

**BWE Kreisverband Cham**



# **Sachverständige Vertragsgestaltung**

**bei Privataufträgen**

**Grundlagen der Vertragsgestaltung**

**Bestimmung des Leistungsumfangs**

**Haftungsbeschränkungen**

**Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**



# **Vertragsgestaltung bei Privataufträgen des Sachverständigen - Grundlagen der Vertragsgestaltung -**

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>03</b>
<b>2.</b>	<b>Allgemeines zur Vertragsgestaltung</b>	<b>04</b>
2.1.	Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen/Individualvereinbarungen	08
2.1.1.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	09
2.1.2.	Individualvereinbarungen	10
2.1.3.	Rechtsfolgen	12
2.1.4.	Taktische Überlegungen	13
2.2.	Bedeutung einer Struktur des Sachverständigenvertrages	14
2.2.1.	Struktur des Sachverständigenvertrages	14
2.2.2.	Bearbeitungsstand	15
2.3.	Grundregeln der Vertragsgestaltung	15
2.4.	Einsatz Allgemeine Geschäftsbedingungen	16
2.4.1.	Wirksame Einbeziehung von AGB´s	16
2.4.2.	Auslegung	17
2.4.3.	Inhalt von AGB´s	17
2.4.4.	Kontrolle der AGB anhand §§ 305, 310 BGB	17
2.4.5.	Rechtsfolgen unwirksamer AGB´s	19
<b>3.</b>	<b>Gesetze und Regelungswerke</b>	<b>20</b>
<b>4.</b>	<b>Beispiele inhaltlicher Regelungen</b>	<b>22</b>
4.1.	Konkretisierung Umfang und Inhalt des Sachverständigenvertrages	22
4.1.1.	Gesetze und Regelungswerke	22
4.1.2.	Vertragsgestaltung durch den Sachverständigen	25
4.1.2.1.	Festlegung des Beweisthemas	25
4.1.2.2.	Festlegung des Zwecks der Leistung	27
4.1.2.3.	Festlegung der vorgelegten Unterlagen	28
4.2.	Haftungsbeschränkung	29
4.2.1.	Gesetze und Regelungswerke	30
4.2.2.	Haftungsbeschränkungen, Beispiele	40



# **Vertragsgestaltung bei Privataufträgen des Sachverständigen - Grundlagen der Vertragsgestaltung –**

**- insb. Bestimmung des Leistungsumfangs und  
Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen -**

## **1. Einleitung**

Rechtsgrundlage jeder Betätigung des Sachverständigen im privaten Bereich ist ein Vertragsverhältnis. Die Vertragsparteien, auf der einen Seite der Sachverständige, auf der anderen Seite der Auftraggeber (fortan AG) können und sollten den gesamten Vertragsinhalt einschließlich ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten einvernehmlich regeln.

Leider geschieht dies in der Praxis häufig nicht oder nur unvollkommen, sei es aus Unkenntnis des Regelungsbedarfs, aus Bequemlichkeit oder Zeitmangel. Es gibt eine Vielzahl von Regelungspunkten bei der Vertragsgestaltung. Schwerpunkt der nachfolgenden Darstellung wird die Festlegung des Gegenstandes und des Umfangs der Sachverständigentätigkeit sein sowie die Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen.

Sachverständige müssen für Fehler in ihren Gutachten und sonstigen gutachterlichen Leistungen einstehen.

Im Bereich der gutachterlichen Tätigkeit für Gerichte gelingt es den Geschädigten höchst selten, den Sachverständigen wegen eines fehlerhaften Gutachtens und infolge dessen eines verlorenen Prozesses in die Haftung zu nehmen.

Im Bereich der gutachterlichen Tätigkeit im Privatauftrag zeigt sich dagegen ein völlig anderes Bild. Hier besteht ein erhöhtes Haftungspotential, das im eigenen Interesse minimiert werden sollte.

Ziel muss es daher sein, einen Sachverständigenvertrag abzuschließen, der Streit möglichst vermeidet oder für seine Beilegung vertragliche Regelungen enthält. Dies mag eine idealistische Vorstellung sein, dennoch können durch Vertragsgestaltung Probleme vermieden oder reduziert werden.

Nachfolgend wird rechtliches Grundwissen vermittelt. Im Rahmen des Vortrags kann aus Zeitgründen nur auf einen Ausschnitt der Vertragsgestaltung eingegangen werden.

**Cham, den 1. März 2006**

**Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**

### **Freizeichnung:**

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.



## 2. Allgemeines zur Vertragsgestaltung

Sachverständige üben ihre Tätigkeit in verschiedenen Bereichen aus, je nach Auftrag. Hierbei ist zu unterscheiden:

Auftrag des Sachverständigen			
Privatauftrag	Gerichtsauftrag	Behördenauftrag	Überwachungsauftrag
Der Sachverständige wird aufgrund eines Vertrages zwischen Auftraggeber und Sachverständigen tätig.  Grundlage der Tätigkeit ist ein Vertrag, Werkvertrag gem. § 631 ff. BGB. Ausnahmen: Dienstvertrag gem. § 611 ff. BGB (Beratung/Betreuung).	Der Sachverständige wird von Gerichten und Staatsanwaltschaften nach den Vorschriften der ZPO oder der StPO hinzugezogen.  Grundlage der Tätigkeit ist kein Vertrag sondern prozessrechtliche und öffentlich rechtliche Vorschriften.	Der Sachverständige wird von einer Behörde verpflichtet, einen entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln.  Grundlage der Tätigkeit ist kein Vertrag, sondern das VwVfG.	Der Sachverständige übt hoheitliche Befugnisse aus im Rahmen der technischen Überwachung.  Grundlage der Tätigkeit ist kein Vertrag, sondern ein Gesetz bzw. eine Verordnung dem Sachverständigen einen Auftrag zu erteilen.

**Gegenstand** der nachfolgenden Ausführungen ist lediglich die Tätigkeit des Sachverständigen im **Privatauftrag**.

Im Gegensatz zu den anderen Tätigkeiten des Sachverständigen ist der Abschluss eines Vertrages Grundvoraussetzung für die Tätigkeit.

Die private Sachverständigentätigkeit unterscheidet sich von der Tätigkeit für Gerichte, Behörden durch die **unterschiedlichen Rechtsgrundlagen**.

- Das Rechtsverhältnis zwischen privatem Auftraggeber und dem Sachverständigen ist dem Privatrecht zuzuordnen und nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu beurteilen.
- Die Rechtsgrundlage für die gerichtliche Tätigkeit der Sachverständigen bilden öffentlich rechtliche Vorschriften, nämlich die jeweils einschlägigen Verfahrensordnungen (ZPO und StPO).
- Die Rechtsgrundlage für die behördliche Tätigkeit des Sachverständigen richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Bei einem Privatgutachten ist der Sachverständige in seiner Entscheidung, ob er einen Auftrag übernehmen will, frei. Es gilt der Grundsatz der **Abschlussfreiheit**. Dies gilt auch für öffentlich bestellte Sachverständige, da trotz Satzungsregelungen der IHK und der Handwerkskammer kein Zwang zum Vertragsabschluss besteht (kein Kontrahierungszwang).

Der Sachverständige hat grundsätzlich **Vertragsgestaltungsfreiheit**. Dabei sind zwischen den Vertragsparteien eine Fülle von Punkten zu regeln, weshalb auch im Sachverständigenbereich Standardverträge oder standardisierte Formulierungen in Verträgen unverzichtbar sind.



Beim Vertragsabschluss zwischen dem Sachverständigen und dem Auftraggeber bestehen keine Besonderheiten. Dies bedeutet, es gelten die Grundsätze des Allgemeinen Vertragsrechts, hier vor allem die Regelungen des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) nach den §§ 1 bis 240 BGB und die Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse in den §§ 241 bis 432 BGB.

Grundlage jeder der genannten Beziehungen ist ein mit Willen der Beteiligten begründetes Schuldverhältnis, der „**Vertrag**“. Im Vertrag regeln die Beteiligten als „Vertragspartner“ ihre Rechte und Pflichten.

Kenntnisse der Allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts sind für den Sachverständigen unabdingbar.

### **HINWEIS:**

Eine häufige Fehlerquelle ist der Irrglaube, dass nur schriftliche Vereinbarungen wirksam sind, mündliche dagegen nicht bindend seien.

Sachverständige dürfen nicht die Frage, ob ein Vertrag geschlossen wurde, mit der Frage nach der Form des Vertrages verwechseln.

Grundsätzlich sind Verträge formlos wirksam, sei es dass diese mündlich, per Telefon, per Telefax oder per E-Mail geschlossen werden. Es gilt der Grundsatz:

### **Vertrag ist Vertrag**

Eine andere Frage ist es, ob dieser Vertrag einer bestimmten Form bedarf. Es gilt im BGB der Grundsatz der Formfreiheit. Hiervon gibt es aber auch Ausnahmen, die teils durch die Parteien selbst getroffen werden können (gewillkürte Schriftform) aber auch vom Gesetz vorgegeben sein können (z.B. notarielle Beurkundung).

### **Vertragsabschluss, Angebot und Annahme**

Ein Sachverständigenvertrag kommt, wie jeder andere Vertrag, dadurch zustande, dass von den Vertragsschließenden **inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen** abgegeben werden. Diese Erklärungen können nach entsprechenden Vorverhandlungen gleichzeitig abgegeben werden oder aber auch zeitlich gestaffelt erfolgen. Die von den Vertragsparteien abzugebenden und auch empfangsbedürftigen übereinstimmenden Willenserklärungen heißen „**Angebot**“ und „**Annahme**“.

### **Angebot**

Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages ist das Angebot. Mit dem Angebot gibt der Anbietende kund, dass er Willens ist, einen Vertrag abzuschließen und damit auch für sich selbst Pflichten zu übernehmen.

### **MERKE:**

Der Sachverständige muss sich bewusst sein, dass er am Rechtsverkehr teilnimmt. Erklärungen die er abgibt, gleichgültig gegenüber welcher Person und in welchem Medium (im Gespräch, Telefonat, E-Mail, etc.) muss er sich darüber bewusst sein, hiermit bindende Erklärungen abzugeben, die ein Vertragspartner annehmen kann.



### **Angebotsbindung**

Wer einem anderen ein Angebot unterbreitet, muss sich darüber bewusst sein, dass damit für ihn eine **Bindung** an sein eigenes Angebot eintritt. Dies bedeutet, dass er nicht mehr einseitig von seinem Angebot abrücken kann, § 145 BGB.

Es wäre jedoch unerträglich, würde die Bindung an das Angebot „ewige Zeiten“ andauern. Die Bindung an den Antrag **erlischt** durch Ablehnung, Fristablauf oder Widerruf eines nicht bindenden Angebots, § 146 BGB.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Anbietende sein Angebot mit Klauseln wie „freibleibend“ oder „ohne Obligo“ versehen hat. In diesem Fall besteht keine Bindung.

#### **MERKE:**

Der Sachverständige muss Angebote mit den genannten Klauseln versehen, wenn er noch kein bindendes Angebot abgeben möchte.

### **Annahmefrist**

Hat der Anbietende eine **Frist bestimmt**, so kann das Angebot

- nur innerhalb dieser Frist angenommen werden, § 148 BGB.

Hat der Anbietende **keine Frist bestimmt**, so kann das Angebot

- unter Anwesenden nur sofort,  
- unter Abwesenden bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Antragende unter „regelmäßigen Umständen“ den Eingang der Antwort erwarten darf,

angenommen werden.

#### **MERKE:**

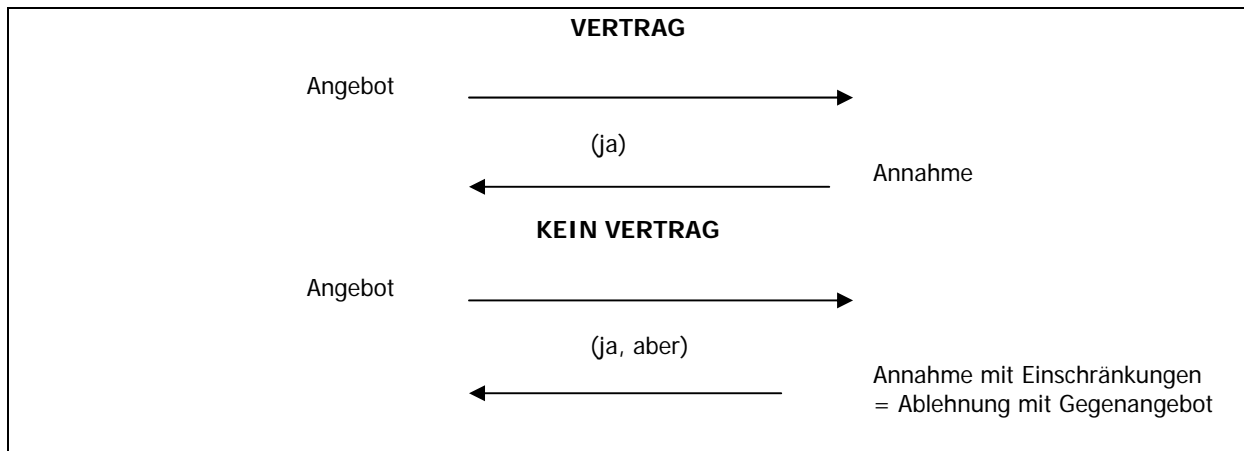
Der Sachverständige sollte, wenn er Planungssicherheit möchte, das Angebot befristen (*z.B. an dieses Angebot sind wir bis zum 01.03.2006 gebunden*). Er gewinnt dadurch Planungssicherheit und weiß, wie er disponieren muss. Wird keine Frist für ein konkretes Angebot bestimmt, ist im Einzelfall unklar, was ein Gericht später unter „regelmäßigen Umständen“ versteht.

