

rechtsanwaelte-steinstrasse.de Steinstr. 56 81667 München

Amtsgericht München
Pacellistr. 5
80315 München

Dr. Andreas Geipel
Zivil- und Strafverfahren, Verfassungsrecht
www.RA-Geipel.de

Hans Schröder
Zivil- und Strafverfahren

Petra Kuchenreuther
Fachanwältin für Familienrecht
Mediatorin (IMS e.V.)

Markus Pöschl
Erbrecht

Helmut Mildenerger
auch Fachanwalt für Verkehrsrecht

Steinstr. 56
81667 München

Tel.: 089/ 230 88 20
Fax: 089/ 230 88 233

Web: www.RA-Geipel.de
e-mail: info@geipel-ra.de

ZAP

Dr. Geipel ist ständiges Mitglied im
Redaktionsbeirat der Zeitschrift für
Anwaltspraxis (ZAP)

Betreff: 421 C 31421/12

In Sachen S ■ / S ■ u.a.

28.2.2016

will ich versuchen, zur Arbeiterleichterung den wesentlichen Streitstand zusammenzufassen.

1. Mit der Klage macht die Klägerin 85% der vereinbarten Miete für den Zeitraum April –Dezember 2012 geltend. Sie akzeptiert damit die in Vorverfahren angenommene Minderungsquote von 15%.

a) Die **Minderungsquote als Vorfrage** aus dem Vorverfahren erwächst unstreitig nicht in Rechtskraft. Wenn ein Mangel vorliegt, so führt das *ex lege* zur teilweisen oder vollständigen Befreiung von der Zahlungspflicht. Die Minderung ist eine *rechtsvernichtende Einwendung* und daher bei entsprechendem Sachvortrag vom Gericht zu berücksichtigen. Sie tritt automatisch mit Vorliegen der Voraussetzungen des § 536 ein, was sie vom Recht auf Minderung iS von §§ 441, 638 unterscheidet (vgl. BGH NJW-RR 1991, 779). Der Mieter schuldet nur die geminderte Miete und kann, bei vollständiger Aufhebung der Tauglichkeit, die Zahlung ganz einstellen (vgl. statt vieler Münchner Kommentar § 536 Rdnr. 28).

Dr. Andreas Geipel

Postbank München • IBAN: DE41 7001 0080 0579 1298 06 • BIC: PBNKDEFFXXX
Umsatzsteuer-Ident-Nr. DE 212853768

Daher ist unstreitig das Maß der Beeinträchtigung vom jetzt entscheidenden Gericht zu ermitteln.

b) Nachdem zur Frage der Beeinträchtigung bereits ein Gutachten aus dem Vorprozess vorliegt, wäre es grds. möglich, entweder dieses in diesem Verfahren gem. § 411 a ZPO zu verwerten, oder – nach **plichtgemäßen Ermessen**– ein neues Gutachten gem. § 412 Abs. 1 ZPO anordnen.

aa) Die **blinde Verwertung des Gutachtens** aus dem Vorprozess ist in keinem Fall möglich, sondern das Gericht muss das Erstgutachten mit einleuchtenden Gründen nachvollziehen können, insbesondere Einwände gegen das vorliegende Gutachten rational nachvollziehbar entkräften.

Arbeitsschritte zur Überprüfung von Gutachten, die sodann bei der Beweiswürdigung im gebotenen Umfang wiederkehren müssen, sind (vgl. *Musielak/ZPO* § 402 Rdnr. 1):

