

RA Helmut Aschenbrenner

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Schlichter und Schiedsrichter in Baustreitigkeiten
- Referent in Seminaren für Bau- und Architektenrecht
- Mitglied der ARGE Bau- und Architektenrecht im Deutschen Anwaltsverein
- Mitherausgeber und Autor mehrerer Publikationen zum Bau- und Architektenrecht

Tätigkeitsschwerpunkte: Privates Bau- und Architektenrecht; Wohnungseigentumsrecht

Adresse: AFW Simon Partnerschaft Rechtsanwälte, Riesstraße 18, 80992 München, 089 928808-16; Fax: 089 928808-30, aschenbrenner@qsf.de, www.afws.eu



Der „Schimmel-Gutachter“ und seine Haftung

I. Einführung

Nicht nur in Altbauten, sondern auch in neuen Gebäuden, die nicht zuletzt durch die Vorgaben der EnEV immer besser isoliert sind, ist Schimmelpilzbefall ein ernstes Problem. Dies vor allem dann, wenn gravierende gesundheitliche Folgen für die Bewohner nicht ausgeschlossen werden können.

Eine dauerhafte Beseitigung wird regelmäßig nur dann erreicht werden können, wenn die Ursachen für den Schimmelbefall festgestellt und zielgerichtete Vorschläge für die erforderlichen baulichen Maßnahmen unterbreitet werden.

Schimmel kann nur auf Materialien wachsen, die eine leicht erhöhte Feuchtigkeit aufweisen. Letztere wiederum kann durch eindringendes Wasser oder durch Kondenswasserbildung an kalten Außenwänden, die mangelhaft isoliert sind oder sog. Wärmebrücken aufweisen, entstehen.

Tritt Streit darüber auf, wer letztlich für die aufgetretenen Symptome verantwortlich ist, ist der Gang zum Kadi vielfach die logische Konsequenz. Das Gericht wird naturgemäß die zur Entscheidung benötigten technischen Verantwortlichkeiten nicht aus eigener Sachkunde beurteilen können, so dass die Beiziehung eines Sachverständigen meist unumgänglich ist.

Aber auch außergerichtlich wird oftmals der Ruf nach dem „Schimmelgutachter“ als letzter Ausweg gesehen, ein aufgetretenes „Schimmelproblem“ in den Griff zu bekommen.

Vom „Schimmelgutachter“ werden hierbei langjährige Kenntnisse aus einer Reihe von Fachdisziplinen abverlangt, ohne die eine fundierte Begutachtung, Beratung und/oder Sanierungsplanung schwer möglich sein dürfte. Genannt seien exemplarisch die Bauphysik sowie Bautechnik, Messtechniken, Kenntnisse der physikalischen Gesetzmäßigkeiten der Luft, Feuchte und Luftdrücke sowie der Klimaparameter. Für Fehler sei-

ner Leistung muss der „Schimmelpilzgutachter“, sei er vom Gericht oder privat beauftragt, wenn auch nach höchst unterschiedlichen Maßstäben grundsätzlich einstehen. Die Haftungsvoraussetzungen und –folgen sind höchst unterschiedlich, je nachdem, ob der Gutachter in einem Streit- oder Beweisverfahren vom Gericht beigezogen wurde oder ob ein beauftragtes Privatgutachten rechtliches Einfallstor für behauptete Ansprüche eines Geschädigten ist.

II. Der gerichtliche Gutachter

1. Vorbemerkung

In gerichtlichen Baustreitigkeiten wird auf Antrag einer Partei vielfach Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben. Im selbständigen Beweisverfahren, das nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine streitige Auseinandersetzung vermeiden helfen soll, ist die Begutachtung der Beweisfragen durch einen Sachverständigen die Regel. Die Entscheidung von Rechtsfragen ist allerdings Sache des Gerichts. Der Sachverständige kann hierfür allenfalls Anknüpfungstatsachen liefern.



