

# Die gerichtliche Anweisung zur Bauteilöffnung

Vors. Richter am Oberlandesgericht a.D. Günther Jansen\*

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat sich der BGH mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen der Sachverständige verpflichtet sein kann, eine mitunter risikoträchtige Bauteilöffnung selbst vorzunehmen beziehungsweise durch eine von ihm beauftragte Hilfskraft vornehmen zu lassen. Kann das Gericht ihn hierzu anweisen?

## I. Einleitung:

Gerade in Bausachen steht der Sachverständige sehr häufig vor dem Problem, dass die ihm vom Gericht aufgegebene Begutachtung eine Bauteilöffnung voraussetzt. Diese Bauteilöffnung kann als solche ihren eigenen Erkenntniswert für die Beantwortung der Beweisfrage haben; sie ist dann von dem Sachverständigen selbst vorzunehmen, gegebenenfalls unter Hinzuziehung von qualifizierten Hilfskräften. Im Regelfall handelt es sich bei der Bauteilöffnung aber um eine lediglich vorgeschaltete Tätigkeit, die die eigentliche Begutachtung erst ermöglichen soll, aber keinen eigenen Erkenntniswert hat.<sup>1</sup>

Die Frage, ob auch in diesen Fällen der Sachverständige verpflichtet ist, die mitunter risikoträchtige Bauteilöffnung selbst vorzunehmen bzw. durch eine von ihm beauftragte Hilfskraft vornehmen zu lassen und ob das Gericht ihn dazu sogar anweisen kann, wird in der Rechtsprechung und der baurechtlichen Literatur seit Jahren sehr kontrovers diskutiert, wobei in der Regel die Ablehnung des Anweisungsrechts mit dem Haftungsrisiko des Sachverständigen und dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz, seine Bejahung hingegen mit Erwägungen zur Prozessökonomie und dem zivilprozessualen Beschleunigungsgrundsatz begründet werden.<sup>2</sup>

## II. Zum Streitfall

Erfreulicherweise hat sich nunmehr der IV. Senat des BGH in seinem Urteil vom 23.9.2020<sup>3</sup> näher mit dieser Frage befasst.

In dem zugrunde liegenden Fall nahm die Klägerin den beklagten Wohngebäudeversicherer wegen eines Hochwasserschadens mit der Behauptung in Anspruch, bei dem Hochwasser sei auch das Fundament des Gebäudes zerstört worden, weil Wasser zwischen die so genannte schwarze Wanne und das Betonfundament ein-

gedrungen sei. Das LG hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Klage insoweit mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe die Beschädigung des Fundaments durch den behaupteten Wassereintritt nicht nachgewiesen. Bei einer Begehung des Hauses hätten sich dafür nämlich keine Anhaltspunkte ergeben. Die von dem Sachverständigen für erforderlich gehaltene Bauteilöffnung habe die Klägerin abgelehnt. Der Sachverständige sei zu einer Bauteilöffnung in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko aber nicht verpflichtet gewesen. Er habe zu einer solchen Bauteilöffnung auch nicht durch das Gericht angewiesen werden können. Dem hat sich das OLG Celle<sup>4</sup> im Berufungsverfahren angeschlossen. Gegen ein gerichtliches Weisungsrecht spreche das mit der Bauteilöffnung verbundene Haftungsrisiko, da die nicht zerstörungsfreie Untersuchung des Hausfundaments die Gefahr in sich berge, dass die Horizontal- oder Vertikal-sperre beschädigt werde. Ein überwiegendes Interesse der Klägerin an einer Bauteilöffnung durch den Sachverständigen könne nicht festgestellt werden. Die Klägerin erfahre nämlich durch eine Bauteilöffnung auf eigenes Risiko keine relevanten Rechtsnachteile; an der ihr obliegenden Beweisführung werde sie nicht gehindert.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hat der BGH<sup>5</sup> zurückgewiesen.