### **Verspätete oder abgeänderte Annahme (neues Angebot)**

Wird ein Angebot verspätet oder mit Änderungen angenommen, so gilt dieses nach § 150 BGB als Ablehnung des ersten Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag (Angebot). Es bedarf dann einer Gegenerklärung des anderen Vertragspartners (Annahmeerklärung), wenn ein wirksamer Vertrag zustande kommen soll.

Die Annahme muss, um einen Vertragsabschluss herbeiführen zu können, nicht nur rechtzeitig erklärt werden, sie muss auch in einer **schlichten Bejahung** des Angebots bestehen und darf keine Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthalten.

Eine Annahme, die vom Angebot abweicht und nicht nur eine ungeteilte Zustimmung zum Angebot enthält, nennt man eine „**modifizierte**“ Annahme bzw. „**modifizierte**“ Auftragsbestätigung. Ihr Inhalt ist nicht ein „**Ja**“ sondern ein „**Ja, aber**“. Rechtlich ist ein „**Ja, aber**“ in Wahrheit ein „**Nein**“. Eine modifizierte Annahme führt nicht zum Vertragsschluss, sie gilt lediglich als eine Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Angebot.



**Beispiel:**

Der Vertragspartner schreibt an den anbietenden Sachverständigen:  
Hiermit erteile ich Ihnen den Auftrag, abweichend wünsche ich zusätzlich die Begutachtung des Feuchtigkeitseintritts am Balkon.  
Der Vertrag ist nicht zustande gekommen, die Annahmeerklärung enthält Änderungen. Es bedarf deshalb einer Gegenerklärung (Annahme) des ursprünglich anbietenden Sachverständigen.

**Schweigen im Rechtsverkehr**

Schweigen hat im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Bedeutung, selbst dann nicht, wenn ein Angebot die ausdrückliche Aufforderung enthält, die Ablehnung mitzuteilen oder mit Erklärungen verbunden ist, dass ein Schweigen als Annahme gilt.

Schweigen kann im Ausnahmefall eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten sein, soweit eine Erklärungspflicht hinsichtlich der Ablehnung besteht. Schweigen ist also nur **im Ausnahmefall** eine Erklärung.

Derartige Ausnahmefälle können sein, wenn die Parteien es ausdrücklich vereinbaren, dass ein Schweigen einen bestimmten Erklärungswert beispielsweise eine Annahme bedeutet oder das Gesetz selbst dem Schweigen eine Erklärungswirkung beimisst.

Der Sachverständige muss zumindest einen weiteren wichtigen Ausnahmefall unbedingt kennen, das sogenannte „Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben“.

**Kaufmännisches Bestätigungsschreiben**

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist der wichtigste Fall in der Rechtspraxis, indem Schweigen auf ein Schreiben des Vertragspartners Zustimmung bedeutet.

Damit die Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens eintreten, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

**Voraussetzungen:**

- Bezugnahme auf vorausgegangene Verhandlungen,
- zeitnahe Bestätigung,
- inhaltliche Richtigkeit,
- Empfänger ist Kaufmann oder nimmt ähnlich einem Kaufmann in größerem Umfang am Geschäftsleben teil
- Absender nimmt zumindest wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teil.



Widerspricht der Empfänger dem Schreiben nicht unverzüglich, so gilt der Vertrag als mit dem Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zustande gekommen!

Gleichgültig ist, wie das Schreiben bezeichnet ist. Es spielt keine Rolle, ob das Schreiben als Bestätigungsschreiben oder Auftragsbestätigung formuliert wird. Maßgeblich sind die Umstände und der tatsächliche Inhalt.

**Achtung Abgrenzung:**

Ein echtes kaufmännisches Bestätigungsschreiben liegt nur vor, wenn der Erklärende von einem Vertragsschluss ausgegangen ist. Es reicht nicht aus, dass eine bloße Auftragsbestätigung gemeint ist, das selbst erst dem Vertragsschluss dienen soll.

Zudem liegt ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nur dann vor, wenn der Absender selbst redlich ist, also den wirklichen Inhalt der Vertragsverhandlungen wiedergibt oder nur solche Änderungen und Ergänzungen vornimmt, mit deren Billigung er rechnen kann.

Sind die vorstehend genannten Voraussetzungen erfüllt, so gilt der Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens als richtig, es sei denn,

- der Empfänger widerspricht unverzüglich, wobei unter unverzüglich in der Regel eine Frist von 1 bis 2 Tagen angesehen wird, eine Frist von 1 Woche wurde vom BGH bereits als verspätet angesehen oder
- der Inhalt des Bestätigungsschreibens weicht so erheblich von dem mündlich besprochenen ab, dass der Bestätigende mit einer Billigung vernünftigerweise nicht mehr rechnen kann.

**HINWEIS:**

Der Sachverständige soll vorsorglich unverzüglich einem derartigen Schreiben widersprechen, wenn es vom tatsächlichen Vertragsinhalt abweicht, da ansonsten die Gefahr besteht, dass der Vertrag mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande gekommen ist.

Der Sachverständige setzt sich erheblichen Beweisproblemen aus, wenn er nachweisen muss, dass der Inhalt des Bestätigungsschreibens vom zuvor besprochenen mündlichen Vertragsinhalt abweicht.

Damit allerdings der Vertragsinhalt für die Parteien des Vertrages vom Beginn einer Tätigkeit bis zu deren Abschluss jederzeit für beide Vertragsparteien beweisbar ist, empfiehlt sich für die Praxis ohne jegliche Einschränkung und ausnahmslos der schriftliche Abschluss eines solchen Sachverständigenvertrages. Diese Empfehlung gilt grundsätzlich auch für etwaige während der Abwicklung eines Vertrages getroffenen Ergänzungen oder Änderungen, da gerade diese äußerst streitträchtig sind.

Meist werden Verträge von einer Vertragspartei (der wirtschaftlich stärkeren) vorgegeben.

Es stellt bereits einen Vorteil dar, wenn man die sog. „Entwurfsregie“ inne hat, d.h. durch taktisches Verhandeln und Vorlage eines Vertragsentwurfs die Leitlinien für den Sachverständigenvertrag gibt.

**2.1. Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen/Individualvereinbarungen**

Bei der Vertragsgestaltung ist die Kenntnis der Unterscheidung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Individualvereinbarungen unverzichtbares Grundwissen. Ohne Kenntnis dieser Begriffe kann keine sinnvolle Vertragsgestaltung vorgenommen werden.



Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie, das bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich frei sind, Vereinbarungen jedweder Art und gegebenenfalls auch mit großen wirtschaftlichen Nachteilen für eine Vertragspartei zu treffen, dieser Grundsatz wird aber eingeschränkt.

Für **Individualvereinbarungen** bestehen nur ausnahmsweise Unwirksamkeitsgründe wie z.B.:

- Verträge, die gegen gesetzliche Verbote verstoßen (§ 134 BGB)
- Wucher oder wucherähnliche Geschäfte (§ 137 BGB)
- sittenwidrige Verträge (§ 138 BGB)
- formunwirksame Verträge, in denen also die Schriftform oder die notarielle Form vorgeschrieben ist (z.B. Grundstückskauf, §§ 311b, 125 BGB)

Für **Allgemeine Geschäftsbedingungen** bestehen zusätzliche Unwirksamkeitsgründe, wie z.B.:

- die gesetzlichen Unwirksamkeitsgründe bei Individualvereinbarungen (siehe oben)
- AGB-Kontrolle: keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (Oberbegriff mit folgenden Unterfällen, § 307 Abs. 1 BGB):
  - a) Unvereinbarkeit mit wesentlichen Gesetzgrundgedanken, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB
  - b) Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB
  - c) Fehlende Transparenz; § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB
  - d) Kataloge unwirksamer Klauseln §§ 308, 309 BGB

Dieser kurzen vorstehenden Aufstellung ist zu entnehmen, dass die Grenzen der Vertragsgestaltung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehr viel enger gezogen sind als bei Individualvereinbarungen. Nur im Ausnahmefall liegen bei letzteren Unwirksamkeiten vor. Da in der Vertragspraxis Allgemeine Geschäftsbedingungen die Regel und Individualvereinbarungen die Ausnahme sind, gilt es, hier Grundwissen zu haben.

### **2.1.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Im Wirtschaftsleben spielen Allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle.

#### **Ohne AGB gilt das Gesetz.**

Im Grunde genommen ist der Verzicht auf AGB's nicht dramatisch, denn dafür hat das Gesetz Vertragstypen vorgesehen. Man kann also auch ohne AGB's leben. Ob dies sinnvoll ist, ist wiederum eine andere Frage.

#### **Sinn und Zweck von AGB**

AGB's sollen dessen Verwender schützen und ihm faire vertragliche Grundlagen für Geschäftsbeziehungen sichern. Folgende Vorteile lassen sich erkennen:

##### **- Rationalisierungseffekt**

Der Sachverständige, der viele gleichartige Geschäfte abschließt, muss nicht in jedem Fall einen neuen Vertrag aushandeln, sondern kann ein für ihn günstiges, diese wiederkehrenden Fälle behandelndes Vertragsmuster entwerfen lassen.



### - **Komplettheit**

AGB´s stellen sicher, dass wichtige Regelungsbereiche durch den Sachverständigen nicht bei einzelnen Verträgen vergessen werden. Da sie einseitig vom Verwender dem anderen Partner gestellt werden, begünstigen sie meistens den Verwender.

Die Möglichkeit eigene AGB´s durchzusetzen, hängt von der eigenen wirtschaftlichen Marktstärke ab.

### - **Aktualisierung**

Vereinheitlichte AGB´s ermöglichen eine schnelle Anpassung an sich ständig ändernde rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen und sind ein Beitrag zur Kalkulation von Geschäftsrisiken.

### - **Schutzfunktion**

Es wird sichergestellt, dass keine unüberschaubaren Geschäftsrisiken entstehen bzw. dass etwaige AGB´s des Vertragspartners zumindest „neutralisiert“ werden. Verweisen beide Vertragspartner auf ihre eigenen AGB´s, so gelten diesbezüglich nur die übereinstimmenden Formulierungen, im übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen.

Eine **Definition**, wann Allgemeine Geschäftsbedingungen im Rechtssinn vorliegen, enthält § 305 Abs. 1 BGB:

**Allgemeine Geschäftsbedingungen** sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

Gemäß der Definition ist es gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. So können selbst mündliche Vereinbarungen AGB-Charakter haben.

### **MERKE:**

Entgegen dieser Definition wird umgangssprachlich unter AGB´s oft das „Kleingedruckte“ verstanden, das sich auf der Rückseite von Verträgen, aber auch auf Rechnungen und Lieferscheinen (zur Unwirksamkeit vgl. unten) findet. Der Begriff Allgemeine Geschäftsbedingungen hat nichts mit der Druckgröße zu tun. Auch Musterverträge oder im Schreibwarenladen erhältliche Formularverträge oder selbstentwickelte mehrfacheingesetzte Verträge sind Allgemeine Geschäftsbedingungen!

### **2.1.2. Individualvereinbarungen**

Nach § 305 Abs. 2 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen **ausgehandelt** sind. Dabei haben Individualvereinbarungen Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Ein Aushandeln setzt voraus, dass der Verwender den von ihm vorformulierten bzw. genutzten Text ernsthaft zur Disposition gestellt hat und dem anderen Vertragspartner eine reale Gestaltungsfreiheit der Klausel zur Wahrung eigener Rechte eingeräumt hat.

**MERKE:****Aushandeln ist folglich mehr als Verhandeln.**

Dieser Anforderung hielt kaum noch eine Vereinbarung vor dem BGH stand. Es genügt eben nicht, dass der die Vertragsklauseln verwendende Auftraggeber den Auftragnehmer vor die Wahl gestellt hat, den Vertrag entweder zu den Bedingungen anzunehmen oder von ihm wieder Abstand zu nehmen. Es genügt auch nicht, wenn der Verwender den Inhalt der Vertragsklauseln erläutert und erörtert, selbst wenn dies den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht. Vielmehr muss der Verwender dann zweifelsfrei und ernsthaft zum Ausdruck bringen, dass er auch zur Änderung seiner Bedingungen bereit ist. Ohne eine tatsächliche Abänderung der Bedingungen – hierbei ist jede Vertragsklausel gesondert zu untersuchen – lässt sich ein Aushandeln im Nachhinein kaum darlegen und beweisen.

Versuche, dies durch Bestimmungen im Vertrag zu umgehen, wurden von der Rechtsprechung stets abgelehnt.

**Beispiel:**

Die vorstehenden Bedingungen sind im einzelnen ausgehandelt oder die vorstehenden Bedingungen sind Individualvereinbarungen.

Der BGH hat solche Klauseln in Verträgen für AGB-widrig erklärt. Sie dient zur Umgehung der inhaltlichen Anforderungen; vgl. § 306a BGB.

Auch die Auswahlmöglichkeiten in einen vorformulierten Angebot zwischen zwei verschiedenen Formen der Auftragsdurchführung, stellen noch kein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen dar.

Nicht selten findet man in formularmäßigen Ausschreibungstexten oder im sogenannten Verhandlungsprotokoll den ursprünglichen Ausschreibungstext ändernde oder ergänzende Regelungen und vorformulierte Textteile, die hand- oder maschinenschriftlich zu ergänzen sind. Soweit der Text der Ergänzungen vom Verwender der im übrigen formularmäßigen Texte stammt und lediglich mit dem Vertragspartner durchgesprochen wird, ohne dass dieser auf den Inhalt Einfluss nehmen kann, bleiben diese so ergänzten Texte Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>1</sup>.

Sofern die textliche Ergänzung vom Vertragspartner stammt unterscheidet die Rechtsprechung bei noch auszufüllenden Lücken danach, ob durch die Ergänzung der wesentliche Inhalt der Klausel (erst) bestimmt wird – dann Individualvereinbarung – oder ob es sich nur um eine unselbständige Ergänzung der Klausel handelt – dann bleibt es bei der Allgemeinen Geschäftsbedingung<sup>2</sup>.