Auftraggeber des Sachverständigen, der diesem auch die Gebühren für seine Bemühungen in Rechnung stellt, ist das Gericht. Wer von den Parteien des Streitverfahrens letztlich die Gerichtskosten zu tragen hat, wird in der Kostenentscheidung festgelegt. Im selbständigen Beweisverfahren, in dem vom Grundsatz her keine Kostenentscheidung ergeht, ist Kostenschuldner gegenüber der Gerichtskasse regelmäßig der Antragsteller.

Ein unrichtiges Gutachten kann das Gericht zu falschen Entscheidungen veranlassen oder den Antragsteller eines selbständigen Beweisverfahrens beispielweise davon abhalten, ihm tatsächlich zustehende Ansprüche weiter zu verfolgen.

2. Haftung nach § 839a BGB

2002 wurde ins BGB eine neue Haftungsnorm eingefügt, die gemäß Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB anzuwenden ist, wenn das schädigende Ereignis nach dem 31.07.2002 eingetreten ist.

§ 839a BGB

(1) *Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.*

(2) *§ 839 Abs. 3 ist entsprechend anzuwenden.*

§ 839 Abs. 3 BGB

(3) *Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.*

2.1 Haftungsnorm ist abschließend

Die Haftung nach § 839a BGB ist im Rahmen ihres Anwendungsbereichs **abschließend** (BGH, Urt. v. 10.10.2013 – III ZR 345/12, NJW-RR 14/90). Eine Haftung etwa nach § 823 Abs. 1 und 2 BGB ist daneben nicht anwendbar, da ansonsten der Beschränkungszweck der Norm unterlaufen würde.

Bestehen bleibt demnach lediglich die Haftung aus § 826 BGB wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, dies allerdings auch nur für durch § 839a BGB nicht erfasste Schäden.

2.2 Falsche richterliche Entscheidung erforderlich

Nach dem Wortlaut der Norm setzt die „Amtshaftung“ nach § 839a BGB voraus, dass das unrichtige Gutachten Grundlage einer darauf fußenden **gerichtlichen Entscheidung** war. Endet das Verfahren ohne gerichtliche Entscheidung, also etwa durch Vergleich, ist für die Anwendung von § 839a BGB kein Raum. Dies auch dann nicht, wenn der Vergleich unter dem Eindruck des unrichtigen Gutachtens abgeschlossen wurde (OLG Nürnberg, Beschl. v. 07.03.2011 – 12 W 456/11, NJW-RR 2011, 1216). Folgt einem selbständigen Beweisverfahren kein Hauptsacheverfahren nach, ist § 839a BGB **tatbestandlich** ebenfalls nicht erfüllt.

Die richterliche Entscheidung muss zudem (zumindest mitursächlich) auf dem unrichtigen Gutachten beruhen. Darüber, ob diese weitere Tatbestandsvoraussetzung gegeben ist, geben die Entscheidungsgründe Aufschluss. War das Gericht ohnehin auf dem falschen Weg, wäre also die richterliche Entscheidung auch so ausgefallen, wenn das unrichtige Gutachten hinweggedacht wird, soll es an der Ursächlichkeit des Gutachtens für die richterliche Entscheidung fehlen (*Wagner*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, Rn. 12 zu § 839a BGB).

2.3 Hohe Hürden

Es gibt zwar inzwischen Einzelfälle, in denen Gerichtssachverständige nach § 839a BGB zu einer Schadensersatzzahlung verurteilt wurden. Gleichwohl zeigen die bisher ergangenen Urteile, dass auf dem Weg zu einer Ersatzverpflichtung hohe – teilweise kaum überwindbare – Hürden zu nehmen sind.