Zur Begründung führt der IV. Senat des BGH aus, das Gericht habe gem. § 404 a I, IV ZPO von Amts wegen die Pflicht, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten und ihm gegebenenfalls für Art und Umfang seiner Tä-

\* Der Autor war Richter am OLG Hamm. – Zugleich Besprechung von BGH DS 2020, 291 = NJW-RR 2020, 1425 = NZBau 2020, 771 = NZM 2020, 1047; vorgestellt von Volze DS 2020, 300.

1 So zu Recht K Bleutge DS 2018, 80.

2 Für ein solches Anweisungsrecht: OLG Karlsruhe Beschl. v. 8.1.2018 – 19 W 41/17, BeckRS 2018, 26102; OLG Celle DS 2005, 267 = BauR 2005, 1358; OLG Frankfurt a. M. NJW 1998, 2834; Liebheit BauR 2008, 1510 (1790); Keldungs BauR 2009, 217 (228); Kern BauR 2014, 603 (613 ff.); Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 404 a Rn. 14. Gegen ein solches Anweisungsrecht: OLG Schleswig DS 2018, 97 = NJW 2018, 1174; OLG Frankfurt a. M. DS 2018, 215 Rn. 7, und Beschl. v. 13.11.2003 – 15 W 87/03, BeckRS 2003, 152450; OLG Rostock BauR 2003, 757 = BeckRS 2003, 5939; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2014 – I - 22 U 82/13, BeckRS 2015, 228; Kamphausen BauR 2003, 757 (760).

3 BGH DS 2020, 291 = NJW-RR 2020, 1425 = NZBau 2020, 771 = NZM 2020, 1047.

4 OLG Celle DS 2019, 165.

5 BGH DS 2020, 291 = NJW-RR 2020, 1425 = NZBau 2020, 771 = NZM 2020, 1047.

tigkeit Weisungen zu erteilen. Ob dieses Weisungsrecht auch die Befugnis umfasse, einen Sachverständigen speziell zur Vornahme einer Bauteilöffnung anzuweisen, könne im Streitfall offenbleiben. Selbst wenn man das annehme, sei diese Entscheidung nämlich in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt,<sup>6</sup> das im Streitfall rechtsfehlerfrei ausgeübt worden sei. Das Berufungsgericht habe nämlich erkannt, dass die Erteilung einer Weisung eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Interessen der beweispflichtigen Partei und den berechtigten Belangen des Sachverständigen erfordere. Dass das Gericht im Streitfall den mit der Bauteilöffnung verbundenen Gefahren und den daraus resultierenden Haftungsrisiken für den Sachverständigen ausschlaggebendes Gewicht beigemessen habe, halte sich im Rahmen des eingeräumten Ermessens. Unbeschadet der Frage, welche Haftungsrisiken generell bei einer Bauteilöffnung bestünden und wie weit sich der Sachverständige dagegen versichern könne,<sup>7</sup> sei es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht entscheidend auf die hier vorliegenden besonderen Risiken abgestellt habe, die sich daraus ergäben, dass die nicht zerstörungsfreie Untersuchung des Fundaments die Gefahr einer Beschädigung der Horizontal- oder Vertikalsperre in sich berge und der Sachverständige dies auch bei sorgfältiger Überwachung hinzugezogener Fachunternehmen nicht verhindern könne.

Zu einer Bauteilöffnung unter Eingehung unkalkulierbarer (Haftungs-)Risiken brauche das Gericht einen Sachverständigen aber nicht anzuweisen.<sup>8</sup> Rechtsfehlerfrei habe das Berufungsgericht auch berücksichtigt, dass das Unterbleiben einer Weisung nach § 404 a I, IV ZPO die Klägerin nicht von vornherein in Beweisnot gebracht habe, da sie die Öffnung des Fundaments selbst hätte veranlassen können.

### III. Schlussfolgerungen für den Sachverständigen:

Eine für den Sachverständigen überaus wichtige Entscheidung, der uneingeschränkt zugestimmt werden kann. Dass der *IV. Senat* die Frage, ob § 404 a ZPO dem Gericht überhaupt die Befugnis gibt, Bauteilöffnungen anzuordnen, offenlässt, nimmt der sorgfältig begründeten Entscheidung nichts von ihrer Überzeugungskraft.

