

Thermografischer Sachverstand vor Gericht

Eugendorf, 23. September 2017

Verfasst von:

Mag. Alfred Tanczos

geb. am 12.12.1964 in Rehgraben (Bgld)

Richter des OLG Graz

Lehrbeauftragter an der Karl Franzens Universität Graz

und an der Medizinischen Universität Graz

Vortragender an der Anwaltsakademie, an der Liegenschaftsbewertungsakademie

und in der Aus- und Fortbildung von Richtern, Rechtsanwälten, Ärzten und

Sachverständigen

Zahlreiche Veröffentlichungen – unter anderem:

Sinnvoller Einsatz von Privatgutachten vor Gericht, SV 2015, 66;

Sachverständige und ihre Gutachten (mit Harald Krammer, Jürgen Schiller, Alexander Schmidt), Verlag Manz, 2. Aufl., Wien 2015

Thermografischer Sachverstand vor Gericht

Inhaltsübersicht

	Seite
1. Streit vor Gericht als Methode der Konfliktbearbeitung	
1.1. Konflikte sind kein soziales Übel	04
1.2. Streitkultur	04
2. Berufsethos und Rollenverständnis	
2.1. Der Sachverständige	06
2.2. Der Rechtsanwalt	06
2.3. Der Zivilrichter	08
3. Der Gerichtsgutachter	
3.1. Der wahre Richter?	09
3.2. Die Auswahl des Sachverständigen	10
3.3. Befangenheit des Sachverständigen	12
3.4. Der Auftrag an den Sachverständigen	15
3.5. Der Sachverständige als Gehilfe und Beweismittel	17
3.6. Gerichtsgutachter und Privatgutachter	20
3.7. Teilnahme des Sachverständigen an der mündlichen Streitverhandlung	21
4. Das Gutachten	
4.1. Eckpfeiler jedes Gutachtens	23
4.2. Das mündliche Gutachten	24
4.3. Die mündliche Erörterung des schriftlichen Gutachtens	25

Inhaltsübersicht

	Seite
5. Die Grenzen des gerichtlichen Sachverständigenbeweises	
5.1. Der (eigenmächtige) Erkundungsbeweis des Sachverständigen	26
5.2. Fachwissen und Beweiswürdigung	29
5.3. Tatfrage und Rechtsfrage	30
6. Schlussbemerkungen	30
Anhang: Kleine Checkliste für Einsteiger	
1. Übernahme und Prüfung des Auftrages	33
2. Ausführen des Auftrages – Gefahren bei der Erstellung des schriftlichen Gutachtens	34
3. Die Vorbereitung auf den Auftritt vor Gericht	36
4. Verhalten außerhalb der Verhandlung – Die Befundaufnahme ohne Richter	36
5. Der Auftritt vor Gericht	36

1. Streit vor Gericht als Methode der Konfliktbearbeitung

1.1 Konflikte sind kein soziales Übel

Die demokratische Gesellschaft lebt von der zivilisierten Auseinandersetzung, in der man seine Standpunkte und Interessen artikuliert, ohne dem anderen abzusprechen, dass er einen abweichenden Standpunkt und andere Interessen haben darf. Auf der Basis eines optimistischen Menschenbildes sind die **Richtigkeitsüberzeugung und die Gewissensentscheidung des Individuums die letzten uns zugänglichen moralischen Instanzen**. Niemand hat das Recht, sich im Besitz der einzigen Wahrheit zu glauben, um sie in der Folge unter Berufung auf ihren endgültigen Charakter seinen Mitmenschen aufzuzwingen. Verweigere ich meinem Mitbürger die Anerkennung seiner ethischen Autonomie, verwehre ich ihm durch die Geringschätzung seines Gewissens auch die Respektierung seiner Würde als Mensch.

Hinter der positiven Bewertung des Streits der Meinungen steht aber nicht nur die Überzeugung, dass jeder Mensch (und seine Meinung) grundsätzlich gleich viel wert ist, sondern auch die **Annahme, dass der Streit Positives hervorbringen kann**, weil er alte Normen und Fakten in Frage stellt und den Blick für alternative Lösungen schärft. Aus These und Antithese soll die Synthese hervorgehen.

Wenn Konflikte zwischen Einzelnen und Gruppen die erwünschte Normalität sind, gilt es nur noch sicherzustellen, dass der Streit nicht destruktiv, sondern **konstruktiv** ausgetragen wird. Im Idealfall endet ein guter Streit nicht mit dem Sieg des einen über den anderen, sondern mit einem vernünftigen Kompromiss oder zumindest mit einem **beiderseitigen Erkenntnisgewinn, ohne dass die Beziehung zwischen den Streitparteien nachhaltig gestört bleibt**.

1.2. Streitkultur

Im **demokratischen Dienstleistungsstaat** gelten auch vor Gericht **Autoritätsargumente**, mit denen die Obrigkeit den Untertanen kraft ihrer staatlichen oder wissenschaftlichen Autorität – ohne Diskussion und Überzeugungsarbeit - verbindlich die Welt erklärt, nicht mehr viel.

Die Anrufung des Gerichts ist oft der letzte Versuch, den ausufernden Konflikt einander misstrauender Menschen mit zivilisierten Mitteln zu lösen. Der **streitbare Bürger**¹ erhebt den Anspruch, dass die **Repräsentanten der Rechtspflege** – Richter, Rechtsanwälte und Sachverständige – ihre Standpunkte unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen artikulieren und dass **nach einem offenen sachlichen Diskurs der wahre Sachverhalt ermittelt und das Gesetz richtig angewendet** wird. Er erwartet, dass die von Berufs wegen vor Gericht agierenden Personen gut ausgebildet sind und gut vorbereitet an den Fall herangehen, dass sie die ihnen vom Gesetz zugewiesene Rolle (und keine andere) ausfüllen, die anstehenden Probleme erkennen, klar und deutlich Standpunkte präsentieren,

¹ Die in diesem Text verwendeten personenbezogenen Ausdrücke umfassen Frauen und Männer (vgl. Art IV Abs 1 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG). Um Buchstaben zu sparen, verwendet der Autor meist das männliche Hauptwort.

sich auch nach außen erkennbar um Wahrheit und Recht bemühen² und am Ende der Auseinandersetzung – jeweils im Rahmen ihres Aufgabenbereichs – Lösungen anbieten.

Die **frühzeitige Offenlegung der rechtlichen und tatsächlichen Prämissen** erzeugt in Verbindung mit einer fairen und sachlichen Verhandlungsführung manchmal ein **Vertrauensverhältnis**, das die Parteien veranlasst, Vorschläge des Richters, die er sinnvoll begründen kann, zu akzeptieren – besonders, wenn sie den Parteien mehr nützen als das bestbegründete Urteil, das vielfach die wahren Probleme zwischen den Parteien nur punktuell oder gar nicht lösen kann.³

Wenn diese Erwartungen der Parteien enttäuscht werden, besteht die Gefahr, dass der Streit – die **konstruktive Uneinigkeit zwischen mehreren Akteuren** – in offene oder verdeckte **Feindseligkeit** umschlägt, dass die **Streitkultur** auf der Strecke bleibt und die alten Klischees bedient werden:

- Der Richter bestelle einen Sachverständigen, der ihm möglichst viel Arbeit (Beweisaufnahme, Beweiswürdigung, rechtliche Beurteilung, ja sogar die faktische Prozessleitung) abnimmt. Ohne sich mit den Methoden und den Ergebnissen des Gutachtens inhaltlich auseinanderzusetzen, unterschreibe er - „im Namen der Republik“ - das Urteil des Sachverständigen.
- Der Rechtsanwalt sei ein reiner Lobbyist, der vor dem Gutachten den Sachverständigen für seine Interessen manipulieren und danach dessen fachliche Qualifikation und persönliche Integrität mit rhetorischen Tricks untergraben wolle.
- Der Sachverständige agiere als Richter ohne Kontrolle, der seinen absoluten Wahrheitsanspruch aus der (faktischen) Unanfechtbarkeit seiner Behauptungen ableite.

Wer die Streitkultur vor Gericht subtiler beschädigen will, greift zu jener Waffe, die alle Intellektuellen beherrschen: **Kultiviere die Unklarheit, bleibe vage und mehrdeutig, drücke Einfaches kompliziert und Triviales schwierig aus** und verwende eine beeindruckend tiefsinnig klingende Sprache, um am Gesprächspartner vorbeizureden, bei ihm Verwirrung zu stiften, Missverständnisse zu provozieren und damit die inhaltliche Diskussion verweigern.

Richter, Rechtsanwälte und Sachverständige müssen daher zur Aufrechterhaltung der Streitkultur im Rechtsstreit jene spezielle Verantwortung wahrnehmen, die *Poppe*⁴ jedem Intellektuellem abverlangt: Er hat das Privileg und die Gelegenheit zu studieren, dafür schuldet er es seinen Mitmenschen (oder der „Gesellschaft“), die Ergebnisse seines Studiums in der einfachsten, klarsten und bescheidensten Form darzustellen. **„Wer es nicht einfach und klar sagen kann, der soll schweigen und weiterarbeiten, bis er es klar sagen kann.“**

² Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit: „Justice must not only be done, it must also be seen to be done“ oder in den Worten des Verfassungsgerichtshofes (JBI 1987, 511): „Es muss nicht nur Recht gesprochen werden, sondern es hat auch augenscheinlich zu sein, dass Recht gesprochen wird.“

³ *Schragel*, Verfahrenstechnik im Zivilprozess, RZ 1978, 21 (25).

⁴ Auf der Suche nach einer besseren Welt, München 1990, 100.

2. Berufsethos und Rollenverständnis

2.1. Der Sachverständige

Sachverständiger ist gemäß § 125 Z 1 StPO eine Person, die auf Grund besonderen Fachwissens in der Lage ist, beweis erhebliche Tatsachen festzustellen (**Befundaufnahme**) oder aus diesen rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen und sie zu begründen (**Gutachtenserstattung**).

Der Sachverständige versteht sich als ein (von den Parteien) unabhängiger, zur Objektivität und Unparteilichkeit verpflichteter **Gehilfe** des Gerichtes und als Teil der Rechtspflege, der dem Gericht – als Gehilfe – fremdes Erfahrungswissen verschafft und – als **Beweismittel** – die Kenntnis von Tatsachen vermittelt.⁵ Er hat nie eine – über Wahrheit oder Unwahrheit, über Recht oder Unrecht – urteilende Funktion, er bleibt immer Informations- und Erkenntnisquelle. Den Erkenntnis- und Willensakt der Wahrheitsfindung kann er dem Richter nicht abnehmen, doch die richterliche Entscheidung kann durch die fachliche Qualität des Gutachtens – auf der Tatsachenebene – an Überzeugungskraft gewinnen.⁶

Der Sachverständige schwört „bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, dass ich die Gegenstände des Augenscheins sorgfältig untersuchen, die gemachten Wahrnehmungen treu und vollständig angeben und den **Befund und mein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft** (der Kunst, des Gewerbes) angeben werde; so wahr mir Gott helfe“.⁷ Er ist **vertrauenswürdig** (§ 2 Abs 2 Z 1 lit. e SDG) und er lebt in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen (§ 2 Abs 2 Z 1 lit. h SDG). Charakterstärke, Gesetzestreue und Korrektheit zeichnen ihn ebenso aus wie unbeirrbar und unerschütterliche **Zuverlässigkeit** und hohe Zahlungsmoral gegenüber privaten und öffentlichen Gläubigern.⁸

2.2. Der Rechtsanwalt

Er versteht sich als durch Ausbildung, Verschwiegenheit, Vertrauenswürdigkeit, Unabhängigkeit, Bindung an sein Gewissen und soziale Kompetenz ausgezeichneter Berater, Beistand oder Vertreter seiner Partei in allen ihren öffentlichen und privaten Angelegenheiten. Er fühlt sich aber auch berufen, engagiert für die Erhaltung von Freiheit und Rechtsfrieden einzutreten und zur Vermeidung und außergerichtlichen Lösung von Konflikten beizutragen.⁹

Erste Berufspflicht des Rechtsanwaltes ist die **Treue zu seiner Partei**¹⁰, deren Rechte er gegen jedermann mit Eifer und Gewissenhaftigkeit zu vertreten hat. Er ist gemäß § 9 Abs 1 Rechtsanwaltsordnung (RAO) befugt, alles, was er nach dem Gesetz zur Vertretung seiner

⁵ Pkt. 1.1 der Zusammenfassung der von den Sachverständigen allgemein anerkannten Standespflichten in der Delegiertenversammlung des Hauptverbandes der allgemein beeideten (und gerichtlich zertifizierten) Sachverständigen Österreichs vom 4. April 1992 in der ergänzten Fassung vom 25. Mai 2013 (Standesregeln); *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 1996; SZ 49/67; MietSlg 44.782.

⁶ *Schiller*, Richter – Sachverständigen, Rechte – Pflichten, Sach 1996/4, 3.

⁷ § 5 Abs 1 des Bundesgesetzes über die allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher (SDG).

⁸ *Krammer/Schmidt*, SDG-GebAG³ § 10 SDG E 27 ff mwN.

⁹ Vorbemerkung der Vertreterversammlung zu den Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwaltsanwärter (RL-BA 1977).

¹⁰ § 10 RL-BA 1977. Diese „Richtlinien“ gelten als Verordnung (*Feil/Wennig*, Anwaltsrecht, 8. Aufl., Vorbemerkungen zu den RL-BA 1977 Rz 1); AnwBl 2004/7908, 67.

Partei für dienlich erachtet, unumwunden vorzubringen und Angriffs- und Verteidigungsmittel in jeder Weise zu gebrauchen, welche seinem Auftrag, seinem Gewissen und den Gesetzen nicht widerstreiten.

Im Rahmen der Gesetze, sachlich, ohne beleidigendes Beiwerk und mit adäquatem Inhalt darf der Rechtsanwalt an von ihm wahrgenommenen Mängeln **am Gerichtsbetrieb Kritik üben und dabei seine Meinung frei und unumwunden zum Ausdruck bringen**.¹¹ Der in § 9 Abs 1 RAO enthaltene Rechtfertigungsgrund bedeutet, dass Beschuldigungen, die der Rechtsanwalt erhebt, die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich haben, sodass es zu einer **Beweislastumkehr** kommt. Nicht der Rechtsanwalt hat die Wahrheit seiner Beschuldigung oder seine Gutgläubigkeit zu beweisen, sondern ihm muss nachgewiesen werden, dass er nicht gutgläubig war. Er darf grundsätzlich auf die Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vertrauen. Ergeben sich aber **erhebliche Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit**, ist dieses Vertrauen nicht mehr gerechtfertigt und er hat dem Mandanten „die sich abzeichnenden rechtlichen Folgen kundzutun“¹² Der Rechtsanwalt schuldet zwar „Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit“ (§ 9 Abs 1 Satz 1 RAO) und Sorgfalt, aber nicht den Prozesserverfolg, so wie der Arzt nur eine Behandlung lege artis, aber nicht die Heilung des Patienten schuldet.

