, der Geschäftsführer der Klägerin könne infolge der festgestellten Veränderungen an der Lendenwirbelsäule seinen früheren Beruf als Viehhändler nicht mehr ausüben. Dieses „festgestellte Leistungsvermögen“ bestehe seit 1998 und lasse eine Verbesserung keinesfalls erwarten. Das Berufungsgericht hatte weder den gerichtlich bestellten Sachverständigen mit dem Privatgutachten konfrontiert noch sich selbst in den Urteilsgründen damit auseinandergesetzt.

Die Revision hatte das Berufungsgericht nicht zugelassen. Aufgrund dessen legte die Klägerin Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH ein.

Die Entscheidung:

Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hatte Erfolg. Die Sache wurde zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der BGH stellt in seiner Entscheidung ausdrücklich fest, dass bei Vorlage eines medizinischen **Gutachtens durch eine Partei, das im Gegensatz zu den Erkenntnissen eines gerichtlich bestellten Sachverständigen steht, vom Tatrichter besondere Sorgfalt zu fordern** sei. Er dürfe in diesem Fall – wie auch im Fall sich widersprechender Gutachten zweier gerichtlich bestellter Sachverständiger – den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne einleuchtende oder logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt. Im vorliegenden Fall hatte das Berufungsgericht das medizinische Privatgutachten in seiner Entscheidungsbegründung überhaupt nicht thematisiert.

Einwände, die sich aus einem Privatgutachten gegen das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen ergeben, müsse das Gericht nach Auffassung des BGH allerdings ernst nehmen, ihnen nachgehen und den Sachverhalt weiter aufklären.

Auch könne das Gericht den (gerichtlich bestellten) **Sachverständigen zu einer schriftlichen Ergänzung seines Gutachtens veranlassen.**

Ggf. soll das Gericht nach Auffassung des BGH auch dazu verpflichtet sein, den **Sachverständigen unter Gegenüberstellung mit dem Privatgutachter anzuhören**, um dann entscheiden zu können, inwieweit es den Ausführungen des Sachverständigen folgen will. Die Möglichkeit der Anhörung sieht das Gesetz auch ausdrücklich in der Zivilprozessordnung vor¹, wobei nicht einmal ein Antrag der beweispflichtigen Partei erforderlich sei.² Vermag der gerichtlich bestellte Sachverständige dann weder durch schriftliche Ergänzung seines Gutachtens noch im Rahmen seiner Anhörung die sich aus dem Privatgutachten ergebenden Einwendungen auszuräumen, so müsse der Tatrichter im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sachaufklärung³ **ein weiteres Gutachten einholen**.⁴

Anhand der vorgenannten Erwägungen stellt der BGH klar, dass das Berufungsgericht im Hinblick auf die Widersprüche zwischen den im sozialgerichtlichen Verfahren eingeholten (Privat-)Gutachten und den Ausführungen des im streitgegenständlichen Verfahren bestellten Sachverständigen insofern Letzteren zumindest dazu hätte anhören müssen, ggf. unter Gegenüberstellung beider Sachverständiger. Mehr noch machte der BGH deutlich, dass erforderlichenfalls auch ein weiteres Sachverständigengutachten vom Berufungsgericht hätte eingeholt werden müssen, zumal die Klägerin dies im vorliegenden Verfahren auch ausdrücklich beantragt hatte.

¹ Vgl. § 411 Abs. 3 ZPO.

² Vgl. BGH, Beschl. v. 18.05.2009 – IV ZR 57/08.

³ Vgl. § 412 ZPO.

⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 18.05.2009 – IV ZR 57/08.

Im Ergebnis habe das Berufungsgericht jedenfalls die sich insoweit aufdrängenden Aufklärungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft und somit das Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt.

Der BGH hielt die Gehörsverletzung auch für entscheidungserheblich, da nicht auszuschließen sei, dass das Berufungsgericht nach erneuter Anhörung des gerichtlich bestellten Sachverständigen oder nach Einholung eines weiteren Gutachtens zu einem höheren Grad der Berufsunfähigkeit des Geschäftsführers der Klägerin gelangt wäre.