**MERKE:**

Bei Verhandlungsprotokollen oder Verträgen, die handschriftlich während der Vertragsverhandlung ausgefüllt werden, gilt trotz des Anscheins einer individuellen Vereinbarung:

- Handelt es sich um eine sogenannte unselbständige Ergänzung, die an dem schon vorgedruckten unwirksamen Text nichts ändert, ist die Klausel ohne weiteres unwirksam<sup>3</sup>.
- Handelt es sich um eine sogenannte selbständige Ergänzung (z.B. Höhe der Vertragsstrafe / Verzugstag) ist die Klausel dennoch als AGB einzustufen, wenn die Ausfüllung durch

<sup>1</sup> BGH NJW 1985, 57

<sup>2</sup> OLG Karlsruhe IBR 1996, 368

<sup>3</sup> BGHZ 102, 152, 158



den Verwender mehrfach in gleicher Weise – etwa nach einem vorgefertigten eigenen Muster – vorgenommen wird<sup>4</sup> und dem anderen Teil keine reelle Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wird<sup>5</sup>. Dies gilt umso mehr, wenn ein Mitarbeiter des Verwenders vor der Vertragsverhandlung bereits handschriftliche Ergänzungen/Eintragungen vorgenommen hat.

Sofern vom Verwender Wahlmöglichkeiten vorgegeben sind, kann von einer Individualvereinbarung nur dann gesprochen werden, wenn der Vertragspartner eine freie und unbeeinflusste Wahlmöglichkeit hatte, was nur dann angenommen werden kann, wenn sich der Vertragspartner nicht für eine der vom Verwender vorgegebenen Möglichkeiten, sondern eine echte eigene Alternative entscheidet.

Hat der Vertragspartner nur die Wahl zwischen vorgegebenen Möglichkeiten oder sind die vom Verwender vorgegebenen Alternativen besonders in den Vordergrund gestellt, bleibt es bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz Auswahl durch den Vertragspartner<sup>6</sup>.

### 2.1.3. Rechtsfolgen

Die Ausführungen zeigen, dass nur in seltensten Fällen tatsächlich Individualvereinbarungen vorliegen. Viele der in der Praxis in Verträgen eingesetzten Klauseln hören sich schön an, sind aber unwirksam. Bei der Vertragsgestaltung sollte daher, wenn nicht eine Individualvereinbarung möglich ist, der Bogen nicht überspannt werden.

Ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB hat folgende Folgen:

**Die betreffende Bestimmung ist unwirksam; es gilt das Gesetz.**

Trotz dieser klaren Rechtsfolge werden in der Baupraxis selbst von Rechtsanwälten und Gerichten zwei wichtige Grundsätze missachtet:

#### 1. Grundsatz:

Die AGB-Bestimmungen des BGB schützen nur den Vertragspartner des Verwenders. Dies bedeutet, dass alle Regelungen, welche zu Lasten des Verwenders gehen, nicht nach den AGB-Bestimmungen des BGB überprüft werden. Er kann sich folglich nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Klauseln berufen<sup>7</sup>.

#### 2. Grundsatz:

Maßstab für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders ist das dispositive Gesetzesrecht, also insbesondere das BGB. Kein Maßstab sind andere Vertragsbedingungen, etwa am Bau die VOB/B oder die VOB/C. Dies wird oft verkannt.

#### HINWEIS:

Ein häufig verbreiteter Irrtum in der Vertragspraxis ist es, dass unwirksame Klauseln auf einen wirksamen Kernbereich reduzierbar sind. Die Klausel ist unwirksam und bleibt auch nicht im reduzierten Umfang aufrechterhalten.

<sup>4</sup> BGH NJW 1999, 2180; OLG Nürnberg, BB 1988, 1307;

<sup>5</sup> BGH NJW 1992, 504

<sup>6</sup> BGH NJW 1983, 816

<sup>7</sup> BGH IBR 1998, 155



**Beispiel:**

Eine Haftungsbeschränkungsklausel enthält einen formularmäßigen Ausschluss für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dies verstößt gegen § 309 Nr. 7a BGB, der einen Haftungsausschluss über Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hinaus als unwirksam ansieht. Damit ist die gesamte einschränkende Haftungsklausel unwirksam, da keine Reduzierung auf die gerade noch zulässige Beschränkung, d.h. Ausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, stattfindet. Der Verwender haftet für jegliches Verschulden, somit Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Eine Reduzierung auf einen gerade noch wirksamen Kerngehalt hätte nämlich zur Folge, dass die Gerichte bei unwirksamen Klauseln in jedem Einzelfall rechtsgestaltend das gerade noch zulässige feststellen müssten, das aufrechtzuerhalten wäre. Es gibt keine „**geltungserhaltende Reduktion**“.

**MERKE:**

Bei der Vertragsgestaltung darf der Sachverständige **nicht über „das Ziel hinausschießen“**, da er ansonsten auf die meist nachteilige gesetzliche Regelung zurückgeworfen wird. Sofern er die Grenzen beachtet, kann er dagegen entsprechende Verbesserungen gegenüber der gesetzlichen Lage erreichen. Vertragsgestaltung ist daher eine Gradwanderung, die mehr als nur Grundwissen im Recht erfordert. Zudem ist zu beachten, dass das Recht sich fortentwickelt, einerseits durch neue oder geänderte Gesetze, andererseits durch neue oder geänderte Rechtsprechung.

Ebenfalls untauglich sind Versuche in Verträgen, im Fall einer Unwirksamkeit die entsprechende Regelung durch eine andere zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt. Derartige Klauseln werden als „**salvatorische Klauseln**“ bezeichnet.

**Beispiel:**

Eine unwirksame Bedingung ist durch eine solche zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt.

Derartige Klauseln, die häufig in Verträgen anzutreffen sind, sind wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot unwirksam. Der Vertragsinhalt ist völlig unklar. Dies gilt auch für Einschränkungen „soweit gesetzlich zulässig“<sup>8</sup>.

### 2.1.4 Taktische Überlegungen

Da insoweit Vordrucke, Textbausteine bzw. Verhandlungsprotokolle sowie salvatorische Klauseln keine Lösung darstellen, bleibt den Vertragsparteien nur die Möglichkeit durch taktisches Verhandeln möglichst viele Bereiche des Vertrages in eine Individualvereinbarung zu erheben.

Der Sachverständige sollte zumindest versuchen, die rechtliche Haltbarkeit einzelner kritischer Klauseln, insbesondere in **Schlüsselbereichen** des Vertrags z.B. Leistungsbeschreibung, Abnahme, Haftung, Mängelrechte, durch „**Aushandeln**“ zu erhöhen.

Selbst wenn im Einzelfall aus der Formulklausel im Vertrag keine Individualvereinbarung wird, stärkt dies zumindest im Streitfall sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich die Verhandlungsposition gegenüber dem Vertragspartner. Es liegen dann **schriftliche Belege** vor, dass man dem Vertragspartner nicht einfach den Vertrag unterschriftsreif vorgelegt hat (= AGB), sondern dieser das Ergebnis einer eingehenden gemeinsamen Verhandlung ist (= Individualvereinbarung).

<sup>8</sup> BGH v. 26.06.1991 und BGH v. 24.09.2002



**Möglichkeiten** (alternativ oder kumulativ einsetzbar):

- Verhandlungsprotokoll umfassend verfassen, d.h. kein bloßes Ergebnisprotokoll sondern ein Verlaufsprotokoll erstellen. Verlaufsprotokoll bedeutet, dass handschriftlich die inhaltlichen Verhandlungen (Geben und Nehmen) zumindest in den Schlüsselbereichen wiedergegeben werden.
- Begleitschreiben zu Vertrag bzw. bei Einladung zum Verhandlungstermin Zusatz aufnehmen, dass man bereit ist, Klauseln zur Disposition zu stellen.
- Formulklauseln des Vertrages tatsächlich abändern (insbesondere handschriftlich mit Unterschriftsbestätigung beider Seiten)
- Bestätigungsschreiben des Vertragspartners provozieren (Akzeptanz von Vertragsklauseln gegen Zustimmung einer bestimmten Vergütung)
- Bestätigungsschreiben über Telefonate, Besprechungen an Vertragspartner schicken, wobei nicht nur Ergebnis sondern auch Inhalt der Verhandlungen (Geben und Nehmen) wiedergegeben wird.
- Bei eigener starker Verhandlungsposition Vertragspartner bewusst Vertrag mit Lücken überlassen, damit dieser sie selbst ergänzt. Im Anschluss diese Ergänzungen nicht akzeptieren und Verhandlungen beginnen mit dem Ziel, das ursprüngliche Ergebnis einzusetzen.

Diese Vorschläge stellen keine Garantie dar, dass ein Gericht im konkreten Einzelfall tatsächlich von ausgehandelten Klauseln ausgeht, allerdings wird die Wahrscheinlichkeit, dass eine Individualvereinbarung angenommen wird, erhöht. Zumindest wird aber die Verhandlungsposition des Sachverständigen im Streitfall gestärkt.

**2.2. Bedeutung einer Struktur des Sachverständigenvertrages**

Der Sachverständige sollte eine eigene Struktur des Sachverständigenvertrages entwickeln und den Bearbeitungsstand jeweils anpassen.

**2.2.1. Struktur des Sachverständigenvertrages**

Der Sachverständige sollte die „Struktur“ des eigenen Sachverständigenvertrages möglichst nicht ändern.

Struktur des Vertrages bedeutet, dass immer am gleichen Ort immer das gleiche geregelt wird.

**Beispiel:**

In Ziff. 2 des Sachverständigenvertrages ist beispielsweise der Gegenstand und der Umfang der Tätigkeit festgelegt, in Ziff. 3 der Zweck der Sachverständigentätigkeit, etc.

**Vorteil:**

- Schnelles Auffinden von Regelungen möglich, unabhängig von Gutachterauftrag und Vertragspartei, ohne dass bei jedem Problem der gesamte Vertrag gelesen werden muss.
- Schnellere Beratung und Betreuung von außen, unabhängig vom Gutachterauftrag und Vertragspartner durch Rechtsanwalt/Steuerberater, der mit Struktur vertraut ist.

Sofern im Verlauf einer Vertragsverhandlung Ergänzungen notwendig sind, sollte besser Einschübe mit Unterziffern erfolgen also z. B. zwischen Ziff. 2 und 3 eine neue Ziff. 2a.



Vorteil:

- Schnelles Auffinden von Sondervereinbarungen
- Keine Gefahr von Falsch-/Blindverweisen, da häufig innerhalb eines Vertrages und im Schriftverkehr auf Ziff. Bezug genommen wird.
- Werden Einschübe vorgenommen und die folgende Nummerierung verändert, drohen falsche Verweise.

Eine einfache Grundstruktur für einen Sachverständigenvertrag könnte etwa wie folgt aussehen:

**GRUNDSTRUKTUR SACHVERSTÄNDIGENVERTRAG:**

**Auftraggeber**

**Auftragnehmer (Sachverständiger)**

**Präambel/Vorbemerkung:**

**§ 1 Gegenstand der Sachverständigentätigkeit**

**§ 2 Zweck der Sachverständigentätigkeit**

**§ 3 Unterlagen des Auftraggebers**

**§ 4 Mitwirkungspflicht des Auftraggebers**

**§ 5 Mitwirkung fachlicher Hilfskräfte**

**§ 6 Urheberrecht und Nutzungsrecht**

**§ 7 Honorar**

**§ 8 Fälligkeit des Honorars**

**§ 9 Ausführungsfristen**

**§ 10 Haftung**

**§ 11 Kündigung**

**§ 12 Zurückbehaltungsrecht**

**§ 13 Aufrechnung**

**§ 14 Sonstige Bestimmungen**

**Unterschriften**

**2.2.2. Bearbeitungsstand**

Der Bearbeitungsstand des Sachverständigenvertrages sollte im Vertrag selbst oder zumindest intern festgehalten werden, um genau zuordnen zu können, welcher Bearbeitungsstand der Vertrag für den konkreten Privatauftrag hat. Gesetzesänderungen, neue AGB's oder geänderte Rechtsprechung führen zwangsläufig zu einer Anpassung des Bauvertrages.

Vorteil:

- Altersklasse des Vertrages, damit Stand der Vertragsbedingungen schnell erfassbar.
- Anpassungsbedarf schnell erkennbar, wenn z.B. nachträglich Lücken oder Fehler im Vertrag erkannt werden, können die Problemverträge intern schneller erfasst werden.

**2.3. Grundregeln der Vertragsgestaltung**

Einige Grundregeln der Vertragsgestaltung, sowohl bei Individualvereinbarung als auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, werden in der Praxis häufig nicht beherzigt. Es ist den Beteiligten zu empfehlen, die Leistung konkret im Sachverständigenvertrag festzulegen. Es gilt eine Reihe von allgemeinen Punkten zu beachten, um sich nicht den Auslegungszwängen Dritter, insbesondere Gerichte, auszusetzen:



**MERKE:**

**1. Grundsatz der *Eindeutigkeit*.**

Dies gilt insbesondere bei Festlegung des Gegenstandes und des Umfangs der Sachverständigentätigkeit (= Auftrag).

**2. Grundsatz der *Beweisbarkeit***

Leistung schriftlich festlegen, Vermeidung mündlicher Abreden über den Leistungsinhalt.

**3. Grundsatz der *geordneten Dokumentation***

Geordnete Zusammenstellung des Vertragswerks. Sofern auf Anlagen verwiesen wird, diese genau bezeichnen und dem Sachverständigenvertrag beifügen.

**4. Grundsatz der *Klarheit***

Widersprüchlichkeiten innerhalb des Vertragswerks und dessen Anlagen vermeiden. Gegebenenfalls eine Reihenfolge der Geltung festlegen, welche Unterlagen Vorrang haben.