Da es „erste Pflicht“¹³ des Klienten ist, seinem Rechtsanwalt alle Tatsachen (nach seinem Verständnis) wahrheitsgemäß mitzuteilen, muss der Rechtsanwalt eine **vollständige Klienteninformation**, solange sich gegen ihre Richtigkeit keine erheblichen Anhaltspunkte ergeben, nicht auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen.¹⁴ Die dem Rechtsanwalt in § 9 Abs 1 RAO auferlegte Pflicht, die übernommenen Vertretungen gesetzesgemäß (vgl. die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht gemäß §178 ZPO) zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten, verbietet es, dass er **wissentlich** unrichtige Behauptungen aufstellt, um sich oder seinem Klienten Vorteile zu verschaffen.¹⁵ Auch wenn der Rechtsanwalt bewusst eine unwahre Angabe eines anderen bestätigt, begeht er eine Ehre und Ansehen seines Standes beeinträchtigende Berufspflichtverletzung. Es genügt, dass er sich bei Gericht selbst als Zeuge für die Wahrheit einer Behauptung namhaft macht, deren Unwahrheit ihm bekannt ist.¹⁶ Mangels ausreichender Information durch den Klienten muss der Rechtsanwalt so lange **auf eine Klarstellung oder Vervollständigung hinwirken**, bis keine erheblichen Bedenken gegen ihre Richtigkeit mehr bestehen. Erst dann darf er die Klienteninformation als Tatsachenbehauptung vor Gericht verwerten.¹⁷ Wenn es um die **Ableitung von Rechtsfolgen** aus Tatsachen(behauptungen) geht, darf der Rechtsanwalt auch falsche Standpunkte einnehmen, solange sie wenigstens mit einem Teil der Rechtsprechung oder der Lehre übereinstimmen und daher **vertretbar** sind.¹⁸ Informiert er seinen Mandanten über die eingeschränkten Erfolgsaussichten und über das Kostenrisiko, darf er auch ohne eigenes Haftungsrisiko **gegen eine etablierte Rechtsprechung ankämpfen**, weil immer auch die Möglichkeit der Änderung einer einhelligen höchstgerichtlichen Judikatur besteht.¹⁹

Rechtsanwälte dürfen daher, wenn sie eine Berufspflicht ausüben, behaupten, dass ein anderer – etwa in einem Sachverständigengutachten – die **Unwahrheit** sagt.²⁰ Eine sachlich berechnete Kritik kann aber wegen ihrer beleidigenden und ausfälligen Form **die dem Gericht schuldige Achtung verletzen**.²¹ Bereits fahrlässig unkorrekte Formulierungen

¹¹ AnwBl 2001/7745, 278 (Strigl); AnwBl 1991/3873, 639.

¹² RIS-Justiz RS0106940.

¹³ RIS-Justiz RS0106940 (T7).

¹⁴ RIS-Justiz R 026628 (T4).

¹⁵ AnwBl 2003/7882, 418 (Strigl).

¹⁶ AnwBl 1967/542, 32; AnwBl 1973/237, 222.

¹⁷ RIS-Justiz RS 0106940 (T7); AnwBl 1988/2996, 671.

¹⁸ *Harrer in Schwimann*, ABGB, 3. Aufl., § 1300 ABGB Rz 15 mwN.

¹⁹ MietSlg 32.228; SZ 58/165.

²⁰ *Feil/Wennig* Anwaltsrecht, 8. Aufl., § 9 RAO Rz 16.

²¹ MietSlg 44.745, 44.744.

verletzen die Berufspflicht des Rechtsanwaltes und beeinträchtigen Ehre und Ansehen des Standes.²² Die anwaltliche Behauptung, ein gerichtlich bestellter Sachverständiger habe offenbar ein **Gefälligkeitsgutachten** erstattet, kann daher als Vorwurf der falschen Beweisaussage (§ 288 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB)) aufgefasst werden. Erhebt Rechtsanwalt eine solche Unterstellung **ohne Anhaltspunkte für ihre Wahrheit**, verstößt er gegen § 9 RAO.²³

Wenn ein Rechtsanwalt **gegen einen Sachverständigen Ansprüche durchzusetzen** hat, darf er gemäß § 2 RL-BA nur solche Mittel anwenden, die mit **Gesetz, Anstand und Sitte** vereinbar sind. Er darf weder Ansprüche mit unangemessener Härte verfolgen noch sachlich nicht gerechtfertigte Druckmittel ankündigen oder anwenden. Vor Androhung einer Strafanzeige muss der Rechtsanwalt nicht prüfen, ob die von seinem Mandanten geäußerten Anschuldigungen der Wahrheit entsprechen, sofern sie sich nicht durch offenkundige Umstände widerlegen lassen.²⁴ **Unwahre aktenwidrige Behauptungen** gegen den gerichtlich bestellten Sachverständigen bilden die anwaltlichen Disziplinarvergehen der Berufspflichtverletzung und der Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes. Auch unter Termindruck ist die vorherige Überprüfung des Vorwurfs eines als Betrug strafbaren Verhaltens gegen den Gerichtssachverständigen durch sorgfältiges Aktenstudium unerlässlich.²⁵ Auch ein **Antrag auf Streichung eines Sachverständigen aus der Sachverständigenliste**, ist, sofern sachlich gerechtfertigt, ein dem Rechtsanwalt erlaubtes Angriffsmittel.²⁶ Kontaktiert ein Rechtsanwalt, nachdem er zuvor vergeblich alle gesetzlichen Mittel ausgeschöpft hatte, die gerichtliche Bestellung eines Sachverständigen zu verhindern, den Sachverständigen hinter dem Rücken des Gerichts und des gegnerischen Rechtsanwalts, kann „ohne Zweifel seine Absicht unterstellt werden“, auf den Sachverständigen **unzulässig Druck** dahin auszuüben, dass er seine Bestellung zum Sachverständigen von sich aus ablehnt. Eine derartige Einflussnahme ist ein im Gesetz nicht vorgesehenes, gegen § 9 RAO verstoßendes Mittel.²⁷

2.3. Der Zivilrichter

Der Richter ist im österreichischen Zivilprozess – nicht nur in der Erwartungshaltung der „Rechtskunden“, sondern auch von Gesetzes wegen (§§ 179, 180, 182, 182a, 258, 432 ZPO) – **kein zurückhaltender Moderator, sondern ein engagierter Verfahrensgestalter**, der bei der Stoffsammlung zumindest gleichrangig vor die Parteien tritt. Er soll dem aufgeklärten Ideal eines Interpreten gerecht werden, der den wahren Sachverhalt ermittelt, ohne das Verfahren mit irrelevanten Beweisaufnahmen zu überfrachten, und das Gesetz **frei von persönlichen (insbesondere „arbeitsökonomischen“) Interessen und Karrierestreben** auslegt.²⁸ Dazu gehört auch die Fähigkeit zum selbstständigen Urteil, das mehr ist als das Ergebnis mühevollen Protokollierens und ermüdenden Nachblätterns in Akten, Büchern und Datenbanken. Dieser Idealrichter ist „gesetzesloyal, entschlossfähig, zivilcouragiert und voll Gerechtigkeitssinn, er handelt stets solidarisch, übt Macht konstruktiv aus und vereint in sich Kooperationsfähigkeit mit Fairness, dabei verstehen sich Stress- und Frustrationstoleranz von selbst“.²⁹ Die real existierende Richterschaft mag mit dem so umschriebenen Übermenschen nicht allzu viel gemein haben.

²² RIS-Justiz RS0120395.

²³ AnwBl 1993, 683.

²⁴ AnwBl 1987/259, 281.

²⁵ AnwBl 1989/3135, 346.

²⁶ AnwBl 1964,37.

²⁷ Feil/Wennig, Anwaltsrecht, 8. Aufl., § 9 RAO Rz 11.

²⁸ Somek, Richterethos und Moraltheorie, RZ 1985, 265 (267); vgl. Erläut RV ZVN 2002, 962 BlgNR 21.GP, 26.

²⁹ Ein „profilierendes“ Richterbild des Landes Niedersachsen als Zielvorgabe bei der Auswahl des Richternachwuchses, zitiert nach Hager, Richterdienstrecht und Meinungsfreiheit – aktuelle Tendenzen, Zeitschrift für Beamtenrecht 1990, 311 (318).

Im Rahmen seiner **Anleitungspflicht** hat der Richter auf die Parteien einzuwirken, damit sie ihrer Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht nachkommen. Er hat gemäß § 182 ZPO durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen tatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen.

Im Rahmen seiner **Wahrheitsforschungspflicht** hat er kraft der diskretionären Gewalt (§ 183 ZPO) – auch gegen den Willen beider Parteien – das Recht alle Beweise aufzunehmen, von denen er Aufklärung über erhebliche Tatsachen erwarten kann. Diese diskretionäre Gewalt, die ihm erlaubt, Beweise über Tatsachen aufzunehmen, die keine Partei behauptet hat (Ausforschungs- oder Erkundungsbeweis)³⁰, ist gemäß § 183 Abs 2 ZPO nur durch den übereinstimmenden Widerspruch beider Parteien gegen die Heranziehung von Urkunden und Zeugen beschränkt; ein übereinstimmender Widerspruch gegen Augenschein, Sachverständigenbeweis und Parteienvernehmung ist wirkungslos.

Eine derart **aktive richterliche Verfahrensgestaltung setzt engagierte Richterpersönlichkeiten voraus**, die den Akt genau studieren, sich auf die Verhandlung eingehend vorbereiten, entschlossfreudig sind und den Prozessablauf fest in der Hand haben. „Für manchen Richter mag es angenehmer sein, die Anträge der Parteien abzuwarten und sich von ihnen den Gang des Verfahrens vorschreiben zu lassen – diese Grundhaltung ist aber mit der Rechtspflegeaufgabe des Richters im sozialen Rechtsstaat unvereinbar.“³¹

Richterliche Urteilskraft äußert sich in der Fähigkeit und im Willen zur **Reduktion von (scheinbarer) Komplexität** und zur Zuspitzung der breit dargelegten Standpunkte auf wenige **mündlich vermittelbare Argumente**. Die Kunst des Richtens ist eine Kunst des Analysierens.³² Der typische Feind des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens ist ein **Kult der Unklarheit**, der sich in einer tiefsinnig klingenden Sprache äußert, mit der Trivialitäten als höhere Weisheit verkauft werden. Diesem Feind, der den Konflikt durch **Verwirrungstaktik** am Leben erhält, können österreichische Zivilrichter mit ihrem Werkzeug, der Zivilprozessordnung, wirksam entgegentreten. Leider misstraut der österreichische Gesetzgeber den friedensrichterlichen Fähigkeiten seiner Zivilrichter so sehr, dass er zur Förderung der „Bereitschaft, sich dem Mediator und dem Gegenüber zu öffnen“, die Mediation der Beichte gleichstellt und Mediatoren wie Geistliche behandelt (§ 320 Z 2 und Z 4 ZPO), um das Mediationsgeschehen aus dem Zivilprozess zu verbannen.³³

3. Der Gerichtsgutachter

3.1. Der wahre Richter?

Mit dem **Sachverständigen** tritt im Prozess eine Person neben den Richter, die durch ihren Expertenstatus und den damit oft verbundenen Wahrheitsanspruch im Gerichtsalltag von vielen als **der wahre Richter** angesehen wird. Auch den Richter (und noch mehr den Rechtsanwalt) beschleicht hin und wieder das Gefühl, er sei dem Spezialisten ausgeliefert, wenn der Gutachter in einer tiefsinnig klingenden Sprache an der Sache vorbeiredet und sein Fachvokabular dazu benutzt, um die inhaltliche Diskussion zu verweigern. Mancher gerichtlich bestellte Gutachter erlebt wiederum die mündliche Erörterung seines Gutachtens

³⁰ *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 659; *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, 10ff; JBl 1972, 478; RZ 1972/16.

³¹ *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 665.

³² *Bauer aaO*, 6.

³³ Erläut RV 24 BlgNR 22.GP 37.

vor Gericht als überflüssigen und unfairen Angriff auf seine fachliche Qualifikation und auf seine persönliche Integrität, hat er doch schon ein perfektes schriftliches Gutachten vorgelegt. Daraus resultiert nicht nur ein psychologisches Spannungsverhältnis, sondern gelegentlich auch die Gefahr, dass nicht ein „unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht“ (Art 6 Abs 1 EMRK), sondern ein Sachverständiger über die geltend gemachten Ansprüche entscheidet. Während die Rechtsfrage durch mehrere Instanzen geprüft werde, sei die vom Gutachter entschiedene **Tatfrage de facto unüberprüfbar**. Der Richter folge ausnahmslos den Empfehlungen des Experten, ohne sich mit seinen Prämissen, seinen Methoden und mit seinen Ergebnissen inhaltlich auseinanderzusetzen. Er werde zum Automaten, der die urteilsreif zusammengefassten Ergebnisse des Sachverständigen nur noch „Im Namen der Republik“ unterschreibt.

3.2. Die Auswahl des Sachverständigen

Sachverständiger ist eine Person, die aufgrund besonderen Fachwissens in der Lage ist, beweishebliche Tatsachen festzustellen (Befundaufnahme) oder aus diesen Tatsachen für die rechtliche Beurteilung relevante Schlüsse zu ziehen und sie zu begründen.³⁴ Der Richter kann jede Person zum Sachverständigen bestellen, die eine besondere Sachkunde besitzt, gleichgültig ob diese Kenntnisse das Ergebnis der Beobachtung des täglichen Lebens, wissenschaftlicher Forschung, gewerblicher oder künstlerischer Betätigung sind.³⁵ Die Auswahl des Sachverständigen im Zivilprozess ist durch den Grundsatz der **freien richterlichen Beweiswürdigung** (§ 272 ZPO) geprägt. Dadurch soll (auch) der Tendenz einer Monopolisierung von Fachwissen bei einzelnen Berufsgruppen für das gerichtliche Sachverständigenwesen entgegengetreten werden. Für das Gericht muss der **freie Zugang zum Fachwissen** ohne Rücksicht auf die Interessen einzelner Berufe gesichert bleiben. Ob ein Sachverständiger, der die erforderliche Sachkunde für den konkreten Fall besitzt, nach der Eintragung in die Sachverständigenliste³⁶ zu einer gewissen Tätigkeit „befugt“ ist, ist für das Gerichtsverfahren nicht wesentlich. Zum Sachverständigen kann jede Person bestellt werden, die über besondere Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, wie immer sie diese erworben hat.³⁷ Die **Zertifizierung für ein Fachgebiet** hat zwar Indizwirkung, weil § 351 Abs 1 ZPO den Richter in erster Linie auf die „öffentlich bestellten“ Sachverständigen verweist, doch kommt es vor allem auf das **Vertrauen des Richters in die persönliche Integrität, die Unparteilichkeit und die fachliche Qualifikation** des Sachverständigen an, weshalb die Auswahl des Sachverständigen als Ermessensentscheidung an keine konkreten gesetzlichen Vorgaben gebunden werden kann.³⁸ Die Beurteilung, ob ein Sachverständigengutachten zur Feststellung eines bestimmten Sachverhalts ausreicht oder ob zusätzliche Erhebungen (etwa durch einen **zweiten Gutachter**) erforderlich sind, ist ein Akt der Beweiswürdigung, weshalb auch die Abweisung eines Antrages auf Beiziehung eines zweiten Sachverständigen ein Akt der freien Beweiswürdigung ist.³⁹ Hält der Richter ein von ihm bestelltes Gutachten für ungenügend, kann er ein weiteres einholen und sich in seinem Urteil ohne Ergänzung des Erstgutachtens auf das Zweitgutachten stützen.⁴⁰ Ausgehend davon, dass der Sachverständige dem Richter jenes Fachwissen verschafft, das er selbst nicht besitzt, kann jenseits der Wissensgrenze des Richters nur dieses Vertrauen die für den Beweis notwendige richterliche Überzeugung von der Richtigkeit des Gutachtens

³⁴ § 125 Z 1 StPO.