2.3.1 Unrichtiges Gutachten

Der Nachweis, dass das Gutachten objektiv falsch ist, also der objektiven Sachlage nicht entspricht, mag vielleicht noch gelingen. Unrichtig ist ein Sachverständigengutachten dann, wenn es nicht der objektiven Sachlage entspricht; dies kann dann der

Fall sein, wenn das Gutachten von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgeht (z.B. fehlerhafte oder unvollständige Befunderhebung) oder aus dem festgestellten Sachverhalt falsche Schlüsse zieht (BGH, Urt. v. 10.10.2013 – II ZR 345/12; hierzu auch: OLG Rostock, Beschl. v. 21.03.2006 – 8 U 113/05). Allein die Abweichung des Gerichtssachverständigen von den Bewertungen anderer Sachverständiger (etwa eines von einer Verfahrenspartei beigezogenen Privatgutachters) ist für sich genommen allerdings noch kein ausreichender Hinweis auf eine Fehlerhaftigkeit oder ein grob fahrlässiges Vorgehen. Ein unrichtiges Gutachten im Sinne des § 839a BGB liegt auch dann nicht vor, wenn dieses – beispielsweise wegen Befangenheit des Sachverständigen - lediglich nicht verwertbar ist (OLG Hamm, Beschl. v. 14.01.2014 – I-9 U 231/13, BauR 2014, 1330).

2.3.2 Grob fahrlässige Pflichtverletzung

Zu Fall wird der Haftungsanspruch in aller Regel aber spätestens bei dem Versuch des Nachweises der **groben Fahrlässigkeit** kommen. Grobe Fahrlässigkeit erfordert einen in objektiver Hinsicht schweren und in subjektiver Hinsicht nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (OLG München, Urt. v. 17.10.2013 – 1 U 3816/12). Erforderlich ist hierzu, dass der Sachverständige bei der Erstellung seines Gutachtens einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht anstellt und nicht beachtet (Landgericht Münster, Urt. v. 12.02.2013 – 2 O 284/08). Subjektiv muss eine schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung vorliegen, die das gewöhnlich Maß der Fahrlässigkeit des § 276 Abs. 1 BGB erheblich übersteigt (OLG Celle, Beschl. v. 05.05.2009 – 4 U 26/09).

Andererseits kann sich aber der Sachverständige vom Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nicht allein durch den Hinweis freizeichnen, dass die Unrichtigkeit des Gutachtens jedermann, also auch den entscheidenden Richtern, auf Grund nahe liegender Überlegungen hätte einleuchten müssen. Maßgebend hierfür ist vielmehr, so der Bundesgerichtshof, die Perspektive des Sachkundigen (BGH, Beschl. v. 24.07.2014 – III ZR 412/13 unter Hinweis auf die Entscheidung des Senats vom 10.10.2013 – III ZR 345/12, NJW-RR 2014, 90, 92 Rn. 27). Um den Grad des Verschuldens zuverlässig beurteilen zu können, ist demnach der Sorgfaltsmaßstab eines Sachkundigen heranzuziehen. Geht es um Bauschäden, dürfte ein Verkehrswertgutachter regelmäßig nicht über die erforderliche Fachkunde verfügen.

Aus den Entscheidungsgründen des Beschlusses vom 24.07.2014:

„...Das Gericht bedient sich der Hilfe des Sachverständigen, weil es über die nötige eigene Sachkunde nicht verfügt. Es ist deshalb typischerweise nicht ohne weiteres in der Lage, fachliche Mängel des Gutachtens zu erkennen. Damit aber kommt seiner „Billigung“ entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auch keine ein grobes Verschulden des Sachverständigen generell ausschließende Bedeutung zu. Die Billigung des Gutachtens des Sachverständigen im Ausgangsprozess ist in aller Regel gerade Voraussetzung für die Haftung des Sachverständigen gemäß § 839a BGB, weil diese nur eingreift, wenn die Entscheidung des Ausgangsprozesses auf seinem Gutachten – und damit auch auf dessen Billigung durch die Gerichte des Ausgangsprozesses – beruht. Wollte man annehmen, die Billigung des Gutachtens und der Vorgehensweise des Sachverständigen durch die Gerichte des Ausgangsverfahrens lasse in grobes Verschulden des Sachverständigen entfallen, liefe die Haftung nach § 839a BGB weitestgehend leer und würde praktisch bedeutungslos...“

2.4 Haftungsausschluss

Ein Ersatzanspruch des Geschädigten ist dann ausgeschlossen, wenn es dieser vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB sind hierbei nicht nur die nach Abschluss einer Instanz vorgesehenen Rechtsmittel (Berufung, Revision). Angesprochen sind vielmehr auch Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten richten und bestimmt und geeignet sind, dessen Auswirkungen auf die instanzbeendende Entscheidung zu verhindern (Bsp.: Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen, Ergänzungsfragen zum Gutachten, Einwendungen gegen das Gutachten).