Anmerkung und weitere Rechtsprechung des BGH:

In der Begründung seiner Entscheidung verweist der BGH mehrfach auf einen Senatsbeschluss aus dem Jahre 2009.¹ Das erstinstanzlich befasste Landgericht München hatte dort nach Einholung eines gerichtlichen Gutachtens zulasten des Klägers entschieden. In der Berufungsinstanz legte dieser dann ein Privatgutachten vor, welches dem gerichtlichen Gutachten inhaltlich entgegenstand. Das Oberlandesgericht München wies die Berufung im Wesentlichen zurück und ging auf das Privatgutachten nicht ein. Bereits in diesem Verfahren hatte der Kläger mit Erfolg Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH eingelegt.

Das Berufungsgericht hatte, ebenso wie zuvor das Landgericht, nur darauf verwiesen, dass alle vom Kläger in seiner Berufungsbegründung aufgeführten Unterlagen dem gerichtlichen Sachverständigen vorgelegen hätten und in sein Gutachten eingeflossen seien. Der gerichtlich bestellte Sachverständige habe zwar das vom Kläger eingeholte Gutachten erwähnt und die Ergebnisse die-

¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 18.05.2009 – IV ZR 57/08.

ser Begutachtung wiedergegeben, sich allerdings nicht mit diesen auseinandergesetzt. Der gerichtlich bestellte Sachverständige wurde dazu in den Tatsacheninstanzen auch nicht aufgefordert. Insofern habe sich das Berufungsgericht letztlich **ohne eigene Begründung** dem gerichtlich bestellten Gutachten angeschlossen, indem es die dortigen Ausführungen für überzeugend erklärt habe. Eigene Sachkunde, die den Gutachterstreit hätte beilegen können, habe es dabei allerdings nicht erkennen lassen und vielmehr unkritisch die Bewertungen des gerichtlich bestellten Gutachters und die darauf beruhenden Feststellungen des Landgerichts übernommen.

Bereits in dieser Entscheidung vertrat der BGH die Auffassung, dass das Berufungsgericht im Hinblick auf die Widersprüche zwischen dem Gutachten des Privatgutachters und dem des gerichtlich bestellten Sachverständigen Letzteren zumindest hätte anhören müssen, ggf. unter Gegenüberstellung mit dem Privatgutachter des dortigen Klägers. Auch hier machte der BGH deutlich, dass erforderlichenfalls auch ein weiteres Sachverständigengutachten hätte eingeholt werden müssen, welches auch in diesem Fall ausdrücklich vom Kläger beantragt worden war. Der BGH sah auch hier in der unterbliebenen Ausschöpfung der sich aufdrängenden Aufklärungsmöglichkeiten eine Verletzung des Rechts des Klägers auf rechtliches Gehör.

Selbst in dem Fall, dass in einem Prozess lediglich ein Privatgutachten – und nicht auch ein Gerichtsgutachten – vorliegt, darf sich das Gericht ohne Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens nur dann der Bewertung eines Privatgutachtens, gegen das der Geg-

ner Einwendungen erhoben hat, anschließen¹, wenn es eigene Sachkunde besitzt und darlegt, dass es deswegen in der Lage ist, die streitigen Fragen abschließend zu beurteilen. Hintergrund ist, dass Privatgutachten lediglich einen – wenn auch qualifizierten – Parteivortrag und keinen Sachverständigenbeweis darstellen.² Wird aufgrund dessen dann tatsächlich ein gerichtliches Sachverständigengutachten eingeholt (also die hier eigentlich thematisierte Fallkonstellation), darf das bereits vorliegende Privatgutachten nicht als beweisrechtlich unbeachtlicher – wengleich qualifizierter – Parteivortrag angesehen werden. Das Gericht müsse vielmehr in seiner Entscheidungsbegründung im Einzelnen ausführen, warum es den Feststellungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen den Vorzug gibt.

Wie bereits dargetan, handelt es sich bei der Pflicht des Gerichts, sich mit eingeholten Privatgutachten auseinanderzusetzen, um einen allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz, welcher insofern auch in Bauprozessen zu beachten ist.

Einer weiteren Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2010³ lag eine Auseinandersetzung über einen Pauschalpreis-Bauvertrag zugrunde, nach dessen Ausführung der Bauherr die Bezahlung einer Abschlagsrechnung verweigerte, da das Bausoll nicht erreicht worden sei und Baumängel vorgelegen hätten.