## **2.4. Einsatz Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Sofern der Sachverständige auf den Einsatz Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) nicht verzichten kann oder will, gilt es über die allgemeinen Grundsätze der Vertragsgestaltung hinaus eine Reihe von Punkten zu beachten, die AGB´s spezifisch betreffen.

### **2.4.1. Wirksame Einbeziehung von AGB´s**

Es klingt fast selbstverständlich, aber AGB müssen auch wirksam **einbezogen** werden. Die Praxis zeigt hier viele Fehlerquellen, da viele Sachverständige, aber auch schon länger am Markt tätige sog. „alte Hasen“, leider ihre sorgfältig gestellten AGB´s in der konkreten Vertragsbeziehung mit dem Kunden nicht wirksam einbeziehen.

Die AGB müssen **bei Vertragsabschluss** Bestandteil des Vertrages werden.

Falls der Hinweis auf die AGB´s **erst nach Vertragsabschluss** (beispielsweise auf Rechnungen oder bei Gutachtenabgabe, wie in der Praxis häufig zu finden) enthalten ist, werden die AGB **nicht Bestandteil des Vertrages**.

Darüber hinaus muss der Vertragspartner die **Möglichkeit haben**, in zumutbarer Weise **vom Inhalt der AGB Kenntnis** zu nehmen.

Deshalb sind bei **Vertragsschluss unter Anwesenden** die AGB vorzulegen oder zumindest die **Vorlage anzubieten**, oder, falls ein ausdrücklicher Hinweis erfolgt, die AGB zur Einsicht auszuhängen oder auszulegen.

Bei **Vertragsschluss unter Abwesenden** müssen die AGB grundsätzlich **mit dem Angebot übersandt** werden. Die AGB können jedoch **auch im Katalog oder Prospekt** abgedruckt sein, **falls** ein entsprechender Hinweis im Angebot erfolgt.

Bei der Einbeziehung gegenüber **Unternehmer** genügt **ein bloßer Hinweis des Verwenders** auf seine AGB, falls der Vertragspartner der Einbeziehung nicht widerspricht. Auch hier gilt, dass der Hinweis bei Vertragsschluss oder vorher erfolgen muss und nicht erst nachträglich auf irgendwie gearteten Rechnungen oder Lieferscheinen erscheinen. Darüber hinaus sind auf Verlangen die AGB´s zu übersenden.



Im **Internet** muss die Kenntnisnahme so gelöst werden, dass die AGB´s sich in einem Fenster öffnen und wegzuklicken sind und ein Kunde die Kenntnisnahme durch klicken eines Buttons (Häkchen) bestätigen muss.

**MERKE:**

Der Sachverständige muss AGB´s unbedingt **rechtzeitig** einbeziehen. Die besten AGB´s nützen nichts, wenn sie zu spät gestellt werden.

**2.4.2. Auslegung**

Individuell getroffene Vereinbarungen haben **Vorrang** vor den vorformulierten Vertragsklauseln. Unklarheiten gehen bei AGB´s **zu Lasten des Verwenders**, können sogar zur Unwirksamkeit der ganzen Klauseln führen.

**2.4.3. Inhalt von AGB´s**

**Übersicht:**

Inhalt von AGB	Kein Inhalt von AGB
Vertragsschluss	Konkrete Leistungsbeschreibung
Regelung Zahlung, Fälligkeit, Verzug	Preise
Gewährleistung	Individuelle Abreden
Haftung, Verjährung von Ansprüchen	
Mitwirkungspflichten des Auftraggebers	
Verschwiegenheitsklauseln	
Gerichtsstand, gegebenenfalls Rechtswahl	

Sachverständige sollten in AGB´s keine Preise nennen. Preise können in Preisverzeichnissen aufgenommen werden, die jedoch nicht Teil der AGB´s sind. Dies hat den Vorteil größerer Flexibilität.

Ebenfalls nicht in AGB´s gehören konkrete Bestimmungen zum Leistungsumfang, da diese meist nicht einheitlich sind. Derartiges gehört in ein Angebot oder in eine Vertragsanlage. Individuelle Absprachen widersprechen dem Grundprinzip von AGB´s. Diese gehören in den Vertragstext selbst.

**2.4.4. Kontrolle der AGB anhand §§ 305, 310 BGB**

Dem Vertragspartner, dem AGB´s gestellt werden, fehlt meist die wirtschaftliche Stärke, einzelne Bestimmungen auszuhandeln und durchzusetzen.

Dem Vertragspartner, der Verbraucher ist, fehlt häufig auch die juristische Kenntnis, um die Rechtsfolgen der einzelnen Klauseln zu erfassen und beurteilen zu können.

Um den schwächeren Vertragspartner zu schützen, ist nicht alles, was in AGB´s steht, tatsächlich auch wirksam. Wird die Grenze des zulässigen überschritten, kippt die ganze Klausel und es gilt nur das Gesetz!

In den §§ 309, 308 BGB sind katalogartig **verbotene Klauseln** aufgeführt.

In § 307 BGB wird dieser Katalog durch Generalklauseln ergänzt.



**Beispiel:**

In § 309 Nr. 7b BGB ist es beispielsweise unzulässig, die Haftung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auszuschließen. Dies gilt auch für Fälle von Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit.

Gem. § 309 Nr. 8b BGB ist bei Lieferung und Werkverträgen über neu hergestellte Sachen der vollständige Gewährleistungsausschluss in AGB's unzulässig.

Diese Beispiele wären endlos fortzuführen. Die Rechtsprechung fügt zudem ständig neue Beispiele an, da auch die Kreativität einzelner AGB-Steller sich nicht erschöpft.

**Prüfungsfolge AGB's:**

1. Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung, § 305 I BGB
  - Vorformulierung
  - Für eine Vielzahl von Verträgen
  - Keine Individualvereinbarung
2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich, § 310 BGB
3. Einbeziehung, § 305a II, III BGB
  - Hinweis des Verwenders
  - Möglichkeit der Kenntnisnahme
  - Einverständnis des Vertragspartners
  - Überraschende Klauseln, § 305c I BGB
4. Auslegung
  - Vorrang der Individualabrede, § 305b BGB
  - Unklarheitenregel, § 305c II BGB
5. Inhaltskontrolle
  - Anwendungsklausel, § 310 BGB und § 307 III BGB
  - Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten, § 309 BGB
  - Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308 BGB
  - Generalklausel, § 307 BGB (erst § 307 II BGB, dann § 307 I BGB)
6. Rechtsfolgen bei nicht einbezogenen oder fehlerhaften AGB, § 306 BGB
7. Umgehungsverbot



### 2.4.5. Rechtsfolgen unwirksamer AGB´s

An die Stelle unwirksamer AGB´s tritt das Gesetz, wie bereits oben angeführt. Die häufig in Verträgen zu findende Klausel, dass bei Unwirksamkeit eine Klausel gelten soll, die der unwirksamen möglichst nahe kommt, ändert hieran nichts. Dies ist eine unzulässige Umgehung der §§ 305 ff. BGB.

Wer zuviel will, bekommt nichts. Die Gerichte prüfen also nicht, ob die Klausel auf einen noch gerade zulässigen Inhalt reduziert werden kann.

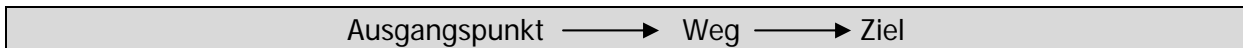
#### **MERKE:**

Dem Sachverständigen ist es aber nicht verboten, sich selbst zu benachteiligen. Wer als Verwender zu seinen Lasten vom Gesetz abweicht, ist daran gebunden. Dies gilt selbst dann, wenn die Klausel an sich AGB-widrig wäre. Wer ungeschickt AGB´s verwendet, benachteiligt sich selbst. Dies kostet meist sehr viel Geld. Deshalb ist es sinnvoll, hier einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen.



### 3. Gesetze und Regelungswerke

Bei der Vertragsgestaltung muss man wissen, welches Ziel man anstrebt. Wer das Ziel erreichen will, muss sich über seinen Ausgangspunkt im Klaren sein. Erst wenn **Startposition** und **Ziel** feststehen, kann für die Vertragsgestaltung ein **geeigneter Weg** gesucht und besritten werden.



Ausgangspunkt ist die Kenntnis der Gesetze und Regelungswerke, die einschlägig sind. Hierauf muss bei der Vertragsgestaltung aufgebaut werden.

Der Sachverständigenvertrag ist im BGB nicht besonders geregelt. Allerdings lassen sich für die Vertragsgestaltung Rückschlüsse aus einer **Zuordnung** zu einem der **im BGB geregelten Vertragstypen** entnehmen.

Als **Rechtsgrundlage** kommen in Betracht:

- Werkvertragsrecht, § 633 ff. BGB
- Dienstvertragsrecht, § 611 ff. BGB
- Entgeltliche Geschäftsbesorgung, § 675 i.V.m. §§ 663, 665 – 670, 672 – 674 BGB

Im Einzelnen ist zu diesen Vertragstypen auszuführen:

#### - **Werkvertrag**

Durch den Werkvertrag wird gem. § 631 BGB der Unternehmer (AN) zur Herstellung des versprochen Werks, der Besteller (AG) zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Da der AN verspricht, das bestellte Werk herzustellen, hat er dafür einzustehen, dass der versprochene Erfolg auch tatsächlich erreicht wird.

#### - **Dienstvertrag**

Durch den Dienstvertrag wird der Dienstverpflichtete zur entgeltlichen Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Das entscheidende Abgrenzungskriterium zum Werkvertrag ist, dass der nach Dienstvertrag verpflichtete eine bloße Leistung ohne Erfolgsverpflichtung zu erbringen hat, und dabei nur zur sorgfältigen gewissenhaften Aufgabenerfüllung verpflichtet ist.

#### - **Entgeltliche Geschäftsbesorgung**

Ist Gegenstand eine entgeltliche Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB, sind bestimmte Vorschriften des Auftragsrechts anzuwenden, die das Werk bzw. Dienstvertragsrecht modifizieren.

### **Rechtsnatur des Sachverständigenvertrages**

Der Bundesgerichtshof (BGH) wendet das **Werkvertragsrecht** in ständiger Rechtsprechung auf die **Herstellung von Gutachten** an<sup>9</sup>. Die Vorschriften der §§ 631 ff. BGB sind grundsätzlich anwendbar, weil Gegenstand des Werkvertrages nicht nur die Herstellung körperlicher Werke, sondern auch geistige Leistungen sein können.

Typische Tätigkeit des Sachverständigen ist die Herstellung von Gutachten, weshalb nachfolgend das **Werkvertragsrecht Schwerpunkt** der weiteren Ausführungen sein wird.

<sup>9</sup> BGH NJW 1966, 539; BGH NJW 1976, 1502



Der BGH wendet Dienstvertragsrecht an, sofern der Sachverständige bloße Beratungsfunktion übernimmt.

In Ausnahmefällen greift auch eine entgeltliche Geschäftsbesorgung (beispielsweise Mitwirkung bei der Verwertung eines Nachlasses für eine Erbengemeinschaft/wirtschaftliche Sanierung eines Unternehmens).

Im Hinblick auf die untergeordnete Bedeutung dieser Sonderfälle bleiben diese in der nachfolgenden Darstellung unberücksichtigt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Leistungen des Sachverständigen, weil als geistiges Werk und auf Erfolg ausgerichtet, allgemein nach Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB beurteilt werden.

### **MERKE:**

1. Das BGB kennt keinen Vertragstyp „Sachverständigenvertrag“.
2. Die Tätigkeit des Sachverständigen im Privatauftrag ist je nach Einzelfall den Vertragstypen des Werkvertragsrechts, dem Dienstvertragsrecht oder der entgeltlichen Geschäftsbesorgung zuzuordnen.
3. Die Tätigkeit des Sachverständigen ist bei Herstellung von Gutachten dem Werkvertragsrecht zuzuordnen. Die Regelungen der §§ 631 ff. BGB sind damit meist Ausgangspunkt für die Vertragsgestaltung.



## 4. Beispiele inhaltlicher Regelungen

Nachfolgend werden aufbauend auf das vorstehende vermittelte Grundwissen Beispiele inhaltlicher Regelungen für eine Vertragsgestaltung erläutert.

Es liegt in der Natur der Sache, dass hier nur eine Auswahl getroffen werden kann. Keinesfalls ersetzt wird hierdurch ein maßgeschneiderter Vertrag, der durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht entworfen oder beratend begleitet wird.

Sinn und Zweck der nachfolgenden Ausführungen ist es insbesondere, ein Problembewusstsein zu schaffen für Fehlerquellen bei der Vertragsgestaltung und zu erkennen, wo Regelungs- oder Ergänzungsbedarf besteht.

### 4.1. Konkretisierung Umfang und Inhalt des Sachverständigenvertrages

Hat der Sachverständige mit dem Auftraggeber den Inhalt der Sachverständigenleistung abgeklärt, muss der Umfang und der Inhalt der Sachverständigentätigkeit konkretisiert werden. Sinn und Zweck der Verhandlungen aus Sicht des Sachverständigen muss es sein, dem Auftraggeber eine ordnungsgemäße Leistung zur Verfügung zu stellen, die entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen dafür zu schaffen und hierbei die Haftung des Sachverständigen in einem angemessenen Risikobereich zu halten. Die Unabhängigkeit des Sachverständigen ist dabei zu wahren. Die Unabhängigkeit ist Grundlage für eine neutrale Sachverständigentätigkeit.

Der Sachverständige und der Auftraggeber müssen sich zumindest einigen über:

- **Art der Leistung**
- **Zweck der Leistung**

Die Bestimmung dieser Leistungsinhalte konkretisiert das **Vertrags-Soll**.

Die **Art der Leistung** bestimmt gleichzeitig:

- Abnahmefähigkeit der Leistung
- Mangelfreiheit der Leistung

Der **Zweck der Leistung** bestimmt:

- Mangelfreiheit der Leistung
- Haftungsumfang gegenüber Dritten

Es ist dabei zunächst unerlässlich, Gesetze und Regelwerke dahingehend zu überprüfen, ob hier entsprechende Vorgaben existieren. Dies zeigt auf, ob und in welchem Umfang Handlungsbedarf für den Sachverständigen für das angestrebte Ziel besteht.

#### 4.1.1. Gesetze und Regelwerke

Die Konkretisierung des Umfangs und den Inhalt des Sachverständigenvertrages sind grundsätzlich rechtlich nicht beschränkt. Lediglich indirekt gibt es eine Reihe gesetzlicher Normen, die mittelbar Rückschlüsse über die Notwendigkeit der Konkretisierung des Umfangs und des Inhalts der Sachverständigentätigkeit erlauben.



**§ 311 BGB Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse**

- (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.
- (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch
1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
  2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
  3. ähnliche geschäftliche Kontakte.
- (3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

**§ 633 BGB Sach- und Rechtsmangel**

- (1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.
- (2) <sup>1</sup> Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. <sup>2</sup> Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,
1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
  2. 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 Werks erwarten kann.
- <sup>3</sup> Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.
- (3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

**§ 640 BGB Abnahme**

- (1) <sup>1</sup> Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. <sup>2</sup> Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. <sup>3</sup> Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.
- (2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

**§ 641 BGB Fälligkeit der Vergütung**

- (1) Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.
- (2) <sup>1</sup> Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig, wenn und soweit der Besteller von einem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat. <sup>2</sup> Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes Sicherheiten geleistet, gilt dies nur, wenn der Unternehmer dem Besteller Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.
- (3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.
- (4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.



**§ 642 BGB Mitwirkung des Bestellers**

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

**§ 643 BGB Kündigung bei unterlassener Mitwirkung**

<sup>1</sup> Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. <sup>2</sup> Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist erfolgt.

**§ 646 BGB Vollendung statt Abnahme**

Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt in den Fällen des § 634a Abs. 2 und der §§ 641, 644 und 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.

Den Vorschriften lassen sich **Schlussfolgerungen** für die Vertragsgestaltung entnehmen:

In **§ 311 Abs. 3 BGB** ist nun gesetzlich geregelt, dass der Sachverständige nach Vertragsgrundsätzen jedem Dritten gegenüber haftet, dem der Auftraggeber des Sachverständigen das Gutachten zur Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen oder zur Vorbereitung von Verträgen vorlegt und der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens für ihn nachteilige Vermögensdispositionen vornimmt.

Diese Ausweitung der Haftung gilt nicht nur dann, wenn der Sachverständige öffentlich bestellt oder sonst besonders anerkannt ist, sondern für jede Art von Sachverständigen.

**BGH NJW 2001, 514**

Der Bestimmung ist zu entnehmen, dass es sinnvoll ist, den Zweck der Leistung zu regeln.

In **§ 633 Abs. 1 BGB** ist geregelt, dass der Sachverständige die Pflicht hat, das Gutachten fehlerlos – also frei von Sach- und Rechtsmängeln – zu erstellen. Ansonsten setzt sich der Sachverständige den Mängelrechten gem. § 634 BGB aus, d.h. Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz.

In **§§ 640, 641 und 646 BGB** wird die Abnahme geregelt. Abnahme bedeutet die körperliche Entgegennahme des vom Sachverständigen hergestellten Werkes verbunden mit der Erklärung des Auftraggebers, dass er die Leistungen der Hauptsache vertragsgemäß erbracht anerkenne. Die Abnahme ist Dreh- und Angelpunkt für eine Reihe von Rechten. Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, werden die Rechtswirkungen durch die Vollendung des Werkes ausgelöst. Vollendet ist das Werk, wenn die vertraglich geschuldeten Leistungen im wesentlichen erbracht sind.

Ein schriftliches Gutachten kann abgenommen werden. Dies kann ausdrücklich, stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten (z.B. Zahlung Honorar) erfolgen.

Ein mündliches Gutachten könne nicht körperlich abgenommen werden, so dass an die Stelle der körperlichen Abnahme die Anerkennung und, soweit auch diese nicht möglich sein sollte, die Vollendung tritt.



Den Bestimmungen ist ein Regelungsbedarf für den Sachverständigen zu entnehmen, da der wichtige Dreh- und Angelpunkt, die Abnahme, gerade bei Sachverständigenleistungen nicht klar definiert ist.

In **§ 642 BGB** wird geregelt, dass auch im Einzelfall Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers erforderlich sind. Im Regelfall handelt es sich hierbei rechtlich nicht um eine Verpflichtung sondern lediglich um eine Obliegenheit. Dies bedeutet, der Sachverständige kann die Mitwirkung des Auftraggebers nicht einklagen. Der Sachverständige kann nur nach § 634 BGB vorgehen, also eine Nachfrist setzen und die Kündigung des Vertrages androhen, was nicht unbedingt gewollt ist.

#### **4.1.2. Vertragsgestaltung durch den Sachverständigen**

**Sinn und Zweck** der Vertragsgestaltung des Sachverständigen muss es sein, dem Auftraggeber eine ordnungsgemäße Leistung zur Verfügung zu stellen. Dies bedeutet eine klare Konkretisierung der Art der Leistung und den Zweck der Leistung.

Bei der Formulierung des Auftragsinhalts muss daher durch den Sachverständigen größte Sorgfalt an den Tag gelegt werden.

Dabei ist es nicht nur möglich, die Art der Leistung **positiv** festzulegen, d. h. zu welchem Thema, in welchem Umfang und nach welcher Methode ein Gutachten gefertigt werden soll, sondern es kann auch **negativ** ausdrücklich festgelegt werden, was nicht Gegenstand des Gutachtens sein soll.

Hierbei sollte vorsorglich ausdrücklich festgehalten werden, dass der Sachverständigen **unabhängig** tätig wird. Die Unabhängigkeit ist Grundlage für eine neutrale Sachverständigentätigkeit. Im Regelfall ergibt sich dies bereits aus dem Gesetz, da das Werkvertragsrecht dem Auftraggeber keine Weisungsbefugnis einräumt. Anders verhält sich dies, wenn der Sachverständigenvertrag im konkreten Fall ein Dienstvertrag oder dem Auftragsrecht zuzuordnen ist. In diesem Fall besteht eine Möglichkeit, dass der Auftraggeber Weisungen erteilt.

##### **4.1.2.1. Festlegung des Beweisthemas**

Der Sachverständige sollte, wie eingehend festgestellt, das Beweisthema positiv festlegen, zu welchem **Thema**, in welchem **Umfang** und nach welcher **Methode** das Gutachten gefertigt werden soll. Evtl. sollte auch ausdrücklich negativ festgelegt werden, was nicht Gegenstand des Gutachtens sein soll.

Es sollte unbedingt vermieden werden, hier den Umfang zu weit oder ungenau festzulegen. Dies kann ein „Himmelfahrtskommando“ bedeuten, da der Auftrag sehr umfangreich werden kann. Es sollten daher, ähnlich wie bei Beweisbeschlüssen des Gerichtes, konkrete Fragestellungen aufgeworfen werden, die im Gutachtauftrag selbst erwähnt sind. Unbedingt vermieden werden sollte, hier gar Rechtsfragen mit zu berücksichtigen.

Nachfolgend eine Reihe von Beispielen aus der Praxis.

##### **Beispiel 1:**

1. Ist das Dach mangelhaft?
2. Was ist Ursache für die Mangelhaftigkeit?
3. Handelt es sich um einen planerischen oder einen handwerklichen Mangel?  
Wie ist die Haftungsverteilung zwischen dem planerischen oder dem handwerklichen Fehler vorzunehmen?
4. Welche Maßnahmen sind erforderlich, um die Mangelhaftigkeit zu unterbinden?
5. Welche Kosten entstehen durch die erforderlichen Maßnahmen? Gegebenenfalls auch Planungskosten benennen.

**Beispiel 2:**

1. Das Dach ist undicht, bei Niederschlägen dringt Wasser in das Innere ein, das zu Pfützenbildung führt. Welcher Art sind die Undichtigkeiten? Welchen Umfang haben sie?
2. Welches sind die Ursachen für die unter Ziff. 1 genannten Undichtigkeiten?
  - Liegt ein Verstoß gegen das Leistungsverzeichnis vom 23.03.2005 vor? Inwiefern?
  - Liegt ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik vor?
  - Handelt es sich um einen planerischen oder handwerklichen Fehler? Gegebenenfalls, welcher handwerkliche Mangel liegt vor?
3. Welche Maßnahmen sind erforderlich, um das Eindringen von Wasser nachhaltig und dauerhaft zu verhindern?
4. Welche Kosten entstehen durch die gegebenenfalls erforderlichen Maßnahmen nach Ziff. 3?

Zu diesen Beispielen ist auszuführen:

**Beispiel 1 (Anmerkung):**

Die Fragestellungen sind äußerst ungenau und können für den Sachverständigen erhebliche Nachteile bedeuten.

Die Frage unter Ziff. 1 ist sehr pauschal. Es ist unklar, was hier unter Mangelhaftigkeit zu verstehen ist. Einerseits kann man bereits hieran kritisieren, dass der Begriff „Mangel“ bereits eine Rechtsfrage darstellt. Es sollte daher vermieden werden, wenn auch in der Praxis häufig anzutreffen, hier bei der Fragestellung den Rechtsbegriff „Mangel“ zu verwenden. Es ist besser, hier konkrete Tatsachen zu beschreiben, die durch den Sachverständigen festgestellt werden sollen. Die weite Fassung stellte eine Art „Himmelfahrtskommando“ dar. Letztlich muss das komplette Dach von A-Z überprüft werden, obwohl evtl. im konkreten Fall lediglich ein einziges Problem aufgetreten ist, beispielsweise ein Wassereintritt oder das Abplatzen von Dachziegeln. Sofern also konkrete Sachverhalte vorliegen, sollte der Sachverständige diese in eine entsprechende konkrete Fragestellung umformulieren. Es bestehen auch Bedenken, ob der Sachverständige nicht weitere Sachverständige beauftragen muss, um die Aufgabe zu bewältigen.

In Ziff. 2 ist die Frage nach der Ursache sicherlich sinnvoll. Keinesfalls sollte sich der Sachverständige aber hier in rechtliche Bereiche begeben und gar eine Haftungsverteilung zwischen dem Architekten und dem Handwerker vornehmen.

In Ziff. 3 ist die Frage nach den Maßnahmen in Ordnung.

In Ziff. 4 sollte der Sachverständige insoweit vorsichtig sein, Überwachungskosten für den Architekten oder Fachingenieure in die Berechnung einzustellen, ohne zu berücksichtigen, dass der Architekt des Auftraggebers ohne weitere Kosten zur Überwachung der Mängelbeseitigung verpflichtet sein kann, vgl. auch die entsprechende Gebührenregelung in § 15 Abs. 2 Nr. 9 HOAI.

**Beispiel 2 (Anmerkung):**

In Ziff. 1 ist die Fragestellung konkretisiert. Es geht um ein Undichtigkeitsproblem, das zu Pfützen geführt hat. Dies ist ein konkreter Auftrag, der auch durch den Sachverständigen abgearbeitet werden kann. Es erfolgt eine räumliche Begrenzung auf den südlichen Giebel. Hierbei ist aber rein vorsorglich darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit festgestellte weitere Mängel dem Auftraggeber mitgeteilt werden müssen.

Es ist eine gänzlich andere Frage, ob diese Mängel dann auch Gegenstand des Vertrages sind.

In Ziff. 2 wird wiederum nach der Ursache der Undichtigkeit gefragt, wobei aber genau differenziert wird, nach einem hier vorliegenden Leistungsverzeichnis und erst danach nach einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik. In weiteren Unterpunkten wird dann eine Differenzierung zwischen Fehlern in planerischer und in handwerklicher Hinsicht gemacht ohne eine Haftungsverteilung in rechtlicher Hinsicht vorzunehmen.

In Ziff. 3 bleibt es dem Sachverständigen freigestellt, hier die Maßnahmen vorzuschlagen, die notwendig sind, um die Undichtigkeit zu beseitigen.

In Ziff. 4 wird die Frage nach den Kosten aufgeworfen, ohne hier näher zu differenzieren.



Aus den vorstehenden Ausführungen, die nur Beispiele darstellen, kann entnommen werden, wie wichtig es ist, den Umfang zu konkretisieren. Da die Aufgabenstellung des Sachverständigen jeweils höchst unterschiedlich ist, ist es lediglich wichtig zu wissen, hier den Umfang detailliert festzulegen, um somit das Vertragssoll festzulegen.

**MERKE:**

1. Der Sachverständige muss die Art der Leistung, d.h. das Thema, den Umfang und die Methode positiv festlegen und gegebenenfalls und ausdrücklich negativ festlegen, was nicht Gegenstand des Gutachtens sein soll.
2. Die Aufgabenstellung sollte durch den Sachverständigen in Form von konkreten Fragestellungen erfolgen, ähnlich gerichtlichen Beweisbeschlüssen.
3. Der Sachverständige sollte bei der Fragestellung keine Rechtsbegriffe verwenden oder gar Rechtsfragen beantworten.
4. Der Sachverständige sollte, wenn es der Auftrag erfordert, gegebenenfalls den Auftraggeber darauf hinweisen, dass weitere Sachverständige für bestimmte Gewerke hinzuzuziehen sind bzw. in rechtlichen Fragen die Hilfestellung eines Rechtsanwalts in Anspruch genommen werden sollte.

**4.1.2.2. Festlegung des Zwecks der Leistung**

Der Sachverständige sollte auch den Zweck des Gutachtens festlegen. Dadurch wird vereinbart, welchen Personen das Gutachten vorgelegt werden darf, was für die Frage der Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 BGB eine entscheidende Auswirkung hat. Dem Sachverständigen ist zu empfehlen, den **Zweck** des Gutachtens in dem **Vertrag** konkret zu definieren und diesen Zweck auch im **Gutachten** selbst bei der Auftragsbeschreibung zusätzlich mit aufzunehmen, um etwaigen unbekanntem Dritten den beschränkten Zweck zur Kenntnis zu bringen.

**Beispiel:**

1. Das Gutachten dient zum Zwecke der Vorlage bei der VHV Versicherung zur Bestimmung der Schadensursache und Schadenshöhe.
2. Eine darüber hinausgehende Verwendung, insbesondere eine Weitergabe an Dritte ist nur zulässig, wenn der Sachverständige zuvor gefragt wurde und seine Einwilligung dazu gegeben hat. Gleiches gilt für eine Textänderung oder einer auszugweisen Verwendung.
3. Eine Veröffentlichung des Gutachtens bedarf in allen Fällen der vorherigen Einwilligung des Sachverständigen.
4. Vervielfältigungen sind nur im Rahmen des Verwendungszwecks des Gutachtens gestattet.

**Beispiel (Anmerkung):**

Der Sachverständige hat hier den Zweck des Gutachtens konkretisiert, dass dieses lediglich dazu dient, eine interne Bewertung innerhalb der Versicherung hinsichtlich Schadensursache und Schadenshöhe vorzunehmen. Dies sollte auch vorsorglich im Gutachten selbst erwähnt werden, damit, falls das Gutachten entgegen den vertraglichen Vereinbarungen an Dritte weitergegeben wird, auch innerhalb des Gutachtens deutlich wird, welche Zwecksetzungen mit dem Gutachten verfolgt waren. Aus der Festlegung des Gutachtenzweckes dient es, dass dieses Gutachten nicht dazu geeignet ist, als Vorlage bei Gericht zu dienen oder aber bestimmte Mängelsachverhalte oder Haftungsverteilungen festzulegen.

**MERKE:**

1. Der Sachverständige sollte unbedingt zur Reduzierung der Haftungsgefahren gegenüber Dritten nach § 311 Abs. 3 BGB den Zweck des Gutachtens konkret beschreiben.
2. Der Sachverständige sollte den Gutachtenzweck nicht nur im Vertrag präzise definieren, sondern dies auch im Gutachten selbst bereits bei der Auftragsbeschreibung, also am Eingang des Gutachtens, zusätzlich vermerken.



#### 4.1.2.3. Festlegung der vorgelegten Unterlagen

Der Sachverständige sollte im Vertrag aber auch im Gutachten selbst festhalten, welche **Unterlagen** ihm der Auftraggeber zur Verfügung gestellt hat und welche **Auskünfte** dem Sachverständigen gegeben wurden. Es ist durchaus denkbar, dass der Auftraggeber dem Sachverständigen Unterlagen vorenthalten hat, die evtl. ungünstig für den Auftraggeber wären. Der Sachverständige wird quasi auf eine „falsche Fährte“ gelockt, die ihn dann zu einem fehlerhaften Gutachten veranlassen.

Es empfiehlt sich daher, die zur Verfügung gestellten Unterlagen und erteilten Auskünfte sowohl im **Vertrag** als auch im **Gutachten** einzeln aufzuführen, um deutlich zu machen, auf welcher Basis der Sachverständige seine Leistung erbracht hat.

Nachfolgend eine Reihe von Beispielen aus der Praxis.

##### Beispiel 1:

Dem Sachverständigen wurden folgende Unterlagen ausgehändigt:

- Baupläne
- Abrechnungen
- Schriftverkehr

##### Beispiel 2:

1. Folgende Unterlagen wurden dem Sachverständigen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt:
  - Baupläne vom 01.02.2006 und 03.02.2006 des Architekturbüros Schlaue
  - die Schlussrechnung des Bauunternehmens Klug vom 01.03.2006
  - der Schriftverkehr zwischen Architekturbüro und Bauunternehmer wie folgt:  
Schriften des Architekten vom 01.12.2005, 03.12.2005, 14.12.2005, etc.
2. Folgende Auskünfte wurden erteilt:  
Der Auftraggeber gibt an, dass entgegen dem Leistungsverzeichnis vom 15.12.2005 unter Pos. 013 der Dachziegel XYZ eingesetzt werden sollte.
3. Der Auftraggeber versichert, dass er weitere Unterlagen, die für die Erledigung des Auftrags wichtig sein können, nicht besitzt und auch nicht über weitere Informationen verfügt.

Zu diesen Beispielen ist auszuführen:

##### Beispiel 1 (Anmerkung):

Der Sachverständige hat in diesem Vertrag zwar daran gedacht, hier die Unterlagen aufzuführen. Er hat aber versäumt, diese Unterlagen auch konkret zu bezeichnen. Es ist daher im Einzelfall später schwierig nachzuvollziehen, welche Unterlagen dem Sachverständigen tatsächlich zur Verfügung standen. Im Nachhinein wird der Auftraggeber behaupten, dass der Plan Nr. XYZ vorgelegen hat. Dies ist unnötig, wenn die einzelnen Unterlagen genauestens bezeichnet werden.

##### Beispiel 2 (Anmerkung):

Der Sachverständige hat in diesem Vertrag unter Ziff. 1 konkret festgelegt, welche Unterlagen ihm zur Verfügung gestellt wurden. Er hat diese auch konkret bezeichnet, so dass eine Verwechslung ausgeschlossen ist.

Der Sachverständige hat zudem in Ziff. 2 festgehalten, dass er mündliche Auskünfte erhalten hat, die für den Sachverhalt hier relevant sind. Sofern sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass diese Vereinbarung, die der Auftraggeber behauptet, gar nicht getroffen wurde, so ist dies nicht Sache des Sachverständigen.

Ziff. 3 ist gegebenenfalls bedenklich, ist aber hilfreich, da dem Auftraggeber deutlich wird, dass den Unterlagen Bedeutung zukommt und er gegebenenfalls gehalten ist, hier selbst aufzuklären, falls die Unterlagen nicht vollständig sind.



**MERKE:**

1. Der Sachverständige sollte die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen genauestens aufzählen und dokumentieren.
2. Der Sachverständige sollte auch mündliche Auskünfte genauestens dokumentieren.
3. Der Sachverständige sollte dies nicht nur im Vertrag festhalten, sondern auch im Gutachten selbst, so dass Dritte im Falle einer zweckwidrigen Verwendung erkennen können, auf welcher Basis dieses Gutachten erstellt wurde.
4. Der Sachverständige sollte im Vertrag auch eine Mitwirkungspflicht des Auftraggebers festlegen, dass auf Anforderung des Sachverständigen konkret zu bezeichnende Unterlagen vorzulegen sind. Dies kann hilfreich sein, dass § 642 BGB lediglich eine Obliegenheit enthält, aber keine einklagbare Verpflichtung.

#### **4.2. Haftungsbeschränkung**

Für die Haftung gibt es keine gesetzliche Definition, obwohl der Begriff in der Praxis häufig benutzt wird. Haftung kann etwa dahingehend erläutert werden, dass der Haftende für ein bestimmtes Verhalten bzw. für die Folgen eines bestimmten, in der Regel eigenen Verhaltens einzustehen hat, mitunter aber auch für die Folgen des Verhaltens eines anderen, das ihm zuzurechnen ist. Verschulden des Haftenden ist nicht immer erforderlich, es gibt auch Haftungstatbestände ohne Verschulden.

Grundsätzlich ist zwischen den **Hauptgruppen** zu unterscheiden:

- **Haftung aus Vertrag**
- **Haftung aus unerlaubter Handlung**

Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird im Hinblick auf die Begrenzung des Skriptes davon abgesehen, weitergehende Ausführungen zum Thema der Haftung als Gerichtsgutachten nach § 839a BGB zu machen, etwaig zu erörternde Haftung aus dem Produkthaftungsgesetz (PHG) oder einer Haftung aus Verzug (§ 286 BGB) oder aus Unmöglichkeit (§§ 283, 275 BGB).

Nachfolgend beschränken sich daher die Ausführungen auf die Haftung aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung, insbesondere auf das Schadensersatzrecht. Dabei sei klarstellend darauf hingewiesen, dass damit natürlich die übrige Mängelhaftung unberührt bleibt.

Der Sachverständige hat dem Auftraggeber ein Gutachten abzuliefern, das frei von Sach- und Rechtsmängeln ist; § 633 Abs. 1 BGB.



### 4.2.1. Gesetze und Regelungswerke

Im Rahmen der Vertragsgestaltung kann der Sachverständige seine Haftung einschränken, wenn auch der Spielraum für vertragliche Gestaltungsmöglichkeit eng ist. Vorschriften, die Bedeutung im Rahmen der Haftung haben, befinden sich an verschiedensten Stellen des BGB. Daneben gibt es noch einige für den öffentlich bestellten Sachverständigen bestehende standesrechtliche bzw. standesrechtähnliche Vorschriften.

#### § 195 BGB Regelmäßige Verjährungsfrist

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

#### § 199 BGB Beginn der regelmäßigen Verjährungsfristen und Höchstfristen

- (1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem
  - 1. der Anspruch entstanden ist und
  - 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.
- (2) Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.
- (3) <sup>1</sup>Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren
  - 1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und
  - 2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

<sup>2</sup>Maßgeblich ist die früher endende Frist.
- (4) Andere Ansprüche als Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an.
- (5) Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Entstehung die Zuwiderhandlung.

#### § 311 BGB Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

- (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.
- (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch
  1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
  2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
  3. ähnliche geschäftliche Kontakte.
- (3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.



**§ 633 BGB Sach- und Rechtsmangel**

- (1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.  
(2) <sup>1</sup> Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. <sup>2</sup> Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,  
1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst  
2. 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 Werks erwarten kann.  
<sup>3</sup> Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.  
(3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

**§ 634a BGB Rechte des Bestellers bei Mängeln**

- Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,  
1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,  
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,  
3. nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und  
4. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

**§ 823 BGB Schadensersatzpflicht**

- (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.  
(2) <sup>1</sup> Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. <sup>2</sup> Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

**§ 826 BGB Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung**

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Die vorstehenden Bestimmungen befassen sich zum Einen mit der Haftung des Sachverständigen beim Privatauftrag, sei es bei der Haftung gegenüber dem Auftraggeber als auch mit der Haftung gegenüber einem Dritten, vgl. §§ 633 ff., § 311 Abs. 3 BGB sowie der Haftung aus unerlaubter Handlung, §§ 623, 826 BGB.

Die Bestimmungen des § 634a BGB, die §§ 195, 199 BGB befassen sich mit der Verjährung der Mängelansprüche und der Ansprüche aus unerlaubter Handlung.

Nachfolgend eine Übersicht zum Haftungssystem beim Werkvertragsrecht:



**Mängelrechte Werkvertrag**

**Mängel des Werks**

<p><b>Sachmangel; § 633 II BGB n.F.</b>                  Das Werk hat nicht die vereinbarte Beschaffenheit. Falls nichts vereinbart wurde, ist die nach dem Vertrag vorausgesetzte sonst die gewöhnliche Verwendung maßgeblich. Das Werk muß dabei eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.                  Als Mangel gilt auch:                  - Aliud-Herstellung (Falschherstellung)                  - Manko-Herstellung (Teilhaftung)</p>	<p><b>Rechtsmangel; § 633 III BGB n.F.</b>                  Das Werk ist nicht frei von Rechten Dritter</p>
--	---

**Einheitliche Rechtsfolge; § 634 BGB n.F.**



**Nacherfüllung; § 635 BGB n.F.**

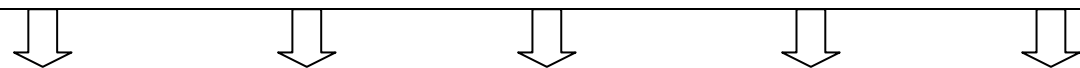
Ausnahme: Unverhältnismäßig hohe Kosten für den Unternehmer, § 635 III BGB n.F.  
 Nacherfüllung fehlgeschlagen oder Nacherfüllung für den Besteller unzumutbar, § 636 III BGB n.F.



**Nach Fristsetzung und fruchtlosen Fristablauf**  
 verschiedene Möglichkeiten:

Ausnahme der Notwendigkeit einer Fristsetzung:

- Mängel nicht behebbar
- Unternehmer verweigert ernsthaft und endgültig die Leistung
- Besondere Umstände, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches/Rücktritts rechtfertigen
- Unternehmer bewirkt die Leistung nicht zu einem bestimmten vertraglichen Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist, obwohl der Besteller vertraglich den Fortbestand des Leistungsinteresses an die Rechtszeitigkeit der Leistung gebunden hatte
- Nacherfüllung wird durch Unternehmer wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert
- Nacherfüllung ist dem Besteller unzumutbar
- Nacherfüllung des Unternehmers ist fehlgeschlagen



<b>Selbstvornahme</b>	<b>Rücktritt</b>	<b>Minderung</b>	<b>Schadensersatz</b>	<b>Aufwendungsersatz</b>
§§ 634 Nr. 2, 637 BGB n.F.	§§ 634 Nr. 3, 636, 323 BGB n.F.	§§ 634 Nr.3, 638 BGB n.F.  (statt Rücktritt)	§§ 634 Nr. 4, 636 BGB, 280, 281 BGB n.F.  (und/oder Rücktritt/Minderung)	§§ 634 Nr. 4, 284 BGB n.F.  (statt Schadensersatz) (und/oder Rücktritt/Minderung)



Das Verjährungsrecht ist seit der Schuldrechtsreform ab 01.01.2002 völlig neu geregelt worden.

Die Regelverjährung von 30 Jahren wurde auf 3 Jahre reduziert. Hierbei gibt es allerdings einige Ausnahmen. Für Schadensersatzansprüche wegen fehlerhaften Gutachten bedeutet dies, dass der Sachverständige nicht mehr wie bisher 30 Jahre lang haftet, sondern nur 3 Jahre, wobei der Beginn der Verjährung nicht bei der Abnahme des Gutachtens anzusetzen ist, sondern bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der Umstände, die den Schaden begründen.

Nur bei Gutachten, die sich in einem Bauwerk realisieren, bleibt es bei der 5jährigen Verjährungsfrist; dort beginnt die Verjährung mit der Abnahme des Gutachtens, vgl. § 634a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB.

### **Regelmäßige Verjährung**

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt 3 Jahre, §§ 634a Abs. 1 Nr. 3, 195 BGB. Von dieser Grundregel gibt es jedoch Ausnahmen, die für Sachverhalte bei 5, 10 oder 30 Jahre liegen können.

Der Lauf der Verjährung **beginnt** mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Auftraggeber von den anspruchsbegründeten Umständen und der Person des Schädigers Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis hätte erlangen können, § 199 Abs. 1 BGB.

Grundsätzlich beträgt die **Dauer** des Anspruchs **3 Jahre**. Da der **Beginn** der Verjährung davon abhängig ist, dass der Auftraggeber bestimmte Umstände kennt oder davon hätte Kenntnis erlangen können, kann es durch den dadurch verursachten späten Beginn der Verjährungsfrist von 3 Jahren dazu kommen, dass sich der Beginn der Verjährung erheblich nach hinten verschiebt. Um hier Rechtsfrieden zu schaffen, wurden **Obergrenzen** als Höchstfristen eingeführt, die gestaffelt sind:

Der Anspruch verjährt

- nach **3 Jahren** von Beginn der Kenntnis der schadensbegründenden Umstände an.
- nach **10 Jahren** vom Entstehen des Anspruchs an, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Umstände und der Person des Sachverständigen von der Entstehung des Anspruchs an, § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB.
- nach **30 Jahren** ohne Rücksicht auf die Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der Umstände und der Person des Sachverständigen, beginnend mit der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis, § 199 Abs. 3 Nr. 2 BGB.
- Nach **30 Jahren** ohne Rücksicht auf die Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis für solche Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, beginnend mit der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung und sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis, § 199 Abs. 2 BGB.



### **Werkvertragliche Verjährung**

Bei der Verjährung von Vertragsansprüchen muss darüber hinaus unterschieden werden, ob das Gutachten ein Werk ist, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen für ein Bauwerk besteht oder ein anderes Gutachten.

Im ersten Fall beträgt die Verjährungsfrist für einen Schadensersatzanspruch **5 Jahre**, im zweiten Fall **3 Jahre**.

Die 5jährige Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme des Gutachtens; § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB.

#### **MERKE:**

Die Haftung des Sachverständigen kann auf eine Reihe von Anspruchsgrundlagen gestützt werden. Grundsätzlich ist die Unterscheidung zwischen Haftung aus Vertrag und die Haftung aus unerlaubter Handlung. Die Ansprüche können verschuldensunabhängig aber auch verschuldensabhängig ausgestaltet sein.

Die Verjährungsfrist kann je nach Art des Gutachtens unterschiedlich sein. Die Dauer der Verjährung beträgt entweder 3 Jahre oder 5 Jahre. Die an sich kürzere regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren kann im Einzelfall lange andauern, da der Beginn dieser Verjährung von einer Reihe von Faktoren, insbesondere subjektiven Elementen auf Seiten des Auftraggebers abhängig ist (Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis). Die Obergrenzen von 10 bzw. 30 Jahren zeigen, dass die Haftung durchaus längere Zeit bestehen kann.

Bei den **Grenzen** der Vertragsgestaltung gilt es, insbesondere eine Reihe von Bestimmungen zu kennen:

#### **§ 202 BGB Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung**

- (1) Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden.
- (2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.

#### **§ 307 BGB Inhaltskontrolle**

- (1) <sup>1</sup>Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. <sup>2</sup>Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
  - 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
  - 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.
- (3) <sup>1</sup>Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. <sup>2</sup>Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

**§ 309 Nr. 7 a und b BGB Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**

7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden)

a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit)

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

b) (Grobes Verschulden)

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

**§ 309 Nr. 8 b BGB Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**

b) (Mängel) eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

aa) (Ausschluss und Verweisung auf Dritte) die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;

bb) (Beschränkung auf Nacherfüllung) die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten;

cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung) die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen;

dd) (Vorenthalten der Nacherfüllung) der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;

ee) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige) der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach dem Doppelbuchstaben ff zulässige Frist;

ff) (Erleichterung der Verjährung) die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;

**§ 276 BGB Verantwortlichkeit des Schuldners**

(1) <sup>1</sup> Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. <sup>2</sup> Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

**§ 639 BGB Haftungsausschluss**

Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Unternehmer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Werks übernommen hat.

**§ 15 MSVO/DHKT Haftungsausschluss, Haftpflichtversicherung**

(1) Der Sachverständige darf seine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht ausschließen oder der Höhe nach beschränken.

(2) Der Sachverständigen soll eine Haftpflichtversicherung in angemessener Höhe abschließen und während der Zeit seiner Bestellung aufrecht erhalten.



Es gibt grundsätzlich **zwei Möglichkeiten**, die Haftung in einem Sachverständigenvertrag auszuschließen oder einzuschränken:

Durch entsprechende **Individualvereinbarung** oder durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen**.

In beiden Fällen wirkt ein **Haftungsausschluss** auch **gegenüber** einem unbeteiligten **Dritten**, dem später das fehlerhafte Gutachten vorgelegt wird und der dann gegenüber dem Sachverständigen, mit dem er keinen Vertrag abgeschlossen hat, Vertragsansprüche geltend macht. Der Dritte kann nur so viel Vertrauen in Anspruch nehmen, wie das der eigentliche Auftraggeber des Sachverständigen kann.

Bei der Dritthaftung Sachverständiger ist von Bedeutung, dass nach der Rechtsprechung des BGH dem Dritten grundsätzlich keine weitergehenden Rechte zustehen als dem unmittelbaren Auftraggeber des Sachverständigen. Mithin muss sich der Dritte ein Mitverschulden des Auftraggebers des Sachverständigen und eine Haftungsfreizeichnungsklausel, die der Sachverständige mit dem Auftraggeber vereinbart hat, entgegenhalten lassen.

**BGH NJW 1975, 867**

**BGH NJW 1995, 392**

Hinsichtlich der Einzelheiten der Haftung kann festgehalten werden, dass ein vollständiger Haftungsausschluss aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen nicht möglich ist. Es geht daher im Folgenden lediglich um Haftungsbeschränkungen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen der Einschränkung der Haftung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen und der Einschränkung der Haftung durch Individualvereinbarungen.

Hinsichtlich der **Beschränkung der Verschuldensarten** gilt folgendes:

### **Individualvereinbarungen**

Individualvereinbarungen sind in weiten Umfang möglich. Grenzen bilden allenfalls die Vorschriften des § 134 BGB (gesetzliches Verbot) und des § 138 BGB (Sittenwidrigkeit). Ebenfalls zu beachten ist, dass die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus nicht erlassen werden kann, § 276 Abs. 3 BGB.

Bei öffentlich bestellten Sachverständigen ist darüber hinaus die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch nicht durch eine Individualvereinbarung auszuschließen oder der Höhe nach zu beschränken. Dies verbietet § 15 MSVO/DHKT bzw. § 14 Abs. 1 MSVO/DIHK. Inwieweit diese Beschränkungen auch über den Kreis der öffentlich bestellten Sachverständigen hinaus gilt, ist durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt. Teilweise wird vertreten, dass der Verschuldensmaßstab der Sachverständigenordnungen der Bestellungskörperschaften auch zum Maßstab der guten Sitten im Geschäftsverkehr für alle Sachverständigen gilt. Nach § 639 BGB darf der Sachverständige die Haftung weder ausschließen noch der Höhe nach beschränken, auch nicht bei leichter Fahrlässigkeit, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Gutachtens übernommen hat.

### **MERKE:**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bis auf den Sonderfall der Arglist bzw. der Garantie, die Haftung wirksam auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden kann.



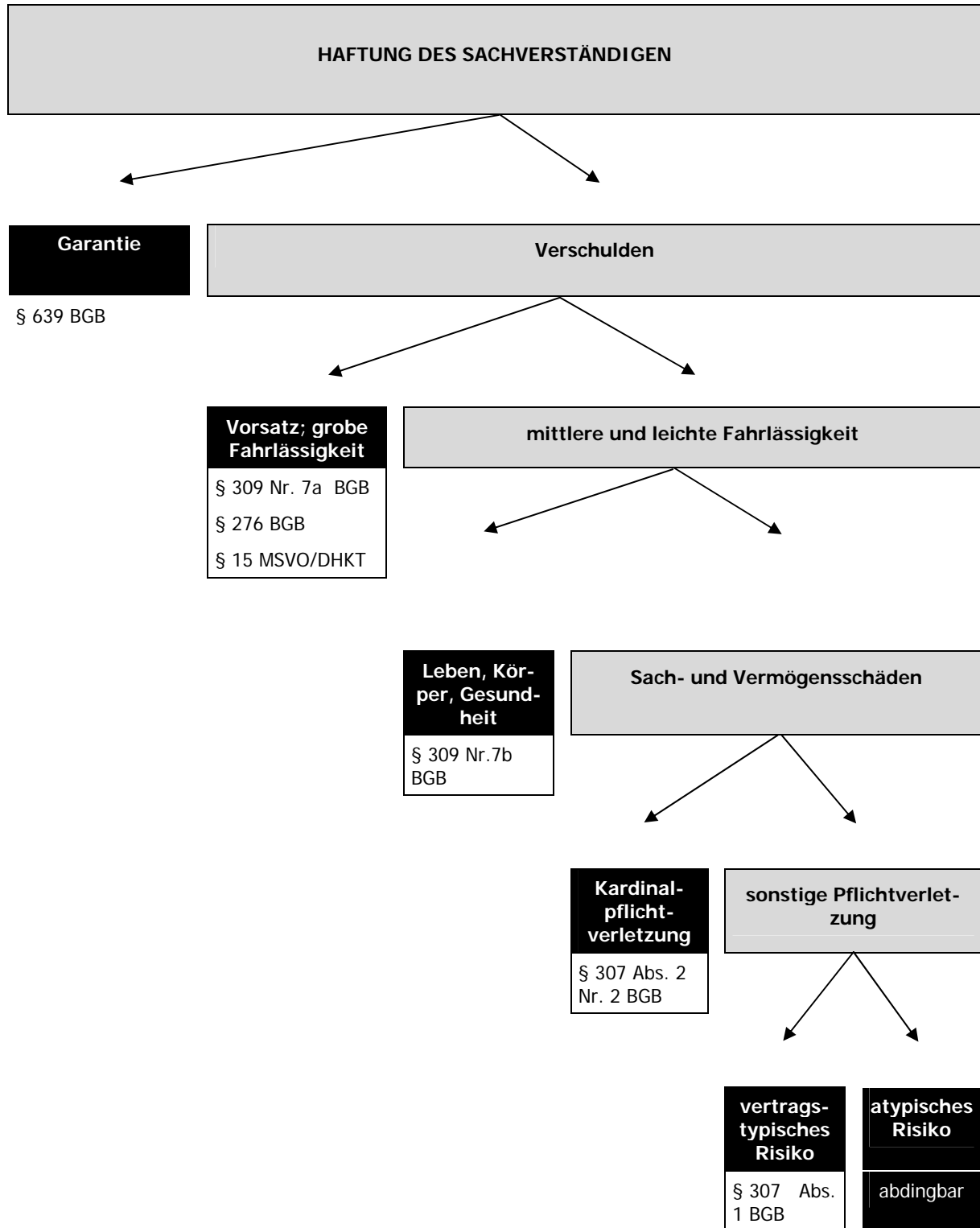
### **Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Allgemeine Geschäftsbedingungen lassen im Gegensatz dazu weit weniger Gestaltungsmöglichkeiten offen.

Dies ergibt sich zum Einen daraus, dass auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Einschränkungen bei Individualvereinbarungen gelten. Darüber hinaus gibt es weitere Grenzen. Dies bedeutet:

- Nach § 276 Abs. 3 BGB darf der Sachverständige seine Haftung wegen eigenen Vorsatzes nicht im Voraus ausschließen.
- Nach § 15 MSVO/DHKT (§ 14 Abs. 1 MSVO/DIHK) dürfen öffentlich bestellte Sachverständige die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit weder ausschließen noch der Höhe nach beschränken.
- Nach § 309 Nr. 7 a BGB darf die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn die Pflichtverletzung auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht. Dazu zählt auch die leichte Fahrlässigkeit.
- Nach § 309 Nr. 7 b BGB darf der Sachverständige seine Haftung für eigene grobe fahrlässige Pflichtverletzung und eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen weder ausschließen noch begrenzen.
- Nach § 307 BGB sind Bestimmungen in AGB dann unwirksam, wenn dadurch wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Nach BGH-Rechtssprechung bedeutet dies, dass die Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden darf, wenn es um die Verletzung sogenannter Kardinalpflichten handelt. Die Kardinalpflicht des Sachverständigen besteht darin, ein richtiges Gutachtenergebnis zu liefern.
- Nach § 639 BGB darf der Sachverständige die Haftung weder ausschließen noch der Höhe nach beschränken, auch nicht bei leichter Fahrlässigkeit, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Gutachtens übernommen hat.

Sofern man versucht, diese Einschränkungen in einer Übersicht zu veranschaulichen, ergibt sich folgendes Bild:



**MERKE:**

Im Ergebnis ist bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen festzuhalten, dass der Vertragsgestaltungsspielraum sich auf Sachverhalte beschränkt, in denen lediglich bei der Pflichtverletzung eine mittlere und leichte Fahrlässigkeit vorliegt, die die Rechtsgüter, Sach- und Vermögensschäden betrifft, ohne dabei eine Kardinalpflichtverletzung begangen zu haben. Bei diesen sonstigen Pflichtverletzungen muss es sich dabei noch um ein atypisches Risiko handeln. Dem Sachverständigen ist zu empfehlen, sich hier nicht auf die Vertragsgestaltung zu verlassen, sondern für eine entsprechende Betriebshaftpflichtversicherung zu sorgen!

Hinsichtlich der **Beschränkung bei der Verjährung** gilt folgendes:

**Individualvereinbarungen**

Individualvereinbarungen sind nahezu uneingeschränkt möglich. Sowohl eine Verkürzung als auch Verlängerung der Verjährungsfristen ist denkbar. § 202 BGB schränkt die Vertragsgestaltungsfreiheit nun in zwei Fällen ein. Unwirksam ist:

- die Verjährung bei Haftung für Vorsatz im Voraus durch Rechtsgeschäft zu erleichtern, § 202 Abs. 1 BGB,
- die Verjährung durch Rechtsgeschäfte über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus zu erschweren, § 202 Abs. 2 BGB.

**Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen sorgfältig abgewogen werden, da die Verjährungsregelungen des BGB Leitbildfunktion im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben. Daraus lassen sich folgende Grenzen erkennen:

- Der Verjährungsbeginn, der nach § 199 BGB erst dann stattfindet, wenn der Geschädigte die Umstände kennt oder hätte kennen müssen, die den Anspruch begründen, steht nicht zur Disposition.  
Er darf nicht durch AGB-Klauseln anders festgesetzt werden.
- Die Verjährung für Gutachten, die nicht der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegen, sich also in einem Bauwerk realisieren (Statikgutachten, Gründungsgutachten, Sanierungsgutachten) und die eine Verjährungsdauer von 5 Jahren nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB haben, dürfen nicht abgekürzt werden. Hier beginnt die Verjährung mit der Abnahme des Gutachtens.
- Für andere Gutachten gilt die neue Verjährungsfrist von 3 Jahren; in bestimmten Fällen beträgt die Obergrenze 10 Jahre und 30 Jahre. Sie kann in AGB's auf 1 Jahr abgekürzt werden, aber nur für solche Fälle, in welchen auch eine Haftungsbeschränkung zulässig ist, also für bestimmte Fälle leichter Fahrlässigkeit. Dabei muss gleichzeitig beachtet werden, dass § 309 Nr. 7a BGB nicht verletzt wird, wonach bei Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit der Anspruch bei leichter Fahrlässigkeit weder ausgeschlossen noch begrenzt werden darf. Der Verjährungsbeginn darf allerdings auf keinen Fall verändert werden, etwa auf den Zeitpunkt der Ablieferung des Gutachtens.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen so gut wie kein Spielraum besteht.



#### 4.2.2. Haftungsbeschränkungen, Beispiele

Nachfolgend eine Reihe von Beispielen aus der Praxis:

**Beispiel 1:**

Der Sachverständige ist Verwender:  
Für Schäden, die auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen sind, wird nicht gehaftet.

**Beispiel 2:**

Der Sachverständige ist Verwender:  
Für Schäden, die auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen sind, wird nur bis zur Höhe der Versicherungssumme gehaftet.

**Beispiel 3:**

Der Sachverständige ist Verwender:  
Für jedwede Mängel aus dem Gutachten wird nicht gehaftet.

**Beispiel 4:**

Der Sachverständige ist Verwender:  
Schadensersatzansprüche können aus Fehlern in Gutachten nicht hergeleitet werden.

**Beispiel 5:**

Der Sachverständige ist Verwender:  
Jede Haftung wird ausgeschlossen.

**Beispiel 6:**

Der Sachverständige ist Verwender:  
Für die Richtigkeit des vorstehenden Gutachtens wird keine Haftung übernommen.

**Beispiel 7:**

Der Auftraggeber verwendet:  
Für Schäden, die auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen sind, wird nicht gehaftet.

**Beispiel 8:**

Der Sachverständige ist Verwender:  
Muss der Sachverständige nach den gesetzlichen Bestimmungen nach Maßgabe des vorliegenden Vertrages für einen Schaden aufkommen, der leicht fahrlässig verursacht wurde, so ist die Haftung, soweit nicht Leben, Körper oder Gesundheit verletzt werden, beschränkt. Die Haftung besteht in diesem Falle nur bei Verletzung vertragswesentlicher Pflichten und ist auf den bei Vertragsabschluss vorhersehbaren typischen Schaden begrenzt. Unabhängig von einem Verschulden des Sachverständigen bleibt eine etwaige Haftung des Sachverständigen bei Arglist im Verschweigen des Mangels, aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffenheitsrisikos oder nach dem Produkthaftungsgesetz unberührt.

Zu diesen Beispielen ist auszuführen:

**Beispiel 1 (Anmerkung):**

Unwirksam, wegen Verstoß gegen § 15 MSVO/DHKT (bzw. § 14 MSVO/DIHK) sowie § 309 BGB, da nicht ausdrücklich Leben, Körper, Gesundheit ausgenommen wurde, ebenso § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen Kardinalpflichtverletzungen sowie § 307 Abs. 1 BGB wegen vertragstypischen Risiken.

**Beispiel 2 (Anmerkung):**

Unwirksam, wegen Verstoß gegen § 15 MSVO/DHKT (bzw. § 14 MSVO/DIHK) sowie § 309 BGB, da nicht ausdrücklich Leben, Körper, Gesundheit ausgenommen wurde, ebenso § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen Kardinalpflichtverletzungen sowie § 307 Abs. 1 BGB wegen vertragstypischen Risiken.

**Beispiel 3 (Anmerkung):**

Unwirksam, wegen Verstoß gegen § 15 MSVO/DHKT (bzw. § 14 MSVO/DIHK) sowie § 309 BGB, da nicht ausdrücklich Leben, Körper, Gesundheit ausgenommen wurde, ebenso § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen Kardinalpflichtverletzungen sowie § 307 Abs. 1 BGB wegen vertragstypischen Risiken. Darüber hinaus auch noch Verstoß gegen § 276 Abs. 3 BGB, da die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus ausgeschlossen wurde.

**Beispiel 4 (Anmerkung):**

Unwirksam, wegen Verstoß gegen § 15 MSVO/DHKT (bzw. § 14 MSVO/DIHK) sowie § 309 BGB, da nicht ausdrücklich Leben, Körper, Gesundheit ausgenommen wurde, ebenso § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen Kardinalpflichtverletzungen sowie § 307 Abs. 1 BGB wegen vertragstypischen Risiken. Darüber hinaus auch noch Verstoß gegen § 276 Abs. 3 BGB, da die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus ausgeschlossen wurde.

**Beispiel 5 (Anmerkung):**

Unwirksam, wegen Verstoß gegen § 15 MSVO/DHKT (bzw. § 14 MSVO/DIHK) sowie § 309 BGB, da nicht ausdrücklich Leben, Körper, Gesundheit ausgenommen wurde, ebenso § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen Kardinalpflichtverletzungen sowie § 307 Abs. 1 BGB wegen vertragstypischen Risiken. Darüber hinaus auch noch Verstoß gegen § 276 Abs. 3 BGB, da die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus ausgeschlossen wurde.

**Beispiel 6 (Anmerkung):**

Unwirksam, wegen Verstoß gegen § 15 MSVO/DHKT (bzw. § 14 MSVO/DIHK) sowie § 309 BGB, da nicht ausdrücklich Leben, Körper, Gesundheit ausgenommen wurde, ebenso § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen Kardinalpflichtverletzungen sowie § 307 Abs. 1 BGB wegen vertragstypischen Risiken. Darüber hinaus auch noch Verstoß gegen § 276 Abs. 3 BGB, da die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus ausgeschlossen wurde, § 309 BGB

**Beispiel 7 (Anmerkung):**

Wirksam, da zu beachten ist, wer Verwender der Klausel ist. Dies ist der Auftraggeber. Dieser darf sich selbst benachteiligen. § 309 BGB sowie § 307 BGB greifen nicht.

**Beispiel 8 (Anmerkung):**

Wirksam, wobei bei näherer Prüfung festzustellen ist, dass dieser Haftungsausschluss für den Sachverständigen nahezu wertlos ist.

**MERKE:**

1. Haftungsbeschränkungen im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind kaum mehr möglich bzw. sinnvoll. Die Gestaltung ist äußerst schwierig und es ist nicht absehbar, wie sich die Rechtsprechung in der Zukunft entwickelt. Letztendlich ist auch darauf aufmerksam zu machen, dass diese Haftungseinschränkungen letztendlich allenfalls der Berufshaftpflichtversicherung zugute kommen, die in diesen Fällen meist eintreten muss.
2. Haftungsbeschränkungen im Wege der Individualvereinbarungen sind möglich. Hier könnte etwa wie folgt formuliert werden:  
*„Der Sachverständige haftet für Schäden, die auf einem mangelhaften Gutachten beruhen – gleich aus welchem Rechtsgrund – nur dann, wenn er oder seine Erfüllungsgehilfen die Schäden durch eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung verursacht haben. Dies gilt auch für Schäden, die der Sachverständige bei der Vorbereitung seines Gutachtens verursacht hat sowie für Schäden, die nach erfolgter Nacherfüllung entstanden sind. § 639 BGB bleibt unberührt. Alle darüber hinausgehenden Schadensersatzansprüche werden ausgeschlossen.“*  
Eine derartige Individualvereinbarung wäre nach jetzigem Stand der Rechtsprechung denkbar, aber kaum realisierbar. Im Hinblick auf die hohen Anforderungen, die an eine Individualvereinbarung gestellt werden, kann letztlich auch nur hier von einer derartigen Vereinbarung abgeraten werden.
3. Der Sachverständige sollte sein Haftungsrisiko unbedingt durch eine umfassende Haftpflichtversicherung absichern.

**Alternativen der Haftungsbeschränkung****1. Konkretisierung des Gutachtauftrags:**

Die eindeutige Abgrenzung des Gutachtauftrags ist die wichtigste Aufgabe innerhalb der Vertragsgestaltung und bedeutender als die Frage der Honorierung oder des Haftungsausschlusses. An dieser Stelle wird das Vertrags-Soll vorgegeben, das Anknüpfungspunkt sowohl für die Mängelhaftung als auch die Vergütung ist. Dabei kann nicht nur positiv vereinbart werden, zu welchem Thema, in welchem Umfang und nach welcher Methode ein Gutachten gefertigt werden soll, sondern es kann umgekehrt auch negativ vereinbart werden, was nicht Gegenstand des Sachverständigenauftrages sein soll.

**2. Festlegung des Gutachtenzwecks:**

Die Vereinbarung des Gutachtenzwecks kann haftungseinschränkend wirken, da hierdurch das Vertrags-Soll mitbestimmt wird. Es wird hierdurch vereinbart, welchen Personen das Gutachten vorgelegt darf, was im Hinblick auf die Dritthaftung entscheidende Bedeutung hat.

**3. Unterlagen des Auftraggebers:**

Das Festhalten der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen hat ebenfalls haftungsbeschränkende Bedeutung, da der Sachverständige nicht mehr begutachten kann als er Unterlagen zur Verfügung gestellt bekommen hat. Es ist durchaus denkbar, dass dem Sachverständigen noch Unterlagen vorenthalten werden, die für das Gutachtenergebnis von Bedeutung sind.

**4. Urheberrecht und Nutzungsrecht:**

Inwieweit die Tätigkeit des Sachverständigen urheberrechtlich geschützt ist, bestimmt sich nach dem Einzelfall. Nach § 1 UrhG hat der Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst Kraft Gesetz einen Urheberrechtsschutz. Dazu gehören gem. § 2 UrhG auch Schriftwerke und Darstellung wissenschaftlicher und technischer Art. In diesem Fall muss das Gutachten einen hohen geistigen/schöpferischen Gehalt haben. Im Rahmen der Vertragsgestaltung kann zwar ein Urheberrechtsschutz geschaffen werden, da dieser nur Kraft Gesetz entsteht. Allerdings ist es möglich das Nutzungsrecht einzuschränken, so dass indirekt die Dritthaftung eingeschränkt wird.

**5. Formulierung des Gutachtenergebnisses:**

Der Sachverständige soll sich hüten, dem Auftraggeber im Gutachten ein sicheres Ergebnis vorzugaukeln, wenn dies nicht mit gutem Gewissen und einem mehr oder minder hohen Grad von Wahrscheinlichkeit begründet werden kann.

**6. Berufshaftpflichtversicherung:**

Der Sachverständige muss sein Haftungsrisiko unbedingt durch eine umfassende Haftpflichtversicherung absichern. Vor Abschluss eines solchen Vertrags sollte der Sachverständige sein Haftungsrisiko definieren und prüfen, ob der bestehende Versicherungsschutz ausreichend ist.

Die Vertragsgestaltung hat ihre Grenzen, so dass eine Berufshaftpflichtversicherung unabdingbar ist. Der Sachverständige sollte daher vor Abschluss einer Haftpflichtversicherung dem Versicherer seinen gesamten Tätigkeitsbereich, die drohenden Haftungsrisiken und die individuellen Bedürfnisse genau schildern, um einen bedarfsgerechten Versicherungsschutz zu erhalten.

**7. Gesellschaftsform:**

Der Sachverständige sollte im Einzelfall auch überlegen, ob die Sachverständigentätigkeit nicht im Rahmen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) betrieben wird. Die GmbH ist eine juristische Person. Der Sachverständigenvertrag kommt daher mit der GmbH, nicht aber mit dem Gesellschafter oder Geschäftsführer zustande. In Ausnahme-



fällen haftet aber auch der Geschäftsführer oder Gesellschafter, der das Gutachten erstellt hat (Durchgriffshaftung).