

# NewsLetter

2008-8 Seite 1

**Neu:** Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Prozessrecht

### Privatgutachterkosten

Zwei Oberlandesgerichte (OLG Celle, Beschl. v. 25. Juli 2008, Az. 2 W 148/08, und OLG Bamberg, Beschl. v. 24. Juni 2008, Az. 4 W 74/08) hatten über die Erstattung der Kosten eines prozessbegleitend eingeholten Privatgutachtens zu entscheiden.

Im Fall des OLG Celle klagte der Auftraggeber (AG) gegen den Bauunternehmer (BU) wegen Mängeln an dessen Bauleistung. Das Gericht beauftragte einen Sachverständigen u. a. mit der Bezifferung der Mängelbeseitigungskosten. Der AG holte dazu noch ein Privatgutachten ein, welches deutlich höhere Kosten ermittelte, woraufhin das Gericht ein weiteres Gutachten beauftragte, das die höheren Kosten bestätigte. Der AG verlangte nach Abschluss des Prozesses die Kosten seines Privatgutachters im Rahmen des sog. Kostenfestsetzungsverfahrens vom BU erstattet.

Mit Erfolg. Zwar sind die Kosten eines während des Prozesses eingeholten Privatgutachtens grundsätzlich nicht erstattungsfähig, weil im Prozess die Beweiserhebung, z. B. durch Sachverständigengutachten, Sache des Gerichts ist. Etwas anderes gilt aber dann, wenn das Privatgutachten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war.

Das setzt zum einen voraus, dass das Privatgutachten dazu diene, ein gerichtliches Sachverständigengutachten zu überprüfen, zu widerlegen oder zumindest zu erschüttern (nach Ansicht des OLG Bamberg muss das Privatgutachten den

Verlauf des Rechtsstreits zugunsten der Partei, die es beauftragt hat, positiv beeinflusst haben), oder wenn die Partei nur durch das Privatgutachten in die Lage versetzt wurde, sachgerecht vorzutragen.

Zum anderen sind die Kosten möglichst niedrig zu halten.

Diese Voraussetzungen muss, wer die Kosten erstattet verlangt, im Kostenfestsetzungsverfahren substantiiert darlegen und im Bestreitensfalle glaubhaft machen, also notfalls eidesstattlich versichern. Dazu gehört, eine aufgegliederte Rechnung des Sachverständigen vorzulegen und dessen konkrete Tätigkeit detailliert anzugeben.

### Praxishinweise

Die Vorbereitung eines Bauprozesses macht häufig die Einholung eines Privatgutachtens erforderlich. Gleiches gilt, wenn es darum geht, ein gerichtlich eingeholtes Sachverständigengutachten zu erschüttern.

Die Kosten des Privatgutachtens können *nach* Urteilserlass im sog. Kostenfestsetzungsverfahren vom Gegner erstattet verlangt werden (prozessualer Kostenerstattungsanspruch); damit befassen sich die beiden OLG-Beschlüsse. Oder sie werden als sog. Mangelfolgeschaden im Wege der Klage oder Aufrechnung geltend gemacht (materieller Kostenerstattungsanspruch).

Anspruch auf Kostenerstattung hat dabei nicht nur der AG. Auch der AN kann diesen Anspruch haben, wenn der AG zu Unrecht Mängel rügt und

der AN gezwungen ist, seine Verantwortlichkeit durch einen Sachverständigen (oder Anwalt - dazu NewsLetter 2007-8) zu prüfen.

Das gilt stets nur dann und insoweit, wie das Gutachten erforderlich ist und dessen Kosten angemessen sind.

Die Kosten für die nur *vorbeugende* Überwachung der Vertragsgemäßheit der Bauleistung kann der AG grundsätzlich nicht erstattet verlangen.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Werkvertragsrecht

### Baugrundrisiko

Das Oberlandesgericht (OLG) Celle (Urt. v. 31. Januar 2008, Az. 13 U 57/07) hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem Risse am Baukörper aufgetreten waren, weil der Boden unter der Sohlplatte im nicht unterkellerten Bereich nicht tragfähig war.

Beteiligt waren neben dem Bauherrn (BH) der von diesem beauftragte Rohbauunternehmer (BU), der bauleitende Architekt, der Statiker und der Bodengutachter. Der BH machte gegen den BU und den Architekten als Gesamtschuldner Schadenersatz geltend.

Das OLG stellte fest, der BU hafte dem BH, weil er das Bodengutachten gekannt habe, wonach mit organischen nicht hinreichend tragfähigen Bodenbestandteilen zu rechnen sei, deren genaue Örtlichkeit und Ausdehnung nicht vollständig erkundet wurde; und weil er den nicht tragfähigen Boden nur teilweise ausgetauscht habe, obwohl sich ihm die weiteren auszutauschenden Bereiche aufdrängen mussten. Der

bauleitende Architekt hafte dem BH, weil er seiner infolge der Risikohinweise im Bodengutachten gesteigerten Bauaufsichtspflicht nicht hinreichend nachgekommen sei. Beide, BU und Architekt, haften dem BH als Gesamtschuldner, d. h. der BH kann frei wählen, ob er einen von ihnen auf den vollen Schaden oder beide nur zu einer bestimmten Schadenquote in Anspruch nimmt.

Der BH müsse sich allerdings als Mitverschulden zurechnen lassen, dass sein Statiker den entstandenen Schaden dadurch mitverursacht habe, dass er im fraglichen Bereich eine Bewegungsfuge vergessen und keine ausreichende Gründung der Stützen vorgesehen hat.

Hingegen sei es unschädlich, dass das Bodengutachten keine genaue Aussage zur Ausdehnung des auszutauschenden Bodens enthält. Denn insoweit hätten BU und Architekt während der Bauphase beim BH darauf drängen müssen, dass das für sie erkennbar gewordene weitere Ausmaß des nicht tragfähigen Bodens vollständig erfasst wird.

### Praxishinweise

Im NewsLetter 2007-10 ging es um das sog. Baugrundrisiko unter dem Gesichtspunkt „Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers“. Hier hingegen geht es darum unter dem Gesichtspunkt „Gewährleistung“. Die Prüfungs- und Mitteilungspflicht des AN erstreckt sich auch auf den Baugrund, und zwar auf die unter normalen Umständen gewonnenen Erkenntnisse. Der AN muss also nicht kostspielige Bodenuntersuchungen vornehmen, es sei denn, dass er sich dazu bauvertraglich verpflichtet hat.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*