Ist eine Partei mit dem gerichtlichen Gutachten nicht einverstanden muss sie, will sie Regressansprüche nicht von vorneherein verlieren, bereits im Ursprungsprozess schlüssig auch die Voraussetzungen für die Einholung eines neuen Gutachtens liefern (§ 412 ZPO). So jedenfalls hat es das Landgericht Wiesbaden in seinem Urteil vom 27.09.2013 (2 O 12/12) judiziert. Das § 412 ZPO praktisch kaum zum Zuge kommt, ist zumindest Insidern bekannt. Ob das nun wirklich auch noch verlangt werden kann, wurde zurecht in Frage gestellt (*Ulrich*, IBR 2014, 115).

2.5 Verjährung des Anspruchs

Schadensersatzansprüche, und damit auch Ansprüche nach § 839a BGB, unterliegen grundsätzlich der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB, die 2002 mit der Schuldrechtsreform auf **3 Jahre** verkürzt wurde. Diese Ultimoerjährung beginnt mit **dem Ende** des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist und (kumulativ) der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Nach **10 Jahren** ab Entstehung des Anspruchs ist allerdings, sofern nicht die Sonderregeln des § 199 Abs. 2 und 3 BGB eingreifen, regelmäßig Schluss. Entstanden ist der Anspruch mit der richterlichen Entscheidung sowie eines darauf fußenden Schadenseintritts.

III. Der „Privatgutachter“

Wann, wofür und in welchem Umfang der privat beigezogene „Schimmelsachverständige“ für seine Tätigkeit haftungsrechtlich herangezogen werden kann, hängt davon ab, welche konkreten Leistungspflichten ihm von seinem Auftraggeber übertragen wurden. Diese, und nicht etwa die Bezeichnung des Vertrages in der Überschrift, bestimmen die rechtliche Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp und damit auch die Konsequenzen einer Fehlleistung.

Soll, um ein Beispiel zu nennen, der Gutachter nach den vertraglichen Vereinbarungen die Ursachen eines Schimmelbefalls feststellen und alsdann, je nach dem Ergebnis seiner Feststellungen, auch planerisch die erforderlichen Abhilfemaßnahmen erarbeiten, wird man schwerlich an der **werkvertraglichen Haftung** vorbeikommen. Für Mängel **seiner** Leistung muss er demnach – für bestimmte Ansprüche auch verschuldensunabhängig – geradestehen. Honorarrechtlich wird er zudem auch die öffentlich-rechtlichen Preisvorgaben der HOAI (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) zu beachten haben.

Rein **dienstvertraglich** (bzw. geschäftsbesorgend mit Dienstleistung) wird der private Schimmelgutachter seinem Auftraggeber nur in Ausnahmefällen verbunden sein. Dies kann etwa dann angenommen werden, wenn der „Schimmelgutachter“ lediglich beratend tätig werden soll (OLG Celle, Urt. v. 27.02.2014 – 16 U 187/13, BauR 2014, 1153 zum Beratungsvertrag über eine bauliche energetische Sanierung einschließlich Fördermittelberatung).

Regelmäßig wird man aber davon ausgehen müssen, dass der Privatgutachtervertrag **werkvertraglichen** Charakter hat (BGH, Urt. v. 11.10.2001 – VII ZR 475/00, NJW 2002, 749). Für den Werkvertrag kennzeichnend ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein **erfolgsbezogener** Beitrag zur Verwirklichung eines Werks (BGH, NJW-RR 1998, 1027). Gegenstand des Werkvertrags kann nicht nur die Herstellung oder Veränderung einer Sache sein, sondern auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender **Erfolg**. Der Schimmelgutachter schuldet grundsätzlich geistige Werkleistungen und damit auch einen „geistigen“ Erfolg. Darüber hinaus ist zu unterscheiden, ob Auftragsgegenstand ein sog. „feststellendes“ Gutachten (bspw. Wertgutachten) sein soll oder ein Gutachten, dessen geistige Substanz sich zwangsläufig in einem materiellen Werk verkörpert (bspw. Sanierungsgutachten).

1. Die werkvertragliche Haftung nach BGB

1.1 Verschaffungspflicht

Nach **§ 633 Abs. 1 BGB** hat der Schimmelgutachter seinem Auftraggeber das geschuldete „geistige“ Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Aus dem Vertragszweck können sich darüber hinaus Nebenpflichten, also vor allem Aufklärungs-, Prüfungs- und Beratungspflichten ergeben, auch wenn solche nicht ausdrücklich vereinbart wurden. Werden bestehende Nebenpflichten schuldhaft verletzt, kann dies Schadensersatzverpflichtungen auslösen.

Was konkret vom Gutachter geschuldet ist (§ 631 Abs. 1 BGB) und wofür er letztlich im Rahmen seiner Erfolgshaftung einzustehen hat, ist den vertraglichen Abreden, ggf. durch Auslegung, zu entnehmen. Der Leistungsbeschreibung kommt damit herausragende Bedeutung zu. Wird der Gutachtervertrag, was dringend zu empfehlen ist, schriftlich abgeschlossen, sollte deshalb bei der „Leistungsbeschreibung“ besondere Sorgfalt an den Tag gelegt werden.

Beispiel:

VERTRAG
zur Erstattung eines Privatgutachtens

zwischen
Auftraggeber

und
.....
Gutachter

§ 1
Gegenstand des Vertrages

Der Auftraggeber beauftragt den Gutachter, über folgende Fragen gutachterliche Feststellung und Beurteilungen zu treffen:

- (1) Worauf ist der im Schlafzimmer des Anwesens ... in der ...ecke aufgetretene Schimmelbefall zurückzuführen. Insbesondere: Liegen nach Auffassung des Gutachters baukonstruktive Mängel vor oder ist der Schimmelbefall auf falsche Lüftungsverhalten zurückzuführen?
- (2) Ausdrücklich wird festgelegt, dass der Gutachter seine Beurteilung ausschließlich auf visuelle und mit einfachen Messgeräten festzustellende Erkenntnisse begrenzen soll und insbesondere keine Bauteilöffnungen vorgenommen werden sollen.

§ 2
Zweck des Gutachtens

Das Gutachten soll dem Vermieter des Auftraggebers vorgelegt werden, um dessen Behauptung, der Schimmelbefall sei auf falsches Lüftungsverhalten zurückzuführen, entgegnet werden zu können.

§ 3
.....

Unklare oder weit auslegungsfähige Beschreibungen des Leistungsinhalts bergen nicht nur ein Haftungsrisiko, sondern können auch auf der Vergütungsseite erhebliche Nachteile für den Gutachter mit sich bringen. Ein Auftrag etwa des Inhalts, „*der Gutachter soll untersuchen, wo überall im Objekt bereits Schimmelbefall aufgetreten ist und wie dieser nachhaltig beseitigt werden kann*“ bedingt nicht nur umfangreiche Untersuchungen, sondern verlangt auch planerische Konzepte ab, welche dauerhaft geeignet sind, den Schimmelbefall zu beseitigen und einen Neubefall zu verhindern.