- –Wurde die Beweisfrage vom Sachverständigen richtig erfasst und vollständig bearbeitet? Falls Lücken geblieben sind, wie wurden sie geschlossen, oder kam es hierauf aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht an?
- –Ist der Gutachter von den richtigen Anknüpfungstatsachen ausgegangen? Hat er den unstreitigen Sachverhalt zutreffend als solchen erkannt und zu Grunde gelegt, bei Streitigem Vorbringen die Anweisungen des Gerichts beachtet bzw. gebotene Alternativüberlegungen angestellt? Falls der Sachverständige Tatsachen selbst ermittelt hat, war sein Verfahren ordnungsgemäß, und sieht sie auch das Gericht als erwiesen an?
- –Hat der Sachverständige die gesuchte Haupttatsache richtig erfasst, welche Indiztatsachen hat er zu Grunde gelegt, welche Schlüsse daraus gezogen? Sind sie logisch und überzeugend oder weniger einleuchtend oder ferne liegend oder lückenhaft oder gar. widersprüchlich?
- –Hat der Sachverständige die Trennung zwischen Rechts- und Tatfrage beachtet, bei Verstößen die Hinweise des Gerichts dazu beachtet und dann die erforderlichen Korrekturen vorgenommen?
- –**Ist die Fachkunde des Gutachters gesichert? Welche Mittel/Methoden hat er angewendet, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sie dem Stand von Wissenschaft und Forschung nicht (mehr) entsprechen?** Wie forensisch erfahren ist der Sachverständige, haben sich seine Gutachten in früheren Prozessen als richtig oder falsch erwiesen (wozu den Parteien gegebenenfalls rechtliches Gehör zu gewähren ist)?

bb) Das **AG hat mit Hinweis vom 13.3.2013**, mitgeteilt, dass es beabsichtige, das Gutachten aus dem Vorprozess zu verwerten.

cc) Mit Schriftsatz vom 16.5.2013 und 22.5.2013 (mit den angekündigten Anlagen) wurde umfangreich und nebst den dortigen Beweisanträgen dargestellt, dass und warum an der Fachkunde des Gutachters Zweifel bestehen, insbesondere welche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Vorgutachten dem Stand von Wissenschaft und Forschung nicht (mehr) entspricht?

Wichtig ist, dass die Partei in diesem Stadium nicht beweisen muss, dass die Fachkunde des Gutachters ungenügend ist oder das Gutachten nicht dem Stand von Wissenschaft und Forschung wiedergibt, sondern nur konkrete Zweifel oder konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen.

Derartige konkrete Zweifel oder konkrete Anhaltspunkte hierfür liegen aber in jedem Fall vor.

Das wurde mit Schriftsatz vom 4.6.2013 auf S. 3 ff wiederholt und vertieft.

dd) Mit Hinweis vom 27.6.2013 teilte das Gericht mit, dass es nach wie vor beabsichtige, das Gutachten aus dem Vorverfahren zu verwerten. Auf die o.g. Einwände der Beklagten geht das Gericht mit keiner einzigen Silbe ein. Zwar steht es dem Gericht nach wie vor frei, ein Gutachten aus einem anderen Verfahren zu verwerten oder nicht, aber es muss dann jedenfalls die Gründe der Beklagten inhaltlich verarbeiten und rational nachvollziehbar widerlegen.

ee) Mit weiteren Schriftsatz vom 29.7.2013 (s. 2-4) und vom 31.7.2013 teilten die Beklagten erneut die Anhaltspunkte für mangelnde Fachkunde und Sachkenntnis des Vorgutachters mit.

ff) Mit schriftlicher Stellungnahme vom 3.8.2013 teilt der Vorgutachter mit, dass die gegen ihn vorgebrachten Kritikpunkte, „vage, unsachlich, unbegründet oder falsch und deswegen unbrauchbar seien“ (Stellungnahme 3.8.2013, S. 10).

c) Spätestens jetzt kann das Gericht aber aus eigener Sachkunde nicht mehr entscheiden, wer Recht hat. Der Vorgutachter, der die gegen ihn angeführte Kritik als „vage, unsachlich, unbegründet, falsch und deswegen unbrauchbar“ empfindet, oder die Beklagten mit ihren Argumenten.

aa) Mit Hinweis vom 7.8.2013 (Protokoll S. 2) teilt das Gericht mit, dass nach wie vor keine zwingenden Gründe bestünden, das Gutachten aus dem Vorverfahren nicht zu verwerten.

bb) Damit hat das Gericht den rechtlichen Maßstab verletzt. Es ist gerade nicht erforderlich, zwingende Gründe gegen die Richtigkeit des Erstgutachten vorzubringen, sondern das Gericht muss nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden.