³⁵ Fasching, Zivilprozessrecht² Rz 999.

³⁶ § 2 Abs 1 Sachverständigen- und Dolmetschergesetz (SDG).

³⁷ OLG Wien 12 R 104/99y; Vgl. § 353 ZPO.

³⁸ OGH 2 Ob 8/06z; 5 Ob 1006/92; RIS-Justiz RS0040578; RS0040566; RS0040607.

³⁹ OGH 3 Ob 68/14t; RIS-Justiz RS0097380; RS0040586; RS0097433; RS0043163.

⁴⁰ OGH 6 Ob 4/09w; RIS-Justiz RS0040588.

vermitteln.⁴¹ Die **Beurteilung, ob ein Sachverständiger über die nötigen Fachkenntnisse verfügt**, ist demnach ebenfalls eine Frage der Beweiswürdigung.⁴²

Aus diesem Grund erfolgt die Sachverständigenbestellung immer von Amts wegen, ohne dass den Parteien (abgesehen von Ablehnungsgründen) ein Mitspracherecht bei der Auswahl der sachverständigen Person zustünde. Der in § 351 ZPO vorgesehene Anhörung der Parteien vor Bestellung einer konkreten Person zum Sachverständigen kommt keine besondere Bedeutung zu, weil ihre Unterlassung keinen Verfahrensmangel bildet.⁴³ Diesem Defizit an Kontrollrechten der Parteien könnte de lege ferenda entgegengewirkt werden: Um zu vermeiden, dass ein Richter für ein Fachgebiet ohne sachlich begründbares Vertrauen (sondern aus Gewohnheit, Sympathie oder Desinteresse) immer einen bestimmten Sachverständigen bestellt (auch wenn es für die relevanten Fragen bessere Experten gebe), bietet sich – wie beim Urkunden- und Zeugenbeweis (§ 183 Abs 2 ZPO) – eine gesetzlich verankerte Bindung des Richters an die gemeinsame Ablehnung eines konkreten Sachverständigen durch beide Parteien an.

Unter der Leitung des Richters soll ein Prozessprogramm erstellt werden, das den Zeithorizont und die Reihenfolge der Beweisaufnahmen vorgibt. Bestandteil dieses Prozessprogramms ist die Auswahl des Sachverständigen, an der die Parteien insoweit mitwirken können, als ihnen § 351 ZPO ein Anhörungsrecht zubilligt, dessen Missachtung aber keinen Verfahrensmangel darstellt.⁴⁴

Nimmt der Sachverständige schon an der vorbereitenden Tagsatzung teil, können sich alle Beteiligten von seiner Persönlichkeit und von seiner fachlichen Qualifikation ein Bild machen. Gemeinsam mit (als „informierten Personen“ im Sinne des § 258 Abs 2 ZPO an der Tagsatzung teilnehmenden) Privatgutachtern kann dafür gesorgt werden, dass die Parteien „ihren“ Zivilprozess unmittelbarer erleben und mitgestalten können, wodurch mancher aus Misstrauen, Unverständnis und Missverständnis resultierender, für die Entscheidung in der Sache nutzloser Streit erst gar nicht aufkommen kann. Dass durch das Reden „die Leut' zusammenkommen“ – die ZPO betont das Mündlichkeitsprinzip⁴⁵ - und konstruktiver an der Konfliktlösung arbeiten, ist ein willkommener Nebeneffekt.

Bei Zweifeln an seiner Kompetenz für Teile des Gutachtensauftrags hat der Sachverständige den Richter zu informieren und ihm zumindest nach den Standesregeln des Hauptverbandes des Gerichtssachverständigen⁴⁶ die Bestellung eines weiteren Sachverständigen vorzuschlagen. Nicht zuletzt aufgrund des für die Beweiswürdigung notwendigen Vertrauens des Richters in die Sachkunde und in die persönliche Integrität des Sachverständigen trifft ihn gerade im Gerichtsverfahren die Pflicht zur persönlichen Gutachtenserstattung. Die bloße Sanktionierung der unkontrollierten, selbstständigen Arbeit von anderen Personen durch Unterfertigung als gerichtlich bestellter Sachverständiger ist nicht nur nach den Standesregeln⁴⁷ unstatthaft, sie kann auch als Inkompetenz aufgefasst werden, entzieht der bestellte Sachverständige dadurch dem Richter seine spezifischen Sachkenntnisse doch genau so, als hätte er diese Kenntnisse gar nicht.

Der Beschluss, mit dem ein Sachverständiger bestellt oder enthoben wird, ist Bestandteil des Prozessprogramms und daher gemäß §§ 291 Abs 1, 515 ZPO – wohl nur wegen

⁴¹ Schiller, Richter-Sachverständiger, Rechte-Pflichten, SV 1996/4, 3.

⁴² OGH 3 Ob 230/11m; RIS-Justiz RS0098078.

⁴³ OGH 5 Ob 1006/92; 7 Ob 682/83; RIS-Justiz RS0040631; OLG Wien 12 R 104/99y; aA OLG Wien 17 R 139/00m.

⁴⁴ SV 1999, 182; MietSlg 44.782; EFSlg 44.027; offenbar aA OLG Wien SV 2000, 175.

⁴⁵ RIS-Justiz RS0120713.

⁴⁶ Punkt 2.2 der Standesregeln des Hauptverbandes der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs.

⁴⁷ Punkt 2.6 der Standesregeln des Hauptverbandes der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs.

(behaupteter) „unrichtiger“ Beweiswürdigung – erst mit dem Rechtsmittel gegen die nächste anfechtbare Entscheidung oder gegen die Entscheidung über die Hauptsache anfechtbar.⁴⁸

3.3. Befangenheit des Sachverständigen

3.3.1. Sein und Schein

Befangenheit ist die Hemmung einer unparteilichen Entscheidung durch unsachliche psychologische Motive.⁴⁹ Gerichtlich bestellte Sachverständige können im Zivilprozess aus denselben Gründen wie Richter abgelehnt werden (§ 355 Abs 1 ZPO); das sind neben den Ausschließungsgründen (§ 20 JN) die äußerst allgemein formulierten Befangenheitsgründe des § 19 Z 2 JN. Sie sind befangen, „wenn ein zureichender Grund vorliegt, ihre Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen“ (§§ 19 Z 2, 20 JN; § 355 Abs 1 ZPO; §§ 47, 126 Abs 4 StPO); schon dann, wenn nach dem äußeren objektiven Anschein begründete Besorgnis besteht, dass sie sich nicht ausschließlich von sachlichen Motiven leiten lassen.

Nach dem subjektiven Maßstab kommt es auf die persönliche Überzeugung an, nach dem zusätzlich anzulegenden objektiven Maßstab wird unabhängig von der inneren Einstellung geprüft, ob nachweisbare Tatsachen Anlass zu Zweifeln an der Unparteilichkeit geben; ob konkrete Umstände dargetan werden, die geeignet erschienen, aus der Sicht eines objektiven Beurteilers die volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen.⁵⁰ Dabei kommt dem äußeren Anschein – verstanden als naheliegender Zweifel an der vollen Unvoreingenommenheit⁵¹ – eine besondere Bedeutung zu.⁵² Im Interesse des Ansehens der Gerichtsbarkeit ist ein strenger Maßstab anzulegen.⁵³

Typische Befangenheitsgründe sind **Angehörigenverhältnisse**, **Freundschaft** oder **Feindschaft** zu einer Partei, **unsachliche** persönliche Bemerkungen zu Parteien oder Parteienvertretern, (frühere) **Berater**tätigkeit für eine Partei, insbesondere die (entgeltliche) Erstattung eines **Privatgutachtens** vor dem Prozess⁵⁴, aber auch die **therapeutische** Behandlung des (später) Beschuldigten vor dem Strafprozess⁵⁵; dies wird wohl auch für die therapeutische Behandlung des späteren Klägers vor dem zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess gelten. Denn der Umstand, dass der Sachverständige den zu begutachtenden Betroffenen über einen längeren Zeitraum als Arzt therapeutisch behandelt hat, lässt bei einem objektiven Beobachter Zweifel an der Unvoreingenommenheit als Sachverständiger entstehen.⁵⁶ Dass der Gerichtsgutachter in derselben Sache **auch Zeuge** ist, bildet allerdings gemäß § 355 Abs 1 ZPO für sich allein keinen Ablehnungsgrund. Bloße Wahrnehmungen von jenem Patienten, über den im Rechtsstreit ein Gutachten abgegeben werden soll, begründen ebenso wenig eine Befangenheit wie Bedenken einer Partei gegen die fachliche Eignung des Sachverständigen oder die Veröffentlichung einer Fachmeinung zum Beweisthema. Erst eindeutige Hinweise, dass ein Sachverständiger seine **Meinung nicht nach Maßgabe von Verfahrensergebnissen zu ändern bereit** ist, können seine Unbefangenheit beeinträchtigen.⁵⁷

⁴⁸ OGH 6 Ob 35/13k; 4 Ob 137/05h; RIS-Justiz RS0120052; RS0040311.

⁴⁹ RIS-Justiz RS0096880.

⁵⁰ RIS-Justiz RS0096914; RS0096880.

⁵¹ RIS-Justiz RS0097054.

⁵² RIS-Justiz RS0120757; EGMR 5.2.2009 Bsw 22330/05.

⁵³ OGH 2 Ob 43/11d.

⁵⁴ RIS-Justiz RS0040656; JBI 1989, 452.

⁵⁵ OGH 15 Os 65/09m.

⁵⁶ OGH 15 Os 65/09m.

⁵⁷ OGH 6 Ob 235/05k; RIS-Justiz RS0114514.

Die Tatsache, dass der Sachverständige bereits gegen Entgelt ein **Privatgutachten für einen im Strafprozess Privatbeteiligten** erstattet hatte, ist geeignet, den nicht bloß subjektiven Anschein einer Befangenheit des Sachverständigen zu erwecken, der ungeachtet seiner Fachkunde und seiner Integrität beachtlich ist.⁵⁸

Auch **wirtschaftliche Interessen des Gerichtsgutachters** (resultierend aus Abhängigkeiten, Konkurrenz, Interesse an Geschäftsgeheimnissen einer Partei), die er im Zuge der Begutachtung verfolgen kann, begründen Befangenheit. Gleiches gilt für sein „rechtliches“ **Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang**, weil er etwa selbst eine Tätigkeit entfaltet, deren Zweckmäßigkeit im Rechtsstreit beurteilt wird.⁵⁹

In erster Linie kommen als Befangenheitsgründe für den Gerichtsgutachter **private persönliche Beziehungen** zu einer Prozesspartei in Betracht, die ein Naheverhältnis begründen, das bei objektiver Betrachtung zumindest geeignet ist, den Anschein einer Voreingenommenheit zu begründen. Auch ein **Naheverhältnis zu Zeugen** kann eine Befangenheit begründen, zumal bei widersprüchlichen Beweisergebnissen nicht nur das Beurteilungsvermögen des dem Zeugen nahestehenden Richters⁶⁰ im Rahmen der Beweiswürdigung beeinflusst werden kann, sondern durch ein solches Naheverhältnis und darin begründete emotionale Komponenten auch das sachverständige Beurteilungsvermögen – zumindest dem Anschein nach - leiden kann. Soll tatsächlich die Befassung des Gerichts auf jene Fälle reduziert werden, in denen sich eine „**informelle außergerichtliche Zusammenarbeit**“⁶¹ des Sachverständigen mit den Parteien als unmöglich erweist, entspricht es dem Gebot der Fairness, dass der Sachverständige den Parteien alle Ergebnisse seiner Befundaufnahme zugänglich macht, Einwendungen der Parteien gegen seine Vorgangsweise bei der Befundaufnahme und gegen die Erhebungsergebnisse im Befund festhält und zu diesen Einwendungen Stellung nimmt.⁶² Es besteht **keine gesetzliche Grundlage dafür, dass Beweisurkunden nur dem Sachverständigen zugänglich gemacht werden** und sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert.⁶³ Ein Urteil darf nicht auf ein Sachverständigengutachten gestützt werden, das seinerseits auf Unterlagen basiert, die den Parteien nicht zugänglich waren.⁶⁴

Verständigt der Gerichtsgutachter nicht alle Parteien von der **Befundaufnahme** oder gibt er nicht allen Parteien Gelegenheit, dabei anwesend zu sein, darf es ihn nicht überraschen, wenn die übergangene Partei seine Unbefangenheit in Zweifel zieht.⁶⁵ Da das **rechtliche Gehör** einer Partei, die an einer Beweisaufnahme nicht mitwirken kann, nicht verletzt wird, wenn ihr nachfolgend Gelegenheit gegeben wird, ihren Standpunkt zu diesem Beweisergebnis darzulegen⁶⁶, liegt **allein** in der unterlassenen Verständigung einer Partei von einer Befundaufnahme – ohne weitere Verdachtsmomente – noch kein zureichender Grund, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen.⁶⁷

Auch **Naheverhältnisse zwischen dem Entscheidungsträger und dem Gutachter** sind kritisch zu hinterfragen: „Steht ein zur Berichterstattung berufenes Senatsmitglied in einem Verwandtschaftsverhältnis zu jenem Sachverständigen, der in der Rechtssache mit einer Gutachtenserstattung beauftragt ist, so kann eine Verfahrenspartei berechtigterweise Sorge

⁵⁸ RIS-Justiz RS0098233.

⁵⁹ *Jelinek*, Befangenheit des Sachverständigen im Zivilprozess, in *Rant* (Hrsg.), Sachverständige in Österreich, 324.

⁶⁰ RIS-Justiz RS0045935 (für Richter).

⁶¹ MGA-ZPO¹⁵ Ergänzungsheft 2002, Anmerkung zu § 359 ZPO.

⁶² *Krammer*, Die „Allmacht“ des Sachverständigen – Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit, Wien 1990, 24.

⁶³ RIS-Justiz RS0119631.

⁶⁴ OGH 6 Ob 245/07h; RIS-Justiz RS0123031.

⁶⁵ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² § 359 ZPO Rz 1.

⁶⁶ OGH 3 Ob 27/06a.