Die Palette möglicher Auftragserteilungen an einen Schimmelgutachter ist mannigfaltig. Die Beauftragung kann sich darauf beschränken, lediglich festzustellen, ob es sich bei den vom Auftraggeber erkannten Symptomen tatsächlich um Schimmelpilzbefall handelt. Schon weitergehend ist eine Beauftragung zur Ursachenerforschung eines diagnostizierten Schimmelpilzbefalls. Der Auftragsumfang kann zudem auf Vorschläge zur nachhaltigen Beseitigung des Schimmelpilzbefalls ausgeweitet werden. Wurden baukonstruktive Mängel als Ursache ausgemacht, ist jedenfalls ingenieurtechnisches Wissen gefragt, wenn planerisch Abhilfemaßnahmen vorbereitet werden sollen. Noch weitergehende Verantwortlichkeiten hat der „Schimmelgutachter“ dann, wenn er auch

die baulich korrekte Umsetzung seiner Vorschläge überwachen soll. Der Schritt zu den Grundsätzen der Architekten- und Ingenieurhaftung ist dann sicher bereits getan. Kenntnisse aus einer ganzen Reihe von Fachgebieten werden dem „Schimmelgutachter“, oder in diesem Fall besser dem „Sonderfachmann Schimmel“ abverlangt, wenn er, dann prophylaktisch, bereits im Zuge einer Neubauerrichtung oder umfassenderen Sanierung beratend und begleitend hinzugezogen wird.

1.2 Zum werkvertraglichen Mangelbegriff

Wann die vom Gutachter erbrachte (Werk-)leistung mangelhaft ist, ist der dreistufig aufgebauten Mangeldefinition in § 633 Abs. 2 BGB zu entnehmen.

Die vom Schimmelgutachter erbrachten Leistungen sind demnach (1. Prüfungsstufe) dann mangelhaft, wenn sie nicht der **vertraglich vereinbarten Beschaffenheit** entsprechen.

Soll der Gutachter nicht nur feststellen, worauf ein Schimmelbefall zurückzuführen ist, sondern auch konkrete Maßnahmen zur Beseitigung herausarbeiten, dürfte ein Gutachten, das Maßnahmen vorschlägt, die nicht geeignet sind, diesen Erfolg herbeizuführen, nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit genügen, also mangelhaft sein.

Wurde eine bestimmte Beschaffenheitsabrede nicht getroffen, liegt ein Sachmangel dann vor, wenn sich das „Gutachterwerk“ nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (2. Prüfungsstufe),

Soll sich der Gutachter auftragsgemäß mit einem in einem Gerichtsverfahren eingeholten Sachverständigengutachten auseinandersetzen, eignen sich seine Ausführungen wohl nicht für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, wenn sich der Gutachter in seinen Ausführungen nicht mit einschlägigen technischen Regelwerken oder DIN-Vorschriften befasst, sondern nur seine persönliche Einschätzung wiedergibt.

ansonsten (3. Prüfungsstufe), wenn sich das „Gutachterwerk“ nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

2. Ansprüche des Bestellers (Auftraggebers)

Ist das vom Schimmelgutachter erbrachte geistige Werk mit Mängeln behaftet, kann der Auftraggeber in erster Linie **Nacherfüllung** verlangen. Dieses **Recht zur zweiten Andienung** muss der Auftraggeber seinem Vertragspartner auch grundsätzlich einräumen, will er nicht riskieren, dass er weitergehende Ansprüche verliert.

Voraussetzung ist natürlich, dass der Gutachter **sein Werk** mit Nutzen für den Auftraggeber überhaupt noch nachbessern kann. Hat sich die Fehlerhaftigkeit der gutachterlichen Leistungen bereits im Bauwerk verkörpert oder wurde sein Gutachten zur Entkräftung eines in einem gerichtlichen Verfahren eingeholten Gutachtens bereits in den Prozess eingeführt, wird es für eine Nacherfüllung regelmäßig zu spät sein.

Ist dies der Fall oder reagiert der Gutachter auf ein Nacherfüllungsverlangen innerhalb angemessen gesetzter Frist nicht, stehen seinem Auftraggeber weitergehende Ansprüche zu.

Können die gutachterlichen Leistungen noch nachgebessert werden (wurde also beispielhaft eine Sanierungsplanung noch nicht baulich umgesetzt), kann der Auftraggeber die zur Nachbesserung erforderlichen Leistungen an einen Dritten vergeben und

für die hierfür entstandenen Kosten vom Gutachter Ersatz verlangen (sog. Selbstvornahme). Will der Auftraggeber mit diesen Kosten nicht in Vorlage treten, kann er vom Gutachter auf die voraussichtlichen Kosten einen Vorschuss verlangen und diesen Anspruch bei Nichtzahlung ggf. auch gerichtlich geltend machen.

Scheidet eine Nacherfüllung schon dem Grunde nach aus oder hat der Auftraggeber hieran nach erfolgter Fristsetzung kein Interesse mehr, kann er die vereinbarte Vergütung mindern oder vom Gutachter, sofern dieser den Mangel verschuldet hat, Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten und daneben Ersatz des ihm entstandenen Schadens geltend machen.

Der Schadensersatzanspruch umfasst hierbei nicht nur die Kosten, die erforderlich sind, um das geschuldete Werk mangelfrei herzustellen (Schadensersatz statt der Leistung), sondern vor allem auch Schäden, die durch den Mangel entstehen, deren Beseitigung aber nicht Teil der Nacherfüllungspflicht ist oder auch durch gelungene Nacherfüllung nicht beseitigt werden können (Schadensersatz neben der Leistung). Angesprochen sind hierbei vor allem auch Mangelfolgeschäden an anderen Rechtsgütern des Bestellers (beispielweise Nutzungsausfall).

3. Haftungsbeschränkungen

Mängelrechte können **grundsätzlich** vertraglich eingeschränkt werden. Üblicherweise werden Haftungsbeschränkungen vom Gutachter formularmäßig erfolgen, die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen muss sich dann an den einschlägigen Vorschriften des AGB-Rechts (§§ 305 ff BGB) messen lassen.

Unwirksam ist danach ein vollständiger Ausschluss der Gewährleistungsansprüche ebenso wie eine Freizeichnung für Körperschäden und Pflichtverletzungen, die grob verschuldet wurden (§ 309 Nr. 7 BGB). Bei Verletzung von **Kardinalpflichten** (also wesentlichen Vertragspflichten) kann auch die Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden. Unwirksam sind auch sog. „Subsidiaritätsklauseln“, die nicht ausdrücklich auf die außergerichtliche Inanspruchnahme weiterer Baubeteiligter beschränkt werden. Beziehen sich die Gutachterleistungen auf ein Bauwerk und ist deshalb die 5-jährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB einschlägig, hält auch die formularmäßige Verkürzung der Verjährungsfrist einer AGB-Kontrolle nicht stand. Dies gilt auch bei Verwendung gegenüber einem Unternehmer (BGH, Urt. v. 08.03.1984 – VII ZR 349/82, BauR 1984, 390). Gleichermaßen unwirksam ist der generelle Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten (§ 309 Nr. 2 BGB) sowie ein umfassender Ausschluss von Aufrechnungsrechten, also einschließlich unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Gegenansprüche (§ 309 Nr. 3 BGB).

Nicht von vorneherein unwirksam ist die Vereinbarung von Haftungshöchstsummen für Fälle der einfachen Fahrlässigkeit. Voraussetzung ist allerdings, dass keine völlig unzureichende Haftungssumme festgelegt wurde. Die Haftungssumme bei Gutachterleistungen, die letztlich Architekten- oder Ingenieurleistungen erforderlich machen, darf damit nicht auf die Höhe des Architekten- oder Ingenieurhonorars begrenzt werden. In die Überlegung zur zulässigen Haftungssumme muss zudem mit einbezogen werden, ob bestimmte Gutachterleistungen von diesem durch eine übliche Haftpflichtversicherung abgedeckt sind oder abgedeckt werden könnten.

Im Bereich der werkvertraglichen Haftung ist zudem § 639 BGB zu beachten. Danach kann sich der Gutachter auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, dann nicht berufen, wenn er Mängel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Werkes übernommen hat. Eine sog. „unselbständige Garantie“ wird man dann annehmen können, wenn sich aus dem Vertrag oder dessen Auslegung bzw. Begleit-

umständen ergibt, dass sich der Gutachter verpflichtet hat, für einen bestimmten Erfolg einzustehen. Eine reine Beschaffenheitsvereinbarung ist hierfür nicht ausreichend.

4. Dritte als unmittelbar Anspruchsberechtigte

Soll das Gutachten bestimmungsgemäß Verwendung gegenüber Dritten finden, können diese in den Schutzbereich des Gutachtervertrags mit einbezogen sein. Kann dies angenommen werden, kann der Sachverständige bei einem schuldhaft unrichtigen Gutachten auch dem Dritten gegenüber unmittelbar zum Schadensersatz verpflichtet sein (BGH, Urt. v. 10.10.1994 – III ZR 50/94 „Wertgutachten“, NJW 1995, 392). Dies nicht nur dann, wenn dem Gutachter, etwa weil er öffentlich bestellter Sachverständiger ist, eine besonders hervorgehobene Kompetenz, Erfahrung und Zuverlässigkeit zugetraut werden kann (BGH, Urt. v. 14.11.2000 – X ZR 203/98, NJW 2001, 514).

Beispiel:

Ein Mieter macht wegen Schimmelbefalls einzelner Räume Mietminderungsansprüche geltend. Der Vermieter lehnt eine Mietminderung mit der Begründung ab, der Mieter lüfte falsch. Der Vermieter holt ein Gutachten ein, das die Argumente des Vermieters stützen soll. Der Gutachter kommt pflichtwidrig und fehlerhaft zu dem Ergebnis, dass nicht baukonstruktive Mängel, sondern ausschließlich falsches Lüftungsverhalten für den Befall ursächlich sei. Der Vermieter legt dieses Gutachten der Mieter vor, der daraufhin von einer Weiterverfolgung seiner Mietminderungsansprüche Abstand nimmt.

5. Verjährung der Mängelansprüche

Der Schimmelgutachter wird, wie bereits ausgeführt wurde, seinem Auftraggeber regelmäßig werkvertraglich verbunden sein. Die einschlägigen Verjährungsfristen sind demnach § 634a BGB zu entnehmen.

Welche der dort genannten Verjährungsfristen im konkreten Fall einschlägig ist, hängt von der vertraglich festgelegten Aufgabenstellung ab.

Stehen Planungsleistungen für ein Bauwerk zur Disposition, beträgt die Verjährungsfrist **5 Jahre**, bei Bewertungs- oder sonstigen feststellenden Gutachten **3 Jahre**.

Verjährungsbeginn ist jeweils die Abnahme der Gutachterleistung durch den Auftraggeber (Besteller). Für den Beginn der Regelverjährungsfrist von 3 Jahren (§ 634a Abs. 1 Nr. 3) ist neben der Anspruchsentstehung zudem die Kenntnis des Bestellers über den Schuldner sowie die anspruchsbegründenden Umstände Voraussetzung für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist, unabhängig hiervon allerdings höchstbegrenzt auf 10 Jahre.

IV. Zusammenfassung

Vom Schimmelgutachter werden Kenntnisse aus einer Reihe von Fachdisziplinen abverlangt. Für Mängel der von ihm auftragsgemäß erbrachten Leistungen hat er, regelmäßig nach werkvertraglichen Grundsätzen, einzustehen. Bezüglich der Haftungs Voraussetzungen und Haftungsfolgen ist zu differenzieren, ob der Gutachter privat beauftragt oder von einem Gericht als Sachverständiger herangezogen wurde.

Bei Privatbeauftragungen sollte zur Reduzierung des Haftungsrisikos ein besonderes Augenmerk auf die Beschreibung und Festlegung der konkreten Aufgabenstellung (Leistungsbeschreibung) gelegt werden. Haftungsbeschränkungen sind grundsätzlich möglich. Erfolgen sie formularmäßig, sind einer wirksamen Vereinbarung allerdings Grenzen gesetzt.