Hierzu gehört:

„Sind trotz Erläuterungen des Sachverständigen Zweifel am Ergebnis, seiner Sachkunde oder Unvoreingenommenheit – ohne dass letzteres durch ein Ablehnungsgesuch beanstandet worden wäre – verblieben, so ist ein anderer Sachverständiger auszuwählen (§ 404 Abs. 1) und mit einer neuen Begutachtung zu beauftragen.“ (Musielak/ZPO § 412 Rdnr. 1).

- cc) Das Gericht könnte hiervon nur dann Abstand nehmen, wenn es die geäußerten Zweifel an der Fach- und Sachkunde des Vorgutachtens nun aus eigener Sachkunde beantworten könnte. Das aber kann kein Gericht, denn die Fragen und Vorgänge sind zu konkret und speziell. Im gegenwärtigen Stadium kann das Gericht dem Vorgutachten nur „glauben“ oder nicht, keinesfalls aber aus eigener Sachkunde nachvollziehen, ob das Vorgutachten wirklich noch richtig ist.

Wenn das Gericht das aber nicht kann, sind die Zweifel gerade nicht ausgeräumt, sondern bestehen fort.

„Das Gericht kann sich vielmehr nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286) unter kritischer Würdigung beider Gutachten [hier der vorgelegten Privatgutachten] einem Sachverständigen anschließen, **wenn ausreichend dargelegt werden kann**, warum dem anderen nicht zu folgen ist. Es darf aber nicht etwa ein Gutachten übergangen oder ohne einleuchtende und nachvollziehbare Begründung für untauglich gehalten werden.“ (Musielak/ZPO § 412 Rdnr. 4)

- dd) Folgerichtig braucht das Gericht auch nicht begründen, wenn es ein neues Gutachten einholt:

„Entgegen der Auffassung der Revision brauchte das BerGer. auch nicht darzulegen, weshalb es ein neues Gutachten eingeholt hat. Das erstinstanzliche Gutachten des Sachverständigen H ist nämlich von den Bekl. in ihrer Berufungsbegründung in mehreren Punkten angegriffen worden, wobei Einholung eines Obergutachtens beantragt worden ist. Bei dieser Sachlage bedurfte es keiner Ausführungen des BerGer. dazu, weshalb es ein weiteres Gutachten eingeholt hat (BGH, NJW 1986, 1930“ – bestätigt von BGH, NJW 1992, 2292).

- ee) Das Gegenteil, die Nichteinholung eines neuen Gutachtens müsste aber nachvollziehbar begründet werden, was bis zum heutigen Tage mit keiner einzigen Silbe erfolgt ist. Das beweist den bisherigen Verfahrensverstoß.

2. Lediglich vorsorglich wird erneut die

Einholung eines neuen Gutachtens zur Frage der Belastung des Mietobjekts mit Naphthalin [= polycyclischer aromatischer Kohlenwasserstoff (**PAK**)] in dem streitgegenständlichen Zeitraum und Überschreitung des entsprechenden Grenzwertes II und Möglichkeit, diese durch Belüften zu reduzieren, beantragt,

höchstvorsorglich und äußerst hilfsweise wird die mündliche Anhörung des Vorgutachters *Stetter* hierzu beantragt.

3. Mit Schriftsatz vom 10.9.2013 und 13.9.2013 wurde abermals dargelegt, dass und warum Zweifel an den Vorgutachten bestehen.

4. Nunmehr ist ein erstaunlicher Verfahrensverstoß des Amtsgerichts passiert. Mit

a) Beschluss vom 2.10.2013 teilt es – richtig- mit, dass die Frage der Richtigkeit der Einwände des Privatgutachten (AGÖF) gegen das Gerichtsgutachten *Stetter* aus dem Vorprozess weiter aufzuklären sei, und zwar – weiterhin richtig- durch

Erholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens

Grob falsch wird dieser Beweisbeschluss aber dadurch, dass es den bisherigen Sachverständigen zum neuen Sachverständigen bestimmte. Das war absurd.

Allenfalls hätte das Gericht

durch **Anhörung** des Sachverständigen nach § 411 Abs. 3 versuchen können, die Unklarheiten auszuräumen.

Sind trotz Erläuterungen des Sachverständigen Zweifel am Ergebnis, seiner Sachkunde oder Unvoreingenommenheit verblieben, so ist **ein anderer Sachverständiger** auszuwählen (§ 404 Abs. 1) und mit einer neuen Begutachtung zu beauftragen (Musielak/ZPO § 412 Rdnr. 1).

Die Bestellung des alten Gutachters zum neuen Gutachter ist im Prozessrecht aber gerade nicht vorgesehen und verstößt daher gegen die Pflicht zur Gehörsgewährung und das aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende Recht auf Beweis der Beklagten.

b) Sodann lehnt das Gericht den Befangenheitsantrag gegen den bisherigen Gutachter *Stetter* mit Beschluss vom 8.10.2013 ab, äußert sich aber nach wie vor nicht zu der prozessualen Unmöglichkeit ein weiteres Gutachten bei demselben Sachverständigen einzuholen? Das stellt einen bis heute fortwirkenden groben Verfahrensverstoß dar.

5. Richtigerweise hat das Gericht aber zu einer durch die Widerklage genötigten weitergehenden Beweisfrage ein weitergehendes Gerichtsgutachten angeordnet (Beschluss vom 7.11.2013).

a) Dieses Gutachten bezieht sich zwar auf die Frage der Kontamination der **Einrichtungsgegenstände** durch **PAK** (= polycyclische aromatische Kohlenwasserstoffe) im Parkettkleber des Mietobjekts, aber gleichwohl steht dessen Ergebnis im Widerspruch zur

Annahme der Vorgutachters und begründen daher erneut die Notwendigkeit der Frage der Schadstoffbelastung des Mietobjekts durch Naphthalin (=PAK) und Möglichkeit der Verringerung dieser Belastung durch Lüften.

b) Wenn nämlich durch Lüften die PAK- Belastung an den Einrichtungsgegenständen nicht verringert werden kann, dann kann die Belastung an den dort wohnenden Menschen, ebenfalls nicht verringert werden. Jedenfalls müsste der gegenteilige Schluss dann weiter begründet werden, was bis zum heutigen Tage nicht erfolgt ist.

c) Im Einzelnen

Zu der vom teerhaltigen Parkettkleber ausgehenden Raumlufbelastung mit Naphthalin hat das Landgericht im Vorverfahren mit Urteil vom 06.12.2010 ausgeführt:

„Aufgrund des Gutachtens und der mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen [Stetter] steht fest, dass das Anwesen mit Naphthalin in einem solchen Maße belastet war, dass der Richtwert II überschritten war. Dies führt nach den Ausführungen des Sachverständigen zu einem Gesundheitsrisiko. Maßgeblich sind jedoch die weiteren Ausführungen des Sachverständigen: ...Wird somit das Mietobjekt regelmäßig gelüftet, was im Rahmen der Sorgfalt gegenüber dem Mietobjekt ohnehin in den Pflichtenkreis des Mieters fällt, und genutzt, wirkt sich die Belastung mit Naphthalin und damit der Mangel nicht aus.“

Die Quintessenz der Beweisaufnahme im hiesigen Verfahren hat hingegen ergeben, **dass es auch bei „3 Stoßlüftungen pro Tag“ zu einem Anstieg der Raumlufkonzentration gekommen wäre.**

Die Beweisaufnahme im hiesigen Verfahren setzt voraus, dass das Gericht nach dem Einreichen der Stellungnahme des Privatgutachten des Sachverständigen Thumulla (Anlage B 41) Zweifel an der Richtigkeit des Gerichtsgutachtens aus dem Vorverfahren hatte. In dieser Stellungnahme legt der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige Thumulla dar,

1. dass der Anstieg der Naphthalin-Raumlufkonzentration auf den Einbau der neuen Fenster zurückzuführen ist, da hierdurch der nutzerunabhängige Luftwechsel nahezu komplett reduziert wurde (vgl. Anlage B 41, Seite 7 ff, Punkt 2.2. und Seite 11 ff, Punkt 2.3.).
2. dass es durch das Nutzen der Räume zu einem vermehrten Schadstoffaustritt (von leichter- und schwerflüchtigen PAK) gekommen wäre (vgl. Anlage B 41, 10 f, Punkt 2.2.3.).
3. dass das Normalmaß nicht zwischen Richtwert I und Richtwert II liegt (vgl. Anlage B 41, Seite 5 ff, Punkt 2.1.).

4. dass das Aussetzen der Wohnnutzung (vor der zwingend notwendigen, unverzüglichen Schadstoffsanierung) aus sachverständiger Sicht bereits im Herbst 2010 angezeigt war (vgl. Anlage B 41, Seite 19, letzter Absatz).

Zu den ersten beiden Punkten hat auch der gerichtlich bestellte Sachverständige Dr. Grün am 13.11.2014 Stellung genommen. Übereinstimmend mit dem Sachverständigen Thumulla kam er hierbei zu dem Ergebnis,

1. dass es auch bei „3 Stoßlüftungen pro Tag“ zu einem Anstieg der Raumluftkonzentration gekommen wäre, da die nutzerunabhängige Luftwechselrate aufgrund des Einbaus der neuen, dichten Fenster stark reduziert wurde (vgl. Gerichtsgutachten vom 13.11.2014, Seite 3, dritter Absatz und Seite 5, vierter Absatz).
2. dass sich anhand der Raumluftmessungen ergibt, dass es bei üblicher Wohnnutzung zur „Freisetzung von PAK aus dem Fußbodenaufbau kommt“ (vgl. Gerichtsgutachten vom 13.11.2014, Seite 6, letzter Absatz).

Zitate des Sachverständigen Thumulla sowie des Gerichtsgutachters Dr. Grün:

Zu 1.:

- Thumulla – Anlage B 41, Seite 10:
„Fazit: Die Einflüsse des Lüftungsverhaltens der Nutzer sind gegenüber den Einflüssen des deutlich verminderten Infiltrations-Luftwechsels durch die neuen Fenster zu vernachlässigen. Der Einbau der neuen Fenster ist der Hauptgrund für den Anstieg der Naphthalinkonzentration.“
- Thumulla – Anlage B 41, Seite 14:
„Fazit: Durch den Einbau neuer Fenster wurde der konstante Luftaustausch nahezu komplett unterbunden, daher kommt es auch bei normaler Wohnnutzung und üblicher, optimaler Lüftung (Querlüftung) zur Ausbildung von Sekundärquellen und somit zu einem Anstieg der Naphthalinkonzentration in der Raumluft.“
- Dr. Grün – Gerichtsgutachten vom 13.11.2014, Seite 3, vorletzter Absatz:
„Unter der Voraussetzung, dass von Seiten der Mieter täglich nur drei Stoßlüftungen vorgenommen wurden, hatte die Reduktion des Infiltrationswechsels einen Anstieg der Raumluftkonzentration und eine entsprechend höhere Kontamination der Einrichtungsgegenstände zur Folge.“
- Dr. Grün – Gerichtsgutachten vom 13.11.2014, Seite 5, vierter Absatz:
„Ausgehend von einem nutzerabhängigen Lüftungsbeitrag von 3 Stoßlüftungen pro Tag schätzt der Unterzeichner das Nichtbewohnen der Mietsache als nicht überwiegend ursächlich für die Kontamination der Einrichtungsgegenstände ein.“
- Dr. Grün – Gerichtsgutachten vom 20.3.2014, Seite 7, letzter Absatz:

„dass die in der Gerichtsakte angeführten Einrichtungsgegenstände durch Reinigungsmaßnahmen und die Auslagerung in einen unbelasteten, gut gelüfteten und heizten Raum für eine weitere Verwendung hätten instand gesetzt werden können.“

Hinweis: Die Bewohner selbst können aber gerade nicht „ausgelagert“ werden.