⁶⁷ OLG Graz 3 R 1/11h.

haben, dass die Verfahrensergebnisse in „**wohlwollender**“ **Interpretation des Gutachtens** gefunden werden.“⁶⁸

Gelegentlich wird die Unparteilichkeit akademisch interessierter und wissenschaftlich tätiger und publizierender Richter und Sachverständiger angezweifelt.⁶⁹ Die **Veröffentlichung einer Meinung** zu einem Fachthema gibt aber noch keinen begründeten Anlass für die Befürchtung einer Voreingenommenheit, solange nicht aus weiteren Umstände entnommen werden kann, der Verfasser werde nicht bereit seine, seine vorläufig gewonnene Meinung bei Auftauchen neuer Beweisergebnisse unvoreingenommen zu würdigen und ihnen durch **Änderung seiner Fachmeinung** auch Rechnung zu tragen.⁷⁰ Nur eindeutige Hinweise, dass ein Entscheidungsträger seine **Meinung nicht nach Maßgabe von Verfahrensergebnissen zu ändern bereit** ist, können seine Unbefangenheit beeinträchtigen.⁷¹

Meinungsverschiedenheiten in Fachfragen sind nicht im Ablehnungsverfahren auszutragen. § 355 Abs 2 ZPO will verhindern, dass der Sachverständige zwar formell wegen eines Befangenheitsgrundes, tatsächlich aber deshalb abgelehnt wird, weil sein Gutachten einer Partei ungünstig erscheint.⁷² Zweck der Ablehnung wegen Besorgnis einer Befangenheit ist nicht die Abwehr einer unrichtigen Rechtsauffassung des Richters⁷³ oder eines unrichtigen Gutachtens des Sachverständigen. Die Ablehnung soll nicht ermöglichen, dass sich Parteien ihnen nicht genehmer Sachverständiger entledigen können.⁷⁴

Die bloße **Besichtigung jenes Gegenstandes vor dem Rechtsstreit**, über den im Rechtsstreit ein Gutachten abgegeben werden soll⁷⁵, begründet ebenso wenig eine Befangenheit wie ein **unrichtiges Gutachten**⁷⁶ oder Bedenken gegen die **fachliche Eignung** des Sachverständigen⁷⁷. Das Argument, jeder von einem Amtshaftungsverfahren betroffene Richter oder jeder von einem **Haftungsprozess** betroffene Gerichtsgutachter sei im weiteren Verfahren befangen, ist nicht stichhältig, weil es sonst jede Partei in der Hand hätte, den Richter durch Erhebung einer Amtshaftungsklage an der weiteren Ausübung seines Amtes⁷⁸ und durch Erhebung einer Feststellungs- oder Schadenersatzklage gegen den bestellten Gutachter an der **freien Beweiswürdigung bei Auswahl des Sachverständigen** zu hindern.

Gemäß § 8 RL-BA ist der **Kontakt des Rechtsanwaltes mit Zeugen – und wohl auch mit Sachverständigen** – vor und auch während eines anhängigen Verfahrens zulässig; jedoch muss jede Form der unzulässigen **Beeinflussung** vermieden werden. Wenn schon kein Verbot für den Rechtsanwalt besteht, mit Sachverständigen vor und während der Gutachtertätigkeit „außergerichtlich“ auch über das Beweisthema zu sprechen, muss zumindest an die **Anscheinsprüfung** - inwieweit dabei eine Beeinflussung versucht wird – ein strenger Maßstab angelegt werden.⁷⁹ Es stellt noch keinen Ablehnungsgrund dar, wenn der Sachverständige außerhalb des Prozesses Anfragen einer Partei zur Auslegung seines Gutachtens beantwortet.⁸⁰ Der Sachverständige muss aber darauf achten, dass er bei der vom Gesetzgeber erwünschten „außergerichtlichen Zusammenarbeit“⁸¹ mit

⁶⁸ 10 Bkd 10/09.

⁶⁹ 6 Nc 18/11s.

⁷⁰ RIS-Justiz RS009696; 6 Ob 235/05k.

⁷¹ RIS-Justiz RS0114514.

⁷² RIS-Justiz RS0040665; 4Ob36/72 (4Ob37/72)

⁷³ OGH 6 Ob 93/05b.

⁷⁴ Sach 2006, 105.

⁷⁵ *Klauser/Kodek*, 17. Aufl., § 355 ZPO E 2.

⁷⁶ RdW 2003/258; Sach 1987/2.

⁷⁷ EFSIlg 105.858; Sach 1984/2; Sach 1983/2.

⁷⁸ OGH 6 Ob 213/05z.

⁷⁹ AnwBI 2000/7696, 622.

⁸⁰ RIS-Justiz RS0040675; 2Ob353/66 (2Ob354/66).

⁸¹ § 359 Abs 2 ZPO; RV 962 BIGNR, 21.GP, 37.

Parteienvertretern nicht durch **Leichtgläubigkeit, Vertrauensseligkeit oder Sendungsbewusstsein** – durch den Drang, mit fragwürdigen Methoden der Wahrheit und Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen oder den Schwächeren zu schützen – seine eigene **Vertrauenswürdigkeit** untergräbt.

3.3.2. Die prozessuale Behandlung des befangenen Gerichtsgutachters

Der **Sachverständige** hat nach seiner Beauftragung **unverzüglich** durch Aktenstudium oder erste informative Ermittlungen zu prüfen, ob er für den Gutachtensauftrag die erforderliche Unbefangenheit besitzt und seine **Bedenken dem Richter mitzuteilen**. Die schuldhafte Unterlassung der Anzeige seiner Befangenheit führt nicht nur zum **Verlust des Gebührenanspruchs**⁸², sie kann den bestellten Sachverständigen auch dann für den **Ersatz der Kosten** des deshalb mit einem anderen Sachverständigen neu durchzuführenden Verfahrens haftbar machen, wenn sein Gutachten richtig war⁸³.

Der den Sachverständigen wegen Befangenheit Ablehnende hat gemäß § 355 Abs 2 ZPO **bei der ersten Gelegenheit** – es trifft sie **keine Nachforschungsobliegenheit**⁸⁴ - eine mit allen **Gründen** versehene Ablehnungserklärung abzugeben und auf Verlangen des Gerichts diese Ablehnungsgründe **glaubhaft** zu machen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines **unübersteiglichen Hindernisses** nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Unter diesen Voraussetzungen kann ein Sachverständiger auch noch im Verfahren zweiter Instanz abgelehnt werden.⁸⁵ Selbst eine Ablehnung in dritter Instanz ist möglich.⁸⁶

Jede Prozesshandlung in Kenntnis des Ablehnungsgrundes bewirkt den Ausschluss seiner Geltendmachung. Wird die Befangenheit in der mündlichen Verhandlung bekannt, ist **sofort der Ablehnungsantrag** zu stellen. Der Ablehnungswerber darf sich davor bei sonstigem Verlust des Ablehnungsrechts auch nicht mehr auf gerichtliche Vergleichsgespräche einlassen.⁸⁷ Auch in jenen Fällen, in denen der behauptete **Ablehnungsgrund sich aus dem erstatteten Gutachten ergibt**, muss die Ablehnungserklärung bei der ersten Gelegenheit erfolgen, sonst ist sie verspätet.⁸⁸ Die Kenntnis des Ablehnungswerbers vom behaupteten Ablehnungsgrund muss sich auf jene Tatsachen beziehen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen. Kennen müssen reicht nicht aus, die Parteien trifft **keine Nachforschungsobliegenheit**.⁸⁹

Für den Gerichtsgutachter ist die **frühzeitige Offenlegung aller Fakten**, aus denen Ablehnungsgründe abgeleitet werden können, nicht nur empfehlenswert, um das Vertrauen aller Beteiligten in seine Unvoreingenommenheit zu wahren; das Unterlassen einer solchen Offenlegung kann ihn auch schadenersatzpflichtig machen.⁹⁰

Das **bereits erstattete Gutachten** des mit Erfolg abgelehnten Sachverständigen darf nicht mehr als Prozessstoff berücksichtigt werden; das Gericht hat vielmehr im Sinne des § 362 Abs 2 Satz 2 ZPO sofort eine neuerliche Begutachtung durch einen anderen, unbefangenen

⁸² OLG Innsbruck 4 R 148/09k.

⁸³ OGH 6 Ob 238/12m.

⁸⁴ RIS-Justiz RS0045992.

⁸⁵ OGH 7 Ob 53/12p.

⁸⁶ OGH 2 Ob 184/11i.

⁸⁷ OGH 3 Ob 133/04m.

⁸⁸ RIS-Justiz RS0040673; 10 ObS 249/88.

⁸⁹ RIS-Justiz RS0045992; *Jelinek*, Befangenheit des Sachverständigen im Zivilprozess, in *Rant* (Hrsg), Sachverständige in Österreich, 328.

⁹⁰ OGH 6 Ob 238/12m.

Sachverständigen anzuordnen.⁹¹ Der erfolgreich abgelehnte Sachverständige darf im Verfahren als **sachverständiger Zeuge** Auskunft über von ihm im Zuge seiner Befundaufnahme wahrgenommene Tatsachen geben.⁹²

Über die Ablehnung entscheidet gemäß § 356 Abs 1 ZPO grundsätzlich der erkennende Richter, der ersuchte oder beauftragte Richter nur während der Beweisaufnahme durch den von ihm bestellten Gutachter.⁹³ Vor der Entscheidung kann der Richter – ohne weitwendiges Zwischenverfahren⁹⁴ – die Parteien und den Sachverständigen zur Äußerung auffordern.⁹⁵ Die **Enthbung** des Sachverständigen wegen einer Ablehnung ist gemäß § 366 Abs 2 ZPO unanfechtbar; dagegen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.⁹⁶ Die **Verwerfung der Ablehnung** ist gemäß § 366 Abs 1 ZPO nicht durch ein abgesondertes Rechtsmittel anfechtbar.⁹⁷

Die Heranziehung von Befund und/oder Gutachten eines befangenen Sachverständigen als **Grundlage von Urteilsfeststellungen** bewirkt zwar keine Nichtigkeit, kann aber ein wesentlicher **Verfahrensmangel** (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO) sein⁹⁸, der bei Geltendmachung in der Berufung und abstrakter Eignung zur Herbeiführung eines unrichtigen, für den Berufungswerber nachteiligen Urteils zu dessen Aufhebung führt. Das Berufungsgericht überprüft dabei den Beschluss des Erstgerichts, mit dem die Ablehnung des Sachverständigen verworfen wurde. Wurde dieser Beschluss nicht mit einer Begründung ausgefertigt, kann das Berufungsgericht einen „aufklärenden Bericht“ des Erstgerichts oder die Ergänzung des Beschlusses um seine Begründung auftragen.⁹⁹

Nach Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache kann weder der Sachverständige wegen Befangenheit abgelehnt werden noch kann eine erst jetzt hervorgekommene Besorgnis einer Befangenheit des Sachverständigen den Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO verwirklichen.¹⁰⁰ Die Enthbung des Sachverständigen wegen einer Ablehnung ist gemäß § 366 Abs 2 ZPO unanfechtbar. Die Verwerfung der Ablehnung ist gemäß § 366 Abs 1 ZPO nicht durch ein abgesondertes Rechtsmittel anfechtbar. Wenn der Richter das Gutachten eines erfolgreich abgelehnten Sachverständigen in seinem Urteil verwertet, wird dadurch kein Nichtigkeitsgrund, sondern nur ein (nicht von Amts wegen wahrzunehmender) Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO verwirklicht.

3.4. Der Auftrag an den Sachverständigen

Diskussion:

Der **Sachverständige erhält** von einem ihm unbekanntem Richter **kommentarlos Gerichtsakten** mit dem Auftrag, ein Gutachten „im Sinne des Prozessprogramms zu verfassen“, das wiederum lautet: „Beweis wird über die wechselseitigen Behauptungen der Parteien zugelassen“.

⁹¹ OGH 7 Ob 252/09y, 3 Ob 284/01p.

⁹² OGH 3 Ob 80/10a; RIS-Justiz RS0040558.

⁹³ *Jelinek*, Befangenheit des Sachverständigen im Zivilprozess, in *Rant* (Hrsg), Sachverständige in Österreich, 328,

⁹⁴ *Jelinek*, Befangenheit des Sachverständigen im Zivilprozess, in *Rant* (Hrsg), Sachverständige in Österreich, 328 mwN.

⁹⁵ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² §§ 355, 356 ZPO Rz 8.

⁹⁶ OGH 17 Ob 14/11z.

⁹⁷ Im bezirksgerichtlichen Beweissicherungsverfahren ist die Verwerfung der Ablehnung eines Sachverständigen selbständig anfechtbar; 7 Ob 121/08g.

⁹⁸ OGH 10 ObS 316/02x.

⁹⁹ 10 ObS 286/88; *Klauser/Kodek* 17. Aufl., § 366 ZPO E 10.

¹⁰⁰ OGH 5 Ob 552/94; RIS-Justiz RS0040662; SV 1994/4; JBI 1976, 599; EvBI 1974/66.

3.4.1. Auftrag als Rahmen

Der Richter soll dem Sachverständigen im Gutachtensauftrag darlegen, von welchem feststehenden (außer Streit stehenden oder als **Arbeitshypothese** zu Grunde gelegten) Sachverhalt der Sachverständige ausgehen und mit den Mitteln seiner Fachkunde auf weitere Tatsachen schließen soll, welche **Beweise** der Sachverständige **ohne den Richter** aufnehmen soll (§ 359 Abs 2 ZPO), welche **Tatsachen** er **ermitteln** soll, ob der Sachverständige bei mehreren ins Kalkül einbezogenen Sachverhaltsvarianten zu jeder dieser **Varianten** (oder bloß zu einzelnen vom Richter vorgegebenen) ein Gutachten abgeben soll. Auf keinen Fall sollen im Gutachtensauftrag jene Tatsachenbehauptungen zusammengefasst werden, deren rechtliche Tragweite dem Richter noch nicht klar geworden ist. Es sollen vielmehr die **Streitpunkte** (aber auch die in Wahrheit nicht oder kaum umstrittenen Punkte) klar zu Tage treten und es sollen die **Weichen für den Ablauf des Verfahrens** gestellt werden. Gerade in komplexen Verfahren bietet sich die Gelegenheit, auf Basis von **fundierten Rechtsansichten** den **Streit auf die wesentlichen Punkte zu beschränken** (§ 189 Abs 1 ZPO), nachdem sich Richter, Sachverständige und Parteien zuvor intensiv mit der Behauptungs-, der Beweis- und der Rechtslage befasst haben. Richterliche Urteilskraft äußert sich in der Fähigkeit und im Willen zur **Reduktion von (oft scheinbarer) Komplexität** und zur Zuspitzung der breit dargelegten Standpunkte auf wenige **mündlich vermittelbare Argumente**. Die Kunst des Richtens ist eine Kunst des Analysierens. Da ein erheblicher Bestand an Rechtsansichten für den Richter berufsnotwendig ist, kann niemand erwarten, dass er meinungslos an die Entscheidung einer Sache herangeht. Die Äußerung einer **rechtlichen Arbeitshypothese im Gutachtensauftrag** kann kein Grund sein, an seiner Unbefangenheit zu zweifeln. Um zu verhindern, dass der Richter, dem es an Fachwissen fehlt, die „Fruchtbarmachung spezifischen Expertenwissens“¹⁰¹ verhindert, ist die **Wahl der Methoden**, mit der der Sachverständige seinen Auftrag erfüllt, Aufgabe des Sachverständigen.¹⁰²

3.4.2. Variantengutachten

Sind jene Tatsachen, an die das Gutachten des Sachverständigen anknüpfen soll – etwa der Ablauf eines mehrstündigen chirurgischen Eingriffs –, noch ungeklärt und lassen sie sich allein durch eine Befundaufnahme des Sachverständigen nicht klären, muss der Richter zunächst Zeugen und Parteien (die an der Operation beteiligten Personen) vernehmen und durch diese Beweisergebnisse eine Befundgrundlage für den Sachverständigen schaffen. Kommen aufgrund divergierender Aussagen der Parteien und Zeugen **mehrere Sachverhaltsvarianten** in Betracht, muss eine Entscheidung getroffen werden, ob der Sachverständige sein **Gutachten auf Basis einer Sachverhaltsvariante** oder für jede Variante ein gesondertes Gutachten erstatten soll. Diese **das Verfahren leitende Entscheidung** darf der Richter weder dem Sachverständigen noch den Parteienvertretern überlassen. Wenngleich auch die richterliche Entscheidung für ein Gutachten auf Basis einer Variante nur eine vorläufige (vorbehaltlich anderer Beweisergebnisse) sein kann, liegt die darin enthaltene **Beweise würdigende Komponente** auf der Hand, sodass eine Delegation an den Sachverständigen oder an die Rechtsanwälte nicht nur unzulässig (Beweiswürdigung ist Richtersache), sondern auch extrem **konfliktträchtig** ist.¹⁰³

¹⁰¹ RIS-Justiz RS0119439.