In dem Verfahren hatte der gerichtlich bestellte Sachverständige ermittelt, dass 89,68 % der Leistungen vertragsgerecht erbracht worden seien. Ein vom Bauherrn

¹ Vgl. § 286 ZPO.

² Vgl. BGH, Urt. v. 14.04.1981 – VI ZR 264/79.

³ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.01.2010 – VII ZR 97/08.

im Prozess vorgelegtes Privatgutachten kam hingegen zu dem Schluss, dass lediglich 68,18 % der vereinbarten Leistungen erbracht worden seien. Das Berufungsgericht ging auch hier auf die in dem Privatgutachten getroffenen Feststellungen nicht ein, sondern hatte in der Entscheidungsbegründung lediglich ausgeführt, dass *„der (gerichtlich bestellte) Sachverständige die prozentuale Gewichtung unter Heranziehung der Fachliteratur nach dem Standard des Einfamilienhauses vorgenommen habe und seine Ausführungen nachvollziehbar und überzeugend seien“*.

Auch hierin sah der BGH konsequenterweise eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Bauherrn, da sich das Berufungsgericht nicht mit dem Inhalt des vom Bauherrn vorgelegten Privatgutachtens auseinandergesetzt hatte. Das Berufungsgericht hatte den gerichtlich bestellten Sachverständigen zwar angehört, es sei dessen Feststellungen allerdings lediglich mit **Leerformeln** gefolgt. Mit dem durch das Privatgutachten substantiierten Vortrag, dass weitaus weniger Leistungen (vertragsgerecht) erbracht worden seien, und dem offenkundig zum gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten bestehenden Widerspruch hätte sich das Berufungsgericht auch hier auseinandersetzen und zudem mit dem gerichtlichen Sachverständigen erörtern müssen.

In diesem Zusammenhang stellte der BGH zudem klar, dass die Bewertung erbrachter Leistungen bei einem gekündigten Werkvertrag an den vertraglichen Vereinbarungen und nicht an Standardliteratur zu messen sei. Auch insofern war das Urteil des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft.

Erwähnenswert ist in diesem Kontext noch die Problematik, inwiefern die **Kosten für ein Privatgutachten in einem Gerichtsverfahren erstattungsfähig** sind.¹ Soweit ein Sachverständigengutachten vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens eingeholt wird, handelt es sich bei den Gutachterkosten zumeist um erstattungsfähige Mangelfolgeschäden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Einholung eines privaten Sachverständigengutachtens auch erforderlich gewesen ist.

Erstattungsfähigkeit

Hiervon zu unterscheiden sind die Kosten eines während des Rechtsstreits eingeholten („innerprozessualen“) Sachverständigengutachtens, welche nach herrschender Ansicht nur in Ausnahmefällen erstattungsfähig sein sollen.² Teilweise wird vertreten, dass die Erstattungsfähigkeit dieser Kosten davon abhängt, dass das Gutachten die gerichtliche Entscheidung beeinflusst hat.³ Diese Auffassung ist bereits insofern bedenklich, als eine Partei oftmals nur mithilfe eines Privatgutachters überhaupt den Versuch unternehmen kann, die Auffassung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen zu erschüttern oder gar zu widerlegen. Im Einzelnen bleibt die Erstattungsfähigkeit solcher „innerprozessualen“ Sachverständigenkosten jedenfalls umstritten.

Hat das Gericht die Erstattung in einem Kostenfestsetzungsbeschluss abgelehnt, kann der durch die Entscheidung Benachteiligte hiergegen Beschwerde einreichen. Gegen diese kann er, wenn sie erfolglos bleibt, nach einer aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungs-

¹ Vgl. *Die Einsatzmöglichkeiten von Privat- und Schiedsgutachten*.

² Vgl. *Pastor*, in: *Werner/Pastor, Der Bauprozess*, 13. Aufl. 2010, Rdnr. 174.

³ Vgl. m. w. N.: *Pastor*, a. a. O., Rdnr. 176.

Bedeutung von Privatgutachten
im Bauprozess

Rechtsbeschwerde

gerichts¹ allerdings zumindest grundsätzlich eine Rechtsbeschwerde² einlegen. Auf diese Weise kann der Benachteiligte erreichen, dass die Erstattungsfähigkeit der Privatgutachterkosten rechtlich vom BGH überprüft wird.

¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.12.2010 – 1 BvR 381/10.

² Vgl. § 574 ZPO.