Zu 2.:

- Thumulla – Anlage B 41, Seite 11:

„Fazit: Zusammenfassend lässt sich sagen: Die Abgabe aus dem Parkettkleber wird durch die Nutzung beschleunigt. Die Desorption wird mangels Grundluftwechsel des Gebäudes (neue Fenster, s.o.) nur während der Lüftungszeiten (1 h am Tag) beschleunigt. Ansonsten wird über 23 h am Tag die Adsorption durch die Nutzung der Räumlichkeiten beschleunigt.“

→ Die These des SV Stettens, dass eine normale Nutzung des Gebäudes zu einer Verringerung der Luftkonzentration führt, betrachtet nur einen Teilausschnitt des Gesamtgeschehens. Sie ist damit aus wissenschaftlicher Sicht falsch.“

- Dr. Grün – Gerichtsgutachten vom 13.11.2014, Seite 6, letzter Absatz:

„Die Ergebnisse der Raumluftmessungen sind als Hinweis zu interpretieren, dass es bei einer üblichen Wohnnutzung zu einer Freisetzung von PAK aus dem Fußbodenaufbau kommt.“

Zu 3.:

- Thumulla – Anlage B 41, Seite 7:

„Fazit: Die Naphthalinkonzentrationen von 90% aller deutschen Wohnungen liegen unter $1,2 \mu\text{g}/\text{m}^3$ und somit deutlich unter dem Richtwert I. Dieser Zielwert kann also durch geeignete Sanierungsmaßnahmen erreicht werden.“

Zu 4.:

- Thumulla – Anlage B 41, Seite 19, letzter Absatz:

„Aus sachverständiger Sicht ergibt sich bereits zum Zeitpunkt der Datenerhebung der Parteigutachten die zwingende Notwendigkeit einer unverzüglichen Schadstoffsanierung. Die Aussetzung einer weiteren Wohnnutzung bis zum Abschluss der Sanierungsarbeiten war angezeigt, zumal seitens des SV Busch durch die Entnahme von Parkettstücken die offene Oberfläche des als Gefahrstoff einzustufenden Parkettklebers deutlich vergrößert wurde:

d) Allerspätestens jetzt, kann das Gericht nicht mehr aus eigener Sachkunde entscheiden, ob das Vorgutachten Stetter richtig ist, ob dieser wirklich die nötige Sachkunde hatte und/oder auf einem aktuellen Wissenstand stand, was zur Einholung eines neuen Gutachtens durch einen anderen Gutachter zur Frage der Schadstoffbelastung durch PAK und Möglichkeit, diese durch normales Bewohnen zu reduzieren, zwingt.

Hinweis: Zwar kann der neue Gutachter die Wohnung nicht mehr im damaligen Zustand besichtigen, aber die Messergebnisse und Ausstattung der Wohnung sind als

Anknüpfungstatsachen dokumentiert. Es geht also nur noch um eine Interpretation der bereits getroffenen Feststellungen!

6. Hinzu kommt, dass sich auch aufgrund der begründeten Beschwerde gegen den Gutachter (vgl. auch Schriftsatz vom 11.12.2013) des Vorverfahrens (B 47) erhebliche Zweifel an der Verwertbarkeit des Gutachtens ergeben. Zudem wurde mit Schriftsatz vom 14.01.2014 (Seite 1) die „*Beziehung der Akten der IHK aus dem Beschwerdeverfahren*“ sowie die „*Einholung einer Stellungnahme der IHK zu den Gründen, die zu der Entscheidung geführt haben*“ beantragt. Mit Schriftsatz vom 30.12.2015 (Seite 21) wurde außerdem der zuständige Fachbetreuer als Zeuge benannt. Hieraus würde sich ergeben, dass die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen gegen den Vorgutachter Stetter wegen mangelnder Sachkunde erfolgt sind.