¹⁰² OGH 6 Ob 51/13p.

¹⁰³ Tanczos in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten², 68.

3.4.3. Strategiebesprechung und gemeinsame Auftragsformulierung

In komplexeren Fällen empfiehlt es sich, nicht nur den Sachverständigen zur **Erarbeitung einer aussagekräftigen Befundgrundlage** für die Gutachtenserstattung im Rahmen der mündlichen Streitverhandlung an der Befragung von Parteien und Zeugen mitwirken zu lassen, sondern schon im Rahmen der vorbereitenden Tagsatzung mit den Parteien und dem Sachverständigen eine „**Strategiebesprechung**“ abzuhalten. Manchmal ist auch eine „**Befund-Tagsatzung**“ (einschließlich **gemeinsamer Festlegung der Beweisaufnahmen und Formulierung des Gutachtensauftrages**) mit dem Gerichtsgutachter und den Privatgutachtern der Parteien sinnvoll. Der Privatgutachter kann die **Befundgrundlagen aufbereiten und Formulierungsvorschläge für den Auftrag** an den gerichtlich bestellten Sachverständigen erstatten. Der gerichtlich bestellte Sachverständige bekommt dadurch rechtzeitig Gelegenheit, selbst **fachkundige Fragen an die Parteien und Zeugen, aber auch an die Privatgutachter** (als informierte Personen [§ 258 Abs 2 ZPO]) zu stellen, auf die der Richter mangels Fachkunde gar nicht käme. So kann er sich – in ständigem Kontakt mit seinem richterlichen Auftraggeber und den Parteien – in einer kontradiktorischen, das rechtliche Gehör und die sonstigen Parteien- und Zeugenrechte während der Streitverhandlung durch „**Mitwirkungshandlungen**“ (§ 359 Abs 2 ZPO) von Parteien, Zeugen und „**Privatbefundern**“ jenes Befundmaterial verschaffen, das er als Basis für sein Gutachten benötigt.

Dadurch können unter Zuhilfenahme des Expertenwissens des Sachverständigen die **Tatsachenbehauptungen der Parteien präzisiert** werden, **relevante Fragen** der Parteien schon im Gutachten (und nicht erst in der mündlichen Gutachtenserörterung) beantwortet werden und **Zweifel** des Sachverständigen über Umfang und Inhalt seines Auftrages erst gar nicht aufkommen.¹⁰⁴ § 404a Abs 2 dZPO normiert für Deutschland in diesem Zusammenhang: „Soweit es die Besonderheit des Falles erfordert, soll das Gericht den Sachverständigen vor Abfassung der Beweisfrage hören, ihn in seine Aufgabe einweisen und ihm auf Verlangen den Auftrag erläutern.“

3.5. Der Sachverständige als Gehilfe und Beweismittel

3.5.1. Kein Hilfsrichter

Der Sachverständige ist ein von den Parteien unabhängiges, zur Objektivität verpflichtetes **Hilfsorgan** des Gerichts, das dem Gericht als Gehilfe fremdes Erfahrungswissen verschafft (und dabei auch an der richterlichen Fragestellung mitwirken darf) und als **Beweismittel** die Kenntnis von Tatsachen vermittelt.¹⁰⁵ Die Stellung als Hilfsorgan kommt in der ZPO vor allem in § 355 ZPO (Ablehnung wie gegen Richter), § 359 ZPO (Recht auf „Mitteilung“ der Unterlagen und auf Mitwirkung der Parteien „oder dritter Personen“) und § 362 Abs 1 ZPO

¹⁰⁴ Hat der Sachverständige (weil diese Vorgangsweise nicht eingehalten wurde) Zweifel über den Umfang und Inhalt seines Auftrages oder erkennt er die Unzulänglichkeit des Auftrages („Ein Gutachten im Sinne des Prozessprogramms zu verfassen“, das wiederum lautet: „Beweis wird über die wechselseitigen Behauptungen der Parteien zugelassen“), muss er beim Gericht – allerdings nur unter gebührenrechtlichen Aspekten (§ 25 Abs 1 GebAG) – auf Klarstellung drängen. Insbesondere darf er sein Gutachten nicht eigenmächtig auf die ihm wesentlich erscheinenden Punkte ausdehnen (*Fasching*, Die Erstellung von Sachverständigengutachten und ihre Bekämpfung im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, SV 1992/1, 11.) Schweigt der Richter auf die Anfrage des Sachverständigen, wird „jede nach dem ursprünglichen Wortlaut des Auftrages noch vertretbare Vorgangsweise des Sachverständigen zu akzeptieren sein, ohne dass der Sachverständige dafür gebühren- oder haftungsrechtliche Nachteile zu befürchten hat“ (*Krammer*, Die Rechte des Sachverständigen, SV 1994/3, 31 [34]).

¹⁰⁵ OGH 5 Ob 1006/92; 7 Ob 28/76; *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 1996; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ vor § 351 Rz 1.

(„Besichtigung von Personen, Sachen, Örtlichkeiten“) zum Ausdruck. Verlässlichen Sachverständigen kann gemäß § 170 Abs 2 der Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (GeO) auch der **Gerichtsakt anvertraut** werden. Zu den Aufgaben des Sachverständigen gehört es gemäß § 359 Abs 2 ZPO, notwendige Unterlagen beizuschaffen und einen Augenschein oder sonstige Beweisaufnahmen anzuregen, die zur Durchführung des Gutachtensauftrags notwendig sind.¹⁰⁶ Es besteht aber keine gesetzliche Grundlage dafür, dass **Beweisurkunden nur dem Sachverständigen zugänglich** gemacht werden und sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert.¹⁰⁷ Ein Urteil darf nicht auf ein Sachverständigengutachten gestützt werden, das auf Unterlagen basiert, die den Parteien nicht zugänglich waren.¹⁰⁸ Der Sachverständige hat **nie eine urteilende Funktion**, er bleibt immer Informations- und Erkenntnisquelle. Durch die fachliche Autorität des Gutachtens gewinnt allerdings die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft (Legitimationsfunktion des Gutachters).¹⁰⁹ Nicht zuletzt aufgrund des notwendigen Vertrauens des Richters in die Fachkunde und in die persönliche Integrität des Sachverständigen trifft ihn die Pflicht zur persönlichen Gutachtenserstattung. Er darf nur **Hilfskräfte** beiziehen, die unter seiner fachlichen Anleitung arbeiten und kein abgesondert als Gutachten verwertbares Ergebnis produzieren.¹¹⁰

Diskussion:

In einem Zivilprozess um den Werklohn für die Errichtung eines Einfamilienhauses bestellt der Richter einen Architekten mit folgendem Zusatz zum Sachverständigen: „Die erforderlichen Subsachverständigen mögen im eigenen Wirkungsbereich beigezogen werden“

Der Architekt lässt die Standfestigkeit des Gebäudes von einem Statiker überprüfen; die Parteien weigern sich, die hierfür entstandenen Kosten zu übernehmen.

Die Auswahl und Bestellung von **Hilfs- oder Subgutachtern** ist ein Akt der Beweiswürdigung und daher **dem Richter vorbehalten**; ihre Einbeziehung in das Gerichtsverfahren durch den bestellten gerichtlichen Sachverständigen entspricht nicht dem Gesetz.¹¹¹ Ermächtigt der Richter den Sachverständigen, einen Subgutachter beizuziehen, der als Grundlage für die Beantwortung der dem Sachverständigen vorgelegten Fragen Befund und Gutachten auf einem anderen Fachgebiet erstatten soll, ohne diesen Subgutachter mit Beschluss zu bestellen, liegt darin ein Verstoß gegen die **richterliche Bestellungspflicht** des § 351 Abs 1 ZPO. Der Vertrag zwischen dem gerichtlich bestellten Sachverständigen und dem Subgutachter kann **kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis** begründen und der Subgutachter kann daraus **keinen Gebührenanspruch gegen die Republik Österreich** ableiten.¹¹²

3.5.2 Befund und Augenschein

Der zivilgerichtliche Augenschein ist die **unmittelbare Sinneswahrnehmung des Richters** von Personen und Sachen im Zuge oder aus Anlass eines Rechtsstreits. Im gerichtlichen Strafverfahren ist „Augenschein“ gemäß § 149 Abs 1 Z 1 StPO jede unmittelbare sinnliche

¹⁰⁶ OGH 6 Ob 51/13p; RIS-Justiz RS0123031.

¹⁰⁷ RIS-Justiz RS0119631.

¹⁰⁸ OGH 6 Ob 245/07h; RIS-Justiz RS0123031.

¹⁰⁹ *Schiller*, Richter-Sachverständiger, Rechte-Pflichten, SV 1996/4, 3.

¹¹⁰ Die Beiziehung derartiger Hilfskräfte ist schon deshalb nicht rechtswidrig, weil im Gebührenanspruchsgesetz für sie eine Entlohnung vorgesehen ist (LGZ Wien 43 R 586/79).

¹¹¹ OLG Graz 8 Rs 85/89.

¹¹² OLG Wien 16 R 73/96i.

Wahrnehmung und deren Dokumentation durch Ton- oder Bildaufnahme, soweit es sich nicht um eine Vernehmung handelt. Er kann gemäß § 149 Abs 2 StPO durch die Kriminalpolizei, aber auch durch den damit beauftragten Sachverständigen im Rahmen der Befundaufnahme durchgeführt werden. Seine Ergebnisse sind aber nur dann verlässlich, **wenn der Richter das Wahrgenommene versteht und wahrheitsgemäß auswertet und feststellt**. Ohne spezifisches Fachwissen wird ihm das bei komplexen Sachverhalten nicht gelingen. Aus diesem Grund erfolgt der Augenschein entweder durch den Richter unter Hinzuziehung des Sachverständigen zur Tagsatzung – dann bleibt er gemäß § 368 Abs 1 ZPO gerichtlicher Augenschein – oder der Sachverständige nimmt den Beweisgegenstand in Abwesenheit des Richters allein in Augenschein.

Im zuletzt genannten Fall ist der Augenschein ein echter Sachverständigenbeweis, den § 362 Abs 1 ZPO „**Befund**“ nennt und als „**Beschreibung der besichtigten Gegenstände**“ bezeichnet, die für das „Verständnis und die Würdigung des Gutachtens von Belang ist“. Das ändert aber nichts daran, dass die **Tatsachenfeststellung Sache des Richters** bleibt, der im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung auf Basis anderer Beweisergebnisse (insbesondere auf Basis des Befundes eines anderen Sachverständigen) zu einem abweichenden Urteilssachverhalt kommen kann. Stellt der Sachverständige „für den Richter und an dessen Stelle Tatsachen fest“¹¹³, sollen dafür grundsätzlich die Regeln der ZPO über die Beweisaufnahmen anzuwenden sein. Das bedeutet vor allem, dass – soweit dies tunlich und möglich ist – zur **Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien** deren Anwesenheit bei den Ermittlungen des Sachverständigen gewährleistet sein muss.¹¹⁴

*Krammer*¹¹⁵ schlägt – **de lege ferenda** – vor, gerichtlich bestellte Sachverständige allgemein zu verpflichten, die **Ergebnisse ihrer Befundaufnahme den Parteien vorzulegen**, Einwendungen der Parteien gegen ihre Vorgangsweise bei der Befundaufnahme und gegen die Erhebungsergebnisse im Befund festzuhalten und zu diesen Einwendungen Stellung zu nehmen. Soweit der Richter dem Sachverständigen keine bestimmten Aufträge erteilt, hat er nach *Krammer*¹¹⁶ das Recht, den Ablauf seiner Ermittlungen eigenverantwortlich zu gestalten. Er hat insbesondere¹¹⁷ das Recht auf Terminbestimmung für die Befundaufnahme (allerdings „im Einvernehmen“ mit den Parteien und ihren Vertretern), auf eigenverantwortliche Gestaltung der Befundaufnahme, auf Beiziehung der erforderlichen Hilfskräfte und auf Einholung von Hilfsbefunden (aber nicht von Hilfsgutachten), schließlich das Recht auf Unterstützung durch den Richter.

¹¹³ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² § 359 ZPO Rz 1.

¹¹⁴ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² § 359 ZPO Rz 1.

¹¹⁵ Die „Allmacht“ des Sachverständigen – Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit, Wien 1990, 24.

¹¹⁶ Die Rechte des Sachverständigen, 34.

¹¹⁷ vgl. auch *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG, 3. Aufl., § 25 GebAG E 13, 14, 17ff.

3.5.3 Mitwirkungshandlungen (Aussagen, Vorlage von Urkunden und Augescheinsgegenständen) der Parteien und „dritter Personen“ (§ 359 Abs 2 ZPO)

§ 359 Abs 2 ZPO normiert: „Benötigt der Sachverständige die **Mitwirkung der Parteien oder dritter Personen** und wird ihm diese auf seine **Aufforderung** nicht unverzüglich geleistet, so hat der Sachverständige dies dem Gericht unter genauer Auflistung der erforderlichen Mitwirkungshandlungen und der entgegenstehenden Hindernisse mitzuteilen. Das **Gericht** hat sodann, mit abgedondert nicht anfechtbarem Beschluss, **den Parteien das Erforderliche aufzutragen** und ihnen hiefür eine angemessene Frist zu setzen. Dieser Zeitraum ist in die dem Sachverständigen für die Begutachtung gesetzte Frist nicht einzurechnen. Kommen die Parteien der Aufforderung des Gerichts nicht fristgerecht nach, so hat der Sachverständige sein **Gutachten ohne Berücksichtigung des Fehlenden** zu erstatten. Werden die fehlenden Informationen noch vor Ausarbeitung des Gutachtens nachgebracht, so hat sie der Sachverständige sogleich zu berücksichtigen, ansonsten hat er ein **Ergänzungsgutachten** zu erstatten. Die Kosten dieses Gutachtens tragen unabhängig vom Verfahrensausgang die säumigen Parteien zur ungeteilten Hand.“

3.6. Gerichtsgutachter und Privatgutachter

Für den Beweis durch **gerichtlich bestellte Sachverständigengutachten** enthält die ZPO einen eigenen Abschnitt (§§ 351 bis 367 ZPO); sie sind daher im Zivilprozess, in dem sie erstattet werden, **keine Urkunden**.¹¹⁸ Urkunden im Sinne der ZPO sind Schriftstücke (Aufzeichnungen von Gedanken in menschlicher Schrift), die Tatsachen festhalten.¹¹⁹

3.6.1. Privatbefund

Wenn ein Mensch vor Gericht sinnliche Wahrnehmungen schildert, ohne sie zu bewerten oder daraus Schlüsse zu ziehen, ist er funktionell Zeuge. Die Wahrnehmungen („**Privatbefund**“) eines Privatgutachters können daher als **Zeugenaussage, Urkunde und Augescheinsgegenstand** in den Prozess eingeführt werden.¹²⁰ Auch der wegen Befangenheit erfolgreich abgelehnte Gerichtssachverständige kann im selben Beweisverfahren über jene Tatsachen, die er im Rahmen seiner Tätigkeit als Sachverständiger wahrgenommen hat, als Zeuge einvernommen werden.¹²¹ Ob der Richter der reinen **Wahrnehmungsschilderung** des gerichtlich bestellten Befunders oder jener des Privatbefunders glaubt, ist ein Akt der Beweiswürdigung, sodass im Ergebnis der privat erhobene Befund den im Auftrag des Richters erhobenen Befund widerlegen kann.¹²²

3.6.2. Privatgutachten

¹¹⁸ RIS-Justiz RS0040463.