Für die tägliche Praxis des Sachverständigen ergibt sich daraus:

1. Der Sachverständige ist danach nicht verpflichtet, risikoträchtige Bauteilöffnungen, welche die eigentliche Begutachtung erst ermöglichen sollen, in eigener Verantwortung vorzunehmen. Er sollte die Bauteilöffnung vielmehr der beweispflichtigen Partei überlassen, die einen entsprechenden Fachunternehmer beauftragen sollte.<sup>9</sup> Dem sollte der Sachverständige die

Bauteilöffnung überlassen, ohne durch konkrete Arbeitsanweisungen Mitverantwortung zu übernehmen.

2. Bahnt sich im gerichtlichen Verfahren eine Beweiserhebung an, die eine risikoträchtige Bauteilöffnung voraussetzt, sollte der Sachverständige von vornherein deutlich auf diese Risiken hinweisen und die Durchführung der erforderlichen Bauteilöffnung durch ihn selbst ablehnen.
3. Ist bereits ein entsprechender Beweisbeschluss ergangen, durch den dem Sachverständigen eine risikoträchtige Bauteilöffnung aufgegeben wird, sollte er dem Gericht gegenüber deutlich machen, dass er zur Durchführung dieser Maßnahme auf eigenes Risiko nicht bereit ist, und im Rahmen einer Gegenvorstellung um eine entsprechende Abänderung des Beschlusses bitten. Ob ihm im Fall der Weigerung ein eigenständiges Beschwerderecht zusteht, ist unklar. Grundsätzlich sind Entscheidungen nach § 404 a IV ZPO nämlich unanfechtbar. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Anordnung einen bleibenden rechtlichen Nachteil zur Folge hat, der sich im weiteren Verfahren nicht mehr oder nicht mehr vollständig beheben lässt.<sup>10</sup> Einen solchen Ausnahmefall könnte man auch dann bejahen, wenn der Sachverständige ermessensfehlerhaft zur Durchführung einer Bauteilöffnung gezwungen werden soll, die mit unzumutbaren Risiken verbunden ist.
4. Die berechtigte Ablehnung einer risikoträchtigen Bauteilöffnung durch den Sachverständigen stellt keinen Ablehnungsgrund iSv § 406 I ZPO dar.
5. Der Sachverständige sollte die Lektüre dieses Aufsatzes aber zum Anlass nehmen, seine Haftpflichtversicherung darauf zu überprüfen, ob er gegen seine berufstypischen Risiken ausreichend versichert ist. Das gilt insbesondere für den Fall, dass er eine Bauteilöffnung zu Unrecht für unproblematisch hält und selbst durchführt oder dem von der beweispflichtigen Partei beauftragten Fachunternehmer unrichtige Informationen oder unzweckmäßige Vorgaben für die Durchführung der Arbeiten erteilt. ■

6 *BGH DS 2020*, 63 = *NJW 2020*, 1074 = *NZBau 2020*, 236; *OLG Schleswig DS 2018*, 97 = *NJW 2018*, 1174 = *NZBau 2018*, 354 = *NJW 2020*, 1096 Ls.; *OLG Köln NJOZ 2011*, 1243 = *NJW-RR 2010*, 1368 Ls.; *Kern BauR 2014*, 603 (613).

7 Dazu *Bleutge DS 2018*, 80 (81 f.); *Seggewiß/Weber MDR 2017*, 679 (682 ff.); *Praun BauR 2013*, 1938 (1945 f.); *Kern BauR 2014*, 603 (610 ff.); *Keldungs BauR 2009*, 217 (232 ff.); *Liebheit BauR 2008*, 1510.

8 *Kern BauR 2014*, 603 (613); *Keldungs BauR 2009*, 217 (229); *OLG Braunschweig NZBau 2004*, 550 zur Freilegung eines Regenwassertanks.

9 *Bleutge DS 2020*, 80 (84).

10 *BGH DS 2009*, 228 = *GRUR 2009*, 519 = *NJW-RR 2009*, 995; *Musielak/Voit/Huber, ZPO*, § 404 a Rn. 6.