Hinweis: Die rechtliche Möglichkeit hierzu ergibt sich aus § 142 Abs. 1 ZPO. Der Sachverständige Stetter hatte in seinem Schreiben vom 3.2.2013 noch jegliches Tätigwerden gegen ihn oder Fehler bei der Gutachtenserstattung abgestritten (Anlage zum Schriftsatz vom 20.3.2014).

7. Abschießend:

Einen derartigen Widerwillen der bisher mit der Sache beschäftigten Richter, ein weiteres Gutachten zu einer absoluten Spezialfrage einzuholen, habe ich in 20-jähriger Anwaltslaufbahn noch nie erlebt.

Nicht der Beweisgang ist unökonomisch, sondern die Verweigerung des Beweisganges. Jeder Beweis dient der Aufklärung. Besser zu viel Beweis als zu wenig.

Die Verweigerung des Beweisganges aber führt bei der Partei zur Verzweiflung. Diese Verzweiflung führte dazu, dass die Partei immer mehr, immer weiter und immer mehr wiederholend vortrug, um sich das (vermeintlich) ignorierte Gehör zu verschaffen, was zu einer Aufblähung des Sachverhalts führte, statt die Spezialfrage schlicht und einfach durch einen anderen Sachverständigen klären zu lassen.

8. Unerledigter Beweisbeschluss:

Das Gericht hat zwar den Beweisbeschluss vom 7.11.2013 (SV Grün) ausgeführt, den vorangegangenen Beweisbeschluss vom 2.10.2013 (erneute Begutachten durch SV Stetter) aber noch nicht! Dieser muss also noch ausgeführt werden, aber diesmal prozessual richtig, durch Beauftragung eines anderen Sachverständigen (s.o.), nicht Beauftragung desselben Sachverständigen!

Hier hilft es auch nichts, dass das Gericht mit Verfügung vom 17.12.2013 mitteilt, dass der Beschluss vom 2.10.2013 bereits durch die vorangegangene Stellungnahme des Sachverständigen Stetter (offensichtlich dessen schriftliche Stellungnahme vom 3.8.2013) doch wieder erledigt sein soll.

Es ist prozessual nicht möglich, aufgrund einer Stellungnahme vom 3.8.2013 nachträglich einen Beweisbeschluss zu fassen (2.10.2013) und sodann mit Verfügung vom 17.12.2013 klarstellend zu erklären, dass der Beweisbeschluss bereits erledigt ist. Ein Beweisbeschluss ist

vor der Beweisaufnahme erforderlich, gem. § 358 ZPO (hier wegen der schriftlichen Beantwortung gem. § 377 Abs. 3 ZPO, 402 ZPO), nicht nachträglich.

Selbst wenn ein nachträglicher Beweisbeschluss, der dann wiederum per Verfügung als bereits erledigt deklariert wird, zulässig gewesen sein sollte, d.h. die schriftliche Beantwortung der Beweisfrage, hätte das Gericht aufgrund der nach wie vor bestehenden Einwendungen entweder das Verfahren gem. § 411 Abs. 3 ZPO (Ladung zur Erläuterung) einhalten müssen, was vorsorglich erneut beantragt wird, oder sogleich das beantragte weitere Gutachten einholen.

Auf dieses weitere Gutachten könnte nur dann verzichtet werden, wenn das Gericht nun (nach der Stellungnahme vom 3.8.2013) ermessensfehlerfrei und rational nachvollziehbar begründen könnte, warum trotz der vorgebrachten Zweifel nach wie vor keine Zweifel an dem Gutachten des Vorprozesses bestehen sollen. Das aber ist unmöglich (s.o.) und das weitere Gutachten zwingend einzuholen.

Dr. Geipel
Rechtsanwalt