¹¹⁹ *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 944.

¹²⁰ *Tanczos/Pochmarski/Konrad*, Kosten und Nutzen des Privatgutachtens im Bauprozess, bauaktuell 2014, 9.

¹²¹ *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 1010.

¹²² OGH 14 Os 82/09d; RIS-Justiz RS 0118421.

Privatgutachten sind Privaturkunden, die lediglich beweisen können, dass ihr Inhalt der Ansicht ihres Verfassers entspricht.¹²³ Sie sind **nicht als Sachverständigengutachten** anzusehen: Nur der gerichtlich bestellte Sachverständige ist befugt, aus dem von ihm erhobenen Befund Schlussfolgerungen zu ziehen, die Grundlage der gerichtlichen Entscheidung sein können.¹²⁴ In der Praxis weichen außerdem oft die **Fragestellung** (der private Gutachtensauftrag) und die zur Verfügung gestellte **Befundgrundlage** (manchmal nur die subjektiven Angaben einer Partei) vom gerichtlichen Auftrag und von der gerichtlichen Befundgrundlage weit ab. Der Zivilrichter ist nicht verpflichtet, **Widersprüche** zwischen einem Privatgutachten und dem Gutachten des von ihm bestellten Sachverständigen aufzuklären. Er kann sich ohne weitere Erhebungen dem ihm als verlässlich erscheinenden Gerichtsgutachter anschließen.¹²⁵

3.6.3. Rolle des Privatgutachters im Prozess

Ein **als Berater tätiger Privatgutachter** ermöglicht insoweit eine Kontrolle des gerichtlich bestellten Gutachtens, als er während des Beweisverfahrens alle Verfahrensergebnisse laufend bewerten, das – im gerichtlichen Alltag nicht immer nachvollziehbare und nachprüfbar – Gerichtsgutachten in eine für die Partei verständliche Sprache **übersetzen und Adaptierungen der Prozesstaktik ermöglichen** kann. Ist die Partei mit den durch das Privatgutachten offengelegten Prämissen und Schlussfolgerungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht einverstanden, kann sie mit Hilfe des Privatgutachters ihr **Fragerecht** an den Gerichtsgutachter wirksam (weil auf Fachwissen beruhend) ausüben. Im **Strafprozess** darf der Verteidiger seiner Gegenäußerung zur Anklageschrift (die sich auf Befund und Gutachten eines Sachverständigen stützt), gemäß § 222 Abs 3 letzter Satz StPO eine „Stellungnahme samt Schlussfolgerungen“ eines Privatgutachters anschließen. In der Hauptverhandlung darf der **Privatsachverständige gemäß § 249 Abs. 3 StPO neben dem Verteidiger Platz nehmen**, ihn bei der Fragestellung unterstützen und selbst Fragen zu Befund und Gutachten an den Gerichtsgutachter richten. **Mit Sachverstand begründete Einwände** der Partei gegen das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen können den Gerichtsgutachter zu dessen **Ergänzung oder Änderung veranlassen**. Die auf ein Privatgutachten gestützte mündliche Gutachtenserörterung kann ein wirksames Instrument der Partei sein, Fehler, Lücken und Widersprüche im Befund und im gerichtlich bestellten Gutachten aufzuzeigen und dadurch die **Beweiskraft des Sachverständigengutachtens zu erschüttern**.

3.7. Die Teilnahme des Sachverständigen an der mündlichen Streitverhandlung

3.7.1. Mitwirkung in der vorbereitenden Tagsatzung

In der vorbereitenden Tagsatzung (§ 258 ZPO), dem ersten Teil der mündlichen Streitverhandlung, soll der Richter das Prozessthema mit den „**informierten Personen**“ (§ 258 Abs 2 ZPO) so deutlich und umfassend erörtern, dass jede Partei die bis dahin (nur) für den Richter rechtlich relevanten Gesichtspunkte kennen lernt und Gelegenheit erhält, dazu ein für ihren Prozesstandpunkt günstiges Vorbringen zu erstatten.

Der Richter hat gemäß § 180 Abs 3 ZPO dafür Sorge zu tragen, dass die Sache „**erschöpfende Erörterung** finde“. Der Rechtsanwalt ist gemäß § 9 Abs 1 Satz 2 RAO

¹²³ OGH 8 Ob129/13y; RIS-Justiz RS0040636.

¹²⁴ OGH 11 Os 51/13d; 17 Ob 21/10b; 12 Os 126/05d; 13 Os 77/04; RIS-Justiz RS0040363.

¹²⁵ OGH 8 Ob 110/02p; RIS-Justiz RS0040592.

befugt, unumwunden vorzubringen, was er nach dem Gesetz zur Vertretung seiner Partei für dienlich erachtet. Der Sachverständige darf als gerichtliches Hilfsorgan Parteien und dritte Personen befragen.¹²⁶ Durch unmittelbaren Kontakt mit den „informierten Personen“ in der vorbereitenden Tagsatzung können der Richter und der Sachverständige nach der Lektüre der Schriftsätze (die wie ein Milchglas den Blick auf die Wirklichkeit trüben können) Missverständnisse unter den Parteien aufklären, manchen Streitpunkt zwanglos – etwa durch ein **kurzes ad-hoc-Gutachten** des Sachverständigen – beseitigen und in einer **Atmosphäre des runden Tisches** entwaffnend ehrliche Sachverhaltsdarstellungen der „Naturalparteien“¹²⁷ erfahren, was wiederum wertvolle Rückschlüsse auf den Wahrheitsgehalt des anwaltlichen Tatsachenvorbringens (§ 272 Abs 1 ZPO) erlaubt. Sollte sich dabei das anwaltliche Tatsachenvorbringen als unwahr herausstellen, kann es noch ohne Gesichtsverlust für den Rechtsanwalt und ohne für die betroffene Partei nachteilige richterliche Beweiswürdigung (§ 272 Abs 1 ZPO) richtiggestellt werden.

Lässt der Richter den **Sachverständigen, der zuvor den Akt studiert hat**, an der vorbereitenden Tagsatzung teilnehmen, kann er ihm mündlich und schriftlich (im Tagsatzungsprotokoll) darlegen, von welchem feststehenden (außer Streit stehenden) oder als Arbeitshypothese zu Grunde zu legenden Sachverhalt der Sachverständige ausgehen soll, oder ob er – bei mehreren ins Kalkül einbezogenen Sachverhaltsvarianten – zu jeder (oder bloß zu einzelnen vom Richter vorgegebenen) dieser Varianten ein Gutachten abgeben soll. Gerade in komplexeren Fällen ermöglicht eine Strategiebesprechung mit dem Sachverständigen in der vorbereitenden Tagsatzung die Erarbeitung einer aussagekräftigen **Befundgrundlage**, weil die benötigten **Mitwirkungshandlungen der Parteien und dritter Personen** (§ 359 Abs 2 ZPO) in das Prozessprogramm einbezogen werden können. Wenn die Parteien als Argumentationshilfen Privatgutachten eingeholt haben, können in der „Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess“ die nur durch ein gerichtlich bestelltes Sachverständigengutachten beweisbaren, in diesen **Privatgutachten** enthaltenen Behauptungen präzise und verständlich formuliert werden, darauf aufbauend Fragen der Parteien schon im Gutachten (und nicht erst in der mündlichen Gutachtenserörterung) beantwortet und Zweifel des Gerichtssachverständigen über den Umfang und Inhalt seines Auftrages beseitigt werden.¹²⁸

3.7.2. Mitwirkung an der Einvernahme von Zeugen und Parteien

Der Sachverständige darf als gerichtliches Hilfsorgan an der richterlichen Fragestellung (vor allem bei komplexen Sachverhalten) mitwirken und auf ad hoc-Anfragen des Richters im Rahmen der Tagsatzung Auskünfte zu Detailproblemen (das sind in Wahrheit kleine Gutachten) geben. Sind jene Tatsachen, an die das Gutachten des Sachverständigen anknüpfen soll, noch ungeklärt, muss das Gericht zunächst Zeugen und Parteien vernehmen und diese „Befundgrundlage“ dem Sachverständigen mitteilen. Erhält er aber von vornherein Gelegenheit, selbst **fachkundige Fragen an die Zeugen** zu richten (auf die der Richter gar nicht käme), kann er sich – in ständigem Kontakt mit seinem Auftraggeber – in einer kontradiktorischen, das rechtliche Gehör währenden Streitverhandlung jenes Befundmaterial verschaffen, das er als Basis für sein Gutachten benötigt. Die bei Gericht befindlichen Gegenstände, Aktenstücke und Hilfsmittel, die er für die Beantwortung der Fragen benötigt, sind ihm „mitzuteilen“ (§ 359 Abs 1 ZPO).

Manchmal versuchen **Experten im Zeugenstand** dem richterlichen Laien besonders tiefgründige und geheimnisvolle Tatsachen auf besonders umständliche Weise mitzuteilen, die in allgemein verständlicher Sprache – hier kann der **Sachverständige als Dolmetscher**

¹²⁶ OGH 10 ObS 17/87; § 359 Abs 2 ZPO.

¹²⁷ Kodek in *Fasching/Konecny*, ZPO² § 258 Rz 28.

¹²⁸ *Tanczos*, Wünsche an die ARGE-Zivilprozess, SV 2006, 69.

fungieren – auch für den Laien schnell begreifbar, überprüfbar (und protokollierbar) sind. Der der Tagsatzung beigezogene Sachverständige kann aber auch die **(natur-)wissenschaftliche Unmöglichkeit/Unwahrscheinlichkeit einer Zeugenaussage** sofort (und nicht erst Wochen nach Ablegung der Zeugenaussage in seinem schriftlichen Gutachten) aufzeigen, den Zeugen sofort damit konfrontieren und damit wesentlich zu einer lebendigen Verhandlung und zur **Wahrheitsfindung** beitragen. Er kann die **Irrelevanz von Fragen** offen legen („Wie immer man diese Frage beantwortet, das Gutachten würde sich dadurch nicht ändern“) und nach Einvernahme der Zeugen und Parteien noch in der Tagsatzung an der **Adaptierung des Gutachtensauftrages** mitwirken.

Der OGH¹²⁹ hält die Befragung der Parteien und „allenfalls dritter Personen“ durch den Sachverständigen im Rahmen der Befundaufnahme für zulässig, stellt aber klar, dass darin keine nur dem Gericht vorbehaltene Parteien- oder Zeugenvernehmung liegt. Diese Entscheidung erging im Sozialrechtsverfahren, das nicht von der Parteienmaxime, sondern von einer abgeschwächten Form des Untersuchungsgrundsatzes getragen ist. Demgemäß erwähnt der OGH, dass nach § 87 Abs 1 ASGG „sämtliche notwendig erscheinenden Beweise von Amts wegen aufzunehmen“ sind.

4. Das Gutachten

4.1. Eckpfeiler jedes Gutachtens

Der (mit Hilfe des Sachverständigen adaptierte) **Auftrag** setzt den Rahmen, innerhalb dessen der Sachverständige das Objekt der Begutachtung unter **Verwertung anderer Beweismittel** (Augenscheinsgegenstände, Urkunden, Aussagen von Parteien, Zeugen und anderen Sachverständigen) mittels **offen gelegter Methoden** (meist Normen, Lehrmeinungen und Erfahrungen) einer **Beschreibung und Bewertung** unterzieht. Mit seinem Fach- und Erfahrungswissen zieht der Sachverständige aus dem Befund **Schlussfolgerungen**.

Stützt sich ein Gutachten auf keinen **Befund** oder enthält es keine **Ableitung** aus dem Befund mit einer nachvollziehbaren **Methode**, ist es mit den (oft zitierten) „Denkgesetzen und Lebenserfahrungen“ unüberprüfbar und daher als Beweismittel unbrauchbar. Der Richter darf sich die Entscheidung nicht vom Sachverständigen abnehmen lassen und die Parteien sollen sein Urteil verstehen, daher muss das Gutachten – jedenfalls aber seine **Zusammenfassung** - in einer dem Richter und den Parteien **verständlichen Sprache** formuliert sein.

Nachvollziehbar ist ein Gutachten, wenn ein Laie die Entwicklung der Gedanken des Sachverständigen im Gutachten verstehen und zuordnen kann. **Nachprüfbar** ist es, wenn ein Fachmann den Inhalt und die Ansätze bis ins Detail überprüfen kann.

Argumentieren ist dabei eine fundamentale Tätigkeit des Sachverständigen: Er versucht **mit den Mitteln der Sprache, den Richter für seine Thesen zu gewinnen**. Seine Argumentation ist schlüssig, wenn sie die Wahrheit der These garantiert, wenn alle Argumente wahr sind und die These logisch aus den Argumenten folgt. Dadurch und nicht durch die persönliche Autorität des Gutachters gewinnt die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft.

¹²⁹ OGH 10 ObS 17/87 SZ 61/138 = SSV-NF 2/53.

Da der Richter bei der Wahrheitsfindung **dem Gutachten** des ihm fachlich weit überlegenen Sachverständigen oft **ausgeliefert** ist, weil ihm das Wissen zur Deutung dieses Beweisergebnisses fehlt und er weder die Wahrheit der Argumente noch die Ableitung der These aus den Argumenten überprüfen kann, kommt es vor, dass logisch unkorrekte, aber psychologisch wirksame Argumentationen des Sachverständigen den Richter überzeugen. So wie sich selbst muss der Richter daher auch den Gerichtssachverständigen zu für jedermann nachvollziehbaren und für den Experten auch nachprüfbareren Aussagen zwingen, um zu verhindern, dass **subjektive Vermutungen zunächst zur Gewissheit, danach zur richterlichen Überzeugung und schließlich zum Beweis werden**, ohne dass objektiv etwas bewiesen wäre.

Bei logischer Betrachtung ist der schwerste Vorwurf an einen Sachverständigen, dass sein **Gutachten Widersprüche enthält**. Der Nachweis eines inneren Widerspruchs oder dessen **Herbeiführung durch geschickte Fragestellung** ist daher ein Standardinstrument anwaltlicher Kritik am Sachverständigen. Wenn der Richter Tendenzen zeigt, einem psychologisch wirksamen, aber unschlüssigen Gutachten zu folgen, wird man es dem Rechtsanwalt nicht verübeln können, dass er subversiv argumentiert und versucht, die **Glaubwürdigkeit des Sachverständigen zu untergraben**: Was ohne Argumente geglaubt wird, kann auch niemand mit Argumenten widerlegen. Selbst der Verfassungsgerichtshof hat die Meinung vertreten, dass in einem fairen Verfahren die Parteien gegen einen Sachverständigen nötigenfalls **polemisieren** dürfen.¹³⁰

Erst der Diskurs, das Streitgespräch – im Gerichtsverfahren setzt es sich aus **Tatsachenbehauptungen, Beweisaufnahmen, Erörterung der Beweisergebnisse und der richterlichen Beweiswürdigung** zusammen – erzeugt jene Wirklichkeit, die sich als Sachverhalts(re)konstruktion (**Feststellungen**) im Urteil findet. Urteilsfeststellungen sind das Ergebnis menschlicher Kommunikation und nicht der Widerschein einer objektiven Wahrheit. Am Ende ist der **Übergang von der richterlichen Wahrheitssuche zum sprachlich formulierten Wahrspruch** immer Sache eines Beschlusses, einer Entscheidung, bei der gerade das Einzigartige, das Seltene, das Zufällige Gefahr läuft, um sein Recht zu kommen. Das Gerichtsverfahren ist Wahrheitssuche; und es ist durchaus möglich, dass viele Urteilsfeststellungen wahr sind. Aber auch wenn sie wahr sind, können wir das niemals sicher wissen.

4.2. Das mündliche Gutachten

Im Sinne des Unmittelbarkeitsgrundsatzes hat der Sachverständige Befund und Gutachten grundsätzlich mündlich zu erstatten, doch erlaubt § 357 Abs 1 ZPO aus Praktikabilitätsgründen auch die schriftliche Begutachtung, die bei umfangreichen Befundaufnahmen und aufwendigen wissenschaftlichen Untersuchungen unumgänglich ist.¹³¹

Mündliche Gutachten machen oft „einen kurzen Prozess“: Als Prototyp kann die zivilprozessuale Verkehrsunfallrekonstruktion gelten, die – nach einem Schriftsatzwechsel – den Vortrag der Parteien, die Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens, den Vergleichsversuch, die Bekanntgabe des Prozessprogramms, die Vorlage der Urkunden, die Einvernahme der Parteien und Zeugen im Rahmen eines Ortsaugenscheins, die Befundaufnahme, die mündliche Gutachtenserstattung durch den Sachverständigen und die Gutachtenserörterung, schließlich die Urteilsverkündung und Urteilsbegründung in 90 Minuten zu Wege bringt. Dieser beschleunigte Zivilprozess ist nicht mit besonders einfachen

¹³⁰ VfGH B 616/85 JBI 1987, 511.

¹³¹ *Rechberger in Rechberger*, 4. Aufl., § 357 ZPO Rz 1.

Tat- und Rechtsfragen des Verkehrsunfalls, sondern eher damit zu erklären, dass sich – wohl unter dem Kostendruck der Haftpflichtversicherer – Konventionen (Terminkoordination mit dem Sachverständigen, Stelligmachen von Zeugen, Beschränkung auf die wesentlichen Streitpunkte, Akzeptanz der Anwendung des § 273 ZPO) herausgebildet haben, die einen langen Zivilprozess nicht opportun erscheinen lassen. Dagegen scheint es in Zivilprozessen um Bauwerke oder Industrieanlagen mit ihren ausufernden schriftlichen Fragenkatalogen (in denen gerne neue Tatsachenbehauptungen versteckt werden) und zahlreichen schriftlichen Ergänzungsgutachten zur Strategie zu gehören, „Kampfhandlungen, die schon längst hätten geschehen sollen, nachzutragen, und den Kampf um Streitpunkte, die schon erledigt schienen, wieder auflodern zu lassen, um so eine heillose Unordnung in das Schlachtgetümmel zu bringen“¹³².

Wer durch mündliche Begutachtung einen kurzen (Bau-)prozess machen will, wird sich aber der Einsicht nicht verschließen können, dass die **Dauer und die Fairness eines Zivilprozesses in einem Spannungsverhältnis** stehen. Erstattet der Sachverständige Befund und Gutachten mündlich – vielleicht sogar unmittelbar in das ihm vom Richter überlassene Diktiergerät –, werden die fachlich und in der Beherrschung der Fachsprache dem Sachverständigen deutlich unterlegenen Rechtsanwälte unter einen fragwürdigen **Zeit- und Argumentationsdruck** gesetzt. Sie können die Prämissen und die Schlussfolgerungen des Sachverständigen weder selbst überprüfen noch durch ihre Experten überprüfen lassen und damit ihr Fragerecht nicht wirksam ausüben. Da in diesem Fall Gutachtenserstattung und Gutachtenserörterung zeitlich zusammenfallen, droht der Schluss der mündlichen Streitverhandlung (und damit der Ausschluss von weiteren Fragen, Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen), ehe ein Privatgutachter Fehler des Befundes und des Gutachtens aufzeigen kann. Dadurch wird faktisch die „erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache“ (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO) verhindert, ohne dass die Parteien daraus einen rechtlich relevanten Verfahrensmangel ableiten können.

4.3. Die mündliche Erörterung des schriftlichen Gutachtens

Die Parteien sind vom Einlangen des schriftlichen Gutachtens gemäß § 360 Abs 2 ZPO in Kenntnis zu setzen; in der Praxis wird ihnen eine **Kopie des Gutachtens** zugestellt. Die Verwertung des schriftlichen Gutachtens im Urteil ohne Verständigung der Parteien verwirklicht einen Nichtigkeitsgrund.¹³³ Im Zivilprozess ist der gerichtlich bestellte Sachverständige gemäß § 357 Satz 2 ZPO verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten **mündliche Aufklärungen** zu geben oder das Gutachten in der mündlichen Verhandlung zu erläutern. Die Parteien haben das Recht, dem gerichtlich bestellten Sachverständigen die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendigen Fragen zu stellen; sie müssen in ihrem Antrag nicht jene Fragen nennen, die sie an den Sachverständigen in der Tagsatzung zu stellen beabsichtigen.¹³⁴ Jede vom Richter zugelassene Frage in der Gutachtenserörterung ist ein Auftrag an den Gerichtsgutachter. Wird die mündliche **Erörterung** des schriftlichen, den Parteien zugestellten Gutachtens **trotz des Antrages einer Partei unterlassen**, begründet dies einen Verfahrensmangel, wenn der Rechtsmittelwerber in seinem Rechtsmittel dartun kann, welche ergänzenden Fragen er noch zu stellen gehabt hätte und inwieweit durch eine mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens allenfalls ein anderes Verfahrensergebnis hätte herbeigeführt werden können.¹³⁵

¹³² *Bauer*, Zehn Gebote für den Streitrichter, Berlin-Leipzig-Wien 1942, 19.

¹³³ 9 ObA 237/02x.

¹³⁴ OGH 1 Ob 116/08b; 6 Ob 245/07h; 4 Ob 340/78; 7 Ob 76/75; 1 Ob 85/71.

¹³⁵ 3 Ob 111/01x; 1 Ob 520/81; 2 Ob 595/86.

In der Praxis ist die mündliche Gutachtenserörterung ein wirksames Instrument der Parteien, durch (insbesondere auf Privatgutachten gestützte) Fragen Fehler, Lücken und Widersprüche im Befund und im Gutachten aufzuzeigen und dadurch die **Beweiskraft des Sachverständigengutachtens zu erschüttern**. Das kann den Richter veranlassen, gemäß § 362 Abs 2 ZPO eine Gutachtensergänzung anzuordnen oder (allerdings selten) einen anderen Sachverständigen zu bestellen. Gemäß § 289 Abs 1 ZPO hat der Richter in der mündlichen Gutachtenserörterung **Fragen, welche ihm „unangemessen erscheinen“, zurückzuweisen**. Eine Frage ist von ihrer Form her unangemessen, wenn sie in beleidigenden, persönlichen Angriffen gegen den Sachverständigen (und nicht in fachlichen Einwendungen gegen sein Gutachten) besteht; sie ist von ihrem Inhalt her unangemessen, wenn sie nicht zur Aufklärung oder Vervollständigung des Sachverhalts beitragen kann, sondern nur dazu dient, mit rhetorischen Mitteln die fachliche Autorität des Sachverständigen zu untergraben oder ihm mit verhandlungstaktischen Methoden die Glaubwürdigkeit zu nehmen, ohne sein Gutachten sachlich zu erschüttern.¹³⁶ Mancher gerichtlich bestellte Gutachter erlebt die mündliche **Gutachtenserörterung als überflüssigen und unfairen Angriff auf seine fachliche Qualifikation und auf seine persönliche Integrität**, hat er doch schon ein perfektes schriftliches Gutachten vorgelegt.

Im Interesse der Wahrheitsfindung und der Fairness des Verfahrens sollte der **Privatgutachter** nicht als sachverständiger Zeuge, sondern als „informierte Person“ (§ 258 Abs 2 ZPO) **während der mündlichen Gutachtenserstattung und -erörterung** neben dem Rechtsanwalt (als dessen fachlicher Berater) im Verhandlungssaal auf der Parteienbank Platz nehmen dürfen.¹³⁷ Damit dessen Nachvollziehbarkeit und Beweiskraft gewährleistet ist, sollte außerdem stets der **Richter die Protokollierung des mündlichen Gutachtens übernehmen**. Erst wenn er die Äußerungen des Sachverständigen soweit versteht, dass er sie in eigenen Worten wiedergeben kann, wird man von einem Beweisergebnis sprechen können, denn „beweisen“ im Sinne des § 272 Abs 1 ZPO bedeutet „den Richter überzeugen“.

5. Die Grenzen des gerichtlichen Sachverständigenbeweises

5.1. Der (eigenmächtige) Erkundungsbeweis des Sachverständigen

Die Parteien müssen im Zivilprozess die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen **Tatsachenbehauptungen** aufstellen, ehe das Gericht das Verfahren zum Beweis dieser Tatsachenbehauptungen durchführt. Werden Beweise über Tatsachen aufgenommen, die von den Parteien gar nicht behauptet wurden, spricht man vom **Ausforschungs- oder Erkundungsbeweis**. Dadurch will die den Beweis führende Partei erst jene Tatsachen kennenlernen, die zu behaupten sie schon zuvor verpflichtet war.

Unklare Prozessprogramme und Gutachtensaufträge führen in der Praxis dazu, dass der Sachverständige die Grenzen der ihm aufgetragenen Tatsachenermittlungen kaum erkennen kann. Trägt das Gericht dem Sachverständigen auf, „alle Behandlungs- und Aufklärungsfehler“ des Arztes auszuforschen und im Befund zu beschreiben, ist der so aufgenommene Erkundungsbeweis zulässig, weil der Richter kraft seiner diskretionären Gewalt berechtigt ist, auch von Amts wegen alle Beweise aufzunehmen, von denen er nach

¹³⁶ Ruffler, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995) 194.

¹³⁷ aA LGZ Wien 33 Nc 10/00z mit ablehnender Glosse von *Krammer*, der das Recht auf Parteigehör und auf ein faires Verfahren gefährdet sieht.

dem Inhalt der Klage oder der mündlichen Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatsachen erwarten kann (also Beweismittel, die nach der Akten- und Sachlage mit den streitigen Tatfragen in unmittelbarem Zusammenhang stehen).¹³⁸ Gibt der Richter im Gutachtensauftrag aber **klare Anweisungen, zu welchen konkreten Tatsachenbehauptungen ein Befund aufzunehmen ist**, ist der Sachverständige daran gebunden. Bestehen Zweifel über Umfang und Inhalt des gerichtlichen Auftrages, hat der Sachverständige eine Weisung des Gerichtes einzuholen.¹³⁹

Der gerichtlich bestellte **Sachverständige ist kein staatliches Organ**. Er kann daher weder gegen Parteien noch gegen Zeugen oder andere Beteiligte (und schon gar nicht gegen Rechtsanwälte als Parteienvertreter) behördliche Zwangsgewalt ausüben. Er kann einladen und auffordern, aber weder seine Einladung zu einer Befundaufnahme noch seine Aufforderung zu Mitwirkungshandlungen kann er zwangsweise durchsetzen.

Der Gesetzgeber¹⁴⁰ will mit § 359 Abs 2 ZPO die Befassung des Gerichts auf jene Fälle reduzieren, in denen sich eine **außergerichtliche Zusammenarbeit mit dem Sachverständigen** als unmöglich erweist. In der großen Zahl der Verfahren solle dadurch reibungsloser und schneller gearbeitet werden können. Es soll aber im Interesse einer geordneten Rechtspflege keiner Partei möglich sein, durch ihre Untätigkeit die Erstellung eines Gutachtens ad infinitum zu hindern und so den Abschluss des Verfahrens hinauszuzögern. Der säumigen (nicht ausreichend mitwirkenden) Partei soll aber eine „goldene Brücke“ dadurch gebaut werden, dass sie ihre Mitarbeit bis zum Abschluss (bis zur Fertigstellung) des Gutachtens (ohne Kostenfolgen) oder bis zum Schluss der Verhandlung I. Instanz (mit Kostenfolgen) – im vorrangigen Interesse einer inhaltlich richtigen Beurteilung durch den Sachverständigen nachholt.¹⁴¹

§ 359 Abs 2 Satz 1 ZPO ermächtigt ausdrücklich den Sachverständigen, die Parteien oder „dritte Personen“ zu – nicht näher definierten – „Mitwirkungshandlungen“ aufzufordern. Dass es zur alltäglichen – gesetzlich nicht geregelten – Praxis gehört, Sachverständige außerhalb von Tagsatzungen selbstständige **Erhebungen und Befragungen** von Auskunftspersonen durchführen zu lassen, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass § 359 Abs 2 ZPO keine ausreichende gesetzliche Grundlage für Beweisaufnahmen des Sachverständigen in Abwesenheit des Richters darstellt. Im Strafverfahren dürfen **Informations- und Verteidigungsrechte** des Beschuldigten (§ 164 StPO) nicht dadurch umgangen werden, dass Staatsanwalt oder Richter den Beschuldigten durch den Sachverständigen befragen lassen. So ist dem Beschuldigten gemäß § 164 Abs. 3 StPO zu gestatten, sich zu „schwierigen Fragen“ des Tatvorwurfs, die Sachkunde voraussetzen oder eine Beurteilung durch einen Sachverständigen erfordern, binnen angemessener Frist „ergänzend schriftlich zu äußern“. Weiterhin besteht Bedarf, nachstehende Fragen gesetzlich zu regeln:

§ 404a Abs 4 dZPO anerkennt für Deutschland ausdrücklich **eigenständige Ermittlungshandlungen des Sachverständigen**: „Soweit es erforderlich ist, bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat.“ Für Österreich kann jedenfalls nicht aus dem fehlenden Verbot eigenständiger Ermittlungshandlungen des Sachverständigen auf eine ausdrückliche Ermächtigung dazu geschlossen werden (Legalitätsprinzip des Artikel 18 B-VG).¹⁴² Soweit das Gericht dem Sachverständigen keine bestimmten Aufträge erteilt, hat der

¹³⁸ Fasching, Zivilprozessrecht² Rz 659.

¹³⁹ OGH 1 Ob 20/92.

¹⁴⁰ BGBl I 2002/76, RV 962 BlgNR, 21. GP, 37.

¹⁴¹ Vgl dazu Höllwerth, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002?, ÖJZ 2004, 251.

¹⁴² Schiller, Befundaufnahme-Beteiligtenbefragung und ihre Grenzen, SV 2001, 8.

Sachverständige nach *Krammer*¹⁴³ das Recht, den **Ablauf seiner Ermittlungen eigenverantwortlich zu gestalten**. Er hat demnach insbesondere¹⁴⁴ das Recht auf **Terminbestimmung** für die Befundaufnahme (allerdings im Einvernehmen mit den Parteien und ihren Vertretern), das Recht auf **Gestaltung der Befundaufnahme** (Verhandlungsleitung), soweit der Richter nicht daran teilnimmt, das Recht auf Beiziehung der erforderlichen **Hilfskräfte**¹⁴⁵, das Recht auf Einholung von **Hilfsbefunden** (nicht jedoch von Hilfsgutachten) und das Recht auf **Unterstützung** durch das Gericht.

Wenn sogar dem Richter gemäß § 183 Abs 2 ZPO der Urkunden- und der Zeugenbeweis bei übereinstimmendem Widerspruch der Parteien verboten ist, muss eine **eigenmächtige Urkundenbeschaffung** (zB einer Krankengeschichte) durch den Sachverständigen ebenso kritisch betrachtet werden wie eine eigenmächtige „**Zeugenbefragung**“. Geht es um die Herausgabe von Urkunden und Auskunftssachen oder um die **Duldung eines Augenscheins**, darf sich die Partei – und umso mehr ein außenstehender Dritter – nicht nur gegenüber dem Richter, sondern noch viel mehr gegenüber dem Sachverständigen auf die **fehlenden Voraussetzungen für eine Herausgabepflicht** (§§ 304 ff ZPO für Urkunden, § 318 Abs 2 ZPO für Auskunftssachen, § 369 ZPO für den Augenschein) berufen.¹⁴⁶

Will der Sachverständige Personen befragen, können sich Parteien (§ 380 Abs 1 ZPO) und Zeugen auf Aussageverweigerungsgründe (§ 321 ZPO) berufen, über die sie gemäß § 339 Abs 1 ZPO **der Richter zu belehren hat**. Außerdem kennt die ZPO keine gerichtliche Aufforderung an einen Dritten, einer „Ladung“ durch den Sachverständigen zum Zweck der Befragung nachzukommen, sodass das **Nichterscheinen des Zeugen ebenso rechtmäßig ist wie seine Weigerung**, Fragen des Sachverständigen zu beantworten. Der nicht mit diskretionärer Gewalt ausgestattete Sachverständige kann auch weder ein kontradiktorisches Verfahren garantieren noch über die Zulassung von Fragen entscheiden oder sitzungspolizeiliche Maßnahmen ergreifen. **Bewusst falsche Aussagen vor dem Sachverständigen** sind keine falschen Beweisaussagen (§ 288 StGB, § 530 Abs 1 Z 2 ZPO) und können daher nicht zum Anlass für eine Wiederaufnahmsklage genommen werden.

Der Sachverständige hat weder gegen Parteien noch gegen Zeugen oder andere Beteiligte eine behördliche Zwangsgewalt. Die Befolgung der **Einladung des Sachverständigen zur Befundaufnahme** kann nicht erzwungen werden. Benötigt der Sachverständige die Mitwirkung der Parteien und wird ihm diese auf seine Aufforderung hin nicht unverzüglich geleistet, hat er dies nach § 359 Abs 2 ZPO „dem Gericht unter genauer Auflistung der erforderlichen Mitwirkungshandlungen und der entgegenstehenden Hindernisse mitzuteilen“. Das Gericht hat sodann mit abgeordnetem, nicht anfechtbarem Beschluss den Parteien – aber nicht dritten Personen – **das Erforderliche** (und nicht das, was der Sachverständige fordert), aufzutragen und ihnen hiefür eine angemessene Frist zu setzen. Kommen die Parteien der Aufforderung des Gerichts nicht fristgerecht nach, hat der Sachverständige sein Gutachten ohne Berücksichtigung des Fehlenden zu erstatten. Werden die fehlenden Informationen noch vor Ausarbeitung des Gutachtens nachgebracht, hat sie der Sachverständige sogleich zu berücksichtigen, ansonsten hat er ein Ergänzungsgutachten zu erstatten. Die Kosten dieses Gutachtens tragen unabhängig vom Verfahrensausgang die säumigen Parteien zur ungeteilten Hand.¹⁴⁷

Gemäß § 8 RL-BA ist der **Kontakt des Rechtsanwaltes mit Zeugen – und wohl auch mit Sachverständigen** – vor und auch während eines anhängigen Verfahrens **zulässig**; jedoch muss jede Form der unzulässigen Beeinflussung vermieden werden. Wenn schon kein

¹⁴³ *Krammer*, Die Rechte des Sachverständigen, SV 1994, 34.

¹⁴⁴ Vgl. auch *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG³ (2001) § 25 E 13 f sowie E 17 bis 21.

¹⁴⁵ LGZ Wien 43 R 586/79; *Tanczos*, Die Rolle des Sachverständigen im Zivilprozess, SV 2002, 63.

¹⁴⁶ OGH 9 ObA 7/04a.

¹⁴⁷ *Höllwerth*, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002?, ÖJZ 2004, 17.

Verbot für den Rechtsanwalt besteht, mit Sachverständigen vor und während der Gutachtertätigkeit „außergerichtlich“ auch über das Beweisthema zu sprechen, muss zumindest an die Anscheinsprüfung - inwieweit dabei eine Beeinflussung versucht wird – ein strenger Maßstab angelegt werden.¹⁴⁸ Der Sachverständige muss darauf achten, dass er bei der vom Gesetzgeber erwünschten „außergerichtlichen Zusammenarbeit“¹⁴⁹ mit Parteienvertretern nicht durch **Leichtgläubigkeit, Vertrauensseligkeit oder durch ausgeprägtes Sendungsbewusstsein** – durch den Drang, mit fragwürdigen Methoden der Wahrheit und **Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen oder den Schwächeren zu schützen** – seine eigene Vertrauenswürdigkeit untergräbt. Auch der Versuchung, als gerichtliches Hilfsorgan **dem Richter die Arbeit zu erleichtern**, muss der Sachverständige widerstehen können, weil sonst seine wahre Aufgabe – Wahrnehmungen treu und vollständig anzugeben und den Befund und das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben¹⁵⁰ - darunter leiden könnte. Das **vorsätzliche Verschweigen von erheblichen Tatsachen** bei Erstattung von Befund und Gutachten im gerichtlichen Verfahren ist eine falsche Beweisaussage im Sinne des § 288 Abs 1 StGB.¹⁵¹ Um nicht nur von den Parteien, sondern auch von richterlichen Auftraggebern und Entscheidungsträgern unabhängig zu sein¹⁵², sollte der Sachverständige sicherstellen, dass er seine gerichtliche **Gutachtertätigkeit frei von wirtschaftlichem Druck** ausüben kann.

5.2. Fachwissen und Beweiswürdigung

Gemäß § 272 ZPO, §§ 14, 258 Abs StPO hat der Richter unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht. Damit wird dem **Richter und nicht dem Sachverständigen**, dessen Gutachten (in faktischen Grenzen) der freien Beweiswürdigung des Richters unterliegt, die volle **Verantwortung für die „Wahrheitsfindung“** auferlegt: Von ihm wird die Überzeugung verlangt, ein Wahrscheinlichkeitsgrad sei erreicht, „der es unter Berücksichtigung seiner persönlichen Lebenserfahrung, des von ihm erworbenen Spezialwissens und des durchschnittlichen Erfahrungs- und Wissensschatzes verständiger Menschen unseres Lebenskreises rechtfertigt, als Richter die fragliche Tatsache für wahr zu halten“.¹⁵³ Wie immer man den Vorgang der Beweiswürdigung auch umschreibt, am Ende ist der **Übergang von der richterlichen Wahrheitssuche zum sprachlich formulierten „Wahrspruch“** immer Sache eines Entschlusses, einer Entscheidung¹⁵⁴, eben eines Urteils. Ein Vertrag zwischen den Parteien, das Sachverständigengutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung zu entziehen und den Richter und die Parteien an das Gutachten zu binden, ist ein **Beweiswürdigungsvertrag**, der mit dem zwingenden Charakter der öffentlich-rechtlichen Prozessvorschriften (insbesondere des § 272 ZPO) unvereinbar und daher **unwirksam** ist.¹⁵⁵

Der Sachverständige vermittelt dem Richter **Erfahrungssätze, streiterhebliche Tatsachen und Schlussfolgerungen**; sein Befund und sein Gutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung des Richters¹⁵⁶. Argumentieren ist dabei eine fundamentale Tätigkeit des

¹⁴⁸ AnwBl 2000/7696, 622.

¹⁴⁹ § 359 Abs 2 ZPO; RV 962 BIGNR, 21.GP, 37.

¹⁵⁰ Pkt. 1.2. der Standesregeln

¹⁵¹ *Fabrizy*, StGB, 12. Aufl., § 288 StGB Rz 6.

¹⁵² *Krammer*, Die Allmacht des Sachverständigen – Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit, Wien 1990, 13.

¹⁵³ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*², § 272 ZPO Rz 5; *Klauser/Kodek*, 17. Aufl, § 272 ZPO E 24.

¹⁵⁴ *Popper*, Auf der Suche nach einer besseren Welt, München 1990, 15.

¹⁵⁵ 4 Ob 188/03f.

¹⁵⁶ OGH 3 Ob 230/11m; 6 Ob 216/06t.

Sachverständigen: Er versucht **mit den Mitteln der Sprache den Richter für seine Thesen zu gewinnen**. Seine Argumentation ist schlüssig, wenn sie die Wahrheit der These garantiert, wenn alle Argumente wahr sind und die These logisch aus den Argumenten folgt. Dadurch und nicht durch die persönliche Autorität des Gutachters gewinnt die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft.

Da der Richter bei der Wahrheitsfindung **dem Gutachten** des ihm fachlich weit überlegenen Sachverständigen oft **ausgeliefert** ist, weil ihm das Wissen zur Deutung dieses Beweisergebnisses fehlt und er weder die Wahrheit der Argumente noch die Ableitung der These aus den Argumenten überprüfen kann, kommt es vor, dass logisch unkorrekte, aber psychologisch wirksame Argumentationen des Sachverständigen den Richter überzeugen. So wie sich selbst muss der Richter daher auch den Gerichtssachverständigen zu für jedermann nachvollziehbaren und für den Experten auch nachprüfbar Aussagen zwingen, um zu verhindern, dass **subjektive Vermutungen zunächst zur Gewissheit, danach zur richterlichen Überzeugung und schließlich zum Beweis werden**, ohne dass objektiv etwas bewiesen wäre.

Das Gutachten muss daher zumindest nachvollziehbar und nachprüfbar sein. **Nachvollziehbar** ist ein Gutachten, wenn ein Laie die Entwicklung der Gedanken des Sachverständigen im Gutachten verstehen und zuordnen kann.¹⁵⁷ **Nachprüfbar** ist es, wenn ein Fachmann den Inhalt und die Ansätze bis ins Detail überprüfen kann. Das Gericht darf sich die fachliche Entscheidung nicht vom Sachverständigen abnehmen lassen, daher muss das Gutachten in einer dem Richter verständlichen Sprache formuliert sein.¹⁵⁸

Bei logischer Betrachtung ist der schwerste Vorwurf an einen Sachverständigen, dass sein **Gutachten Widersprüche enthält**. Der Nachweis eines inneren Widerspruchs oder dessen **Herbeiführung durch geschickte Fragestellung** ist daher ein Standardinstrument anwaltlicher Kritik am Sachverständigen. Wenn der Richter Tendenzen zeigt, einem psychologisch wirksamen, aber un schlüssigen Gutachten zu folgen, wird man es dem Rechtsanwalt nicht verübeln können, dass er subversiv argumentiert und versucht, die **Glaubwürdigkeit des Sachverständigen zu untergraben**: Was ohne Argumente geglaubt wird, kann auch niemand mit Argumenten widerlegen. Selbst der Verfassungsgerichtshof hat die Meinung vertreten, dass in einem fairen Verfahren die Parteien gegen einen Sachverständigen nötigenfalls **polemisieren** dürfen.¹⁵⁹

Erst der Diskurs, das Streitgespräch – im Gerichtsverfahren setzt es sich aus **Tatsachenbehauptungen, Beweisaufnahmen, Erörterung der Beweisergebnisse und der richterlichen Beweismwürdigung** zusammen – erzeugt jene Wirklichkeit, die sich als Sachverhalts(re)konstruktion (**Feststellungen**) im Urteil findet. Urteilsfeststellungen sind das Ergebnis menschlicher Kommunikation und nicht der Widerschein einer objektiven Wahrheit.

5.3. Tatfrage und Rechtsfrage

Erst wenn die Tatsachen (der Sachverhalt) feststehen, kann die Rechtsfrage gelöst werden. Das Sachverständigengutachten trägt zur Lösung der Tatfrage bei; **rechtliche Beurteilungen sind dem Sachverständigen verwehrt**. Finden sie sich in einem Gutachten, sind sie **unbeachtlich**.¹⁶⁰

Diskussion:

Der Richter trägt einem erfahrenen Bau-Sachverständigen auf, ein Gutachten darüber zu erstatten, ob einem Bauunternehmer „bei der Abwicklung des Bauvorhabens **haftungsbegründende Fehlleistungen** im Bereich des

¹⁵⁷ OLG Wien 10 Rs 19/03.

¹⁵⁸ *Kunst*, Das Gutachten des Bausachverständigen, 14.

¹⁵⁹ VfGH B 616/85.

¹⁶⁰ *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 1004.

Brandschutzes unterlaufen sind“. Der Sachverständige ersucht den Richter, ihm einen auf **konkrete Tatfragen** beschränkten Auftrag zu erteilen. Er könne ja den rechtlichen Diskussionen mit den Parteienvertretern nicht standhalten. Der Richter beruhigt den Sachverständigen mit den Worten: „Herr Baurat, Sie verstehen von diesem Rechtsgebiet doch mehr als alle in diesem Prozess tätigen Juristen zusammen!

In Grenzfällen und bei „gemischten“ (Tat- und Rechts-)Fragen soll der Richter dem Sachverständigen **schon im Gutachtauftrag** den einem Beweis zugänglichen **Tatsachekern herauschälen** und dabei alle (pseudo-)rechtlichen Begriffe (wie „haftungsbegründende Fehlleistungen“) vermeiden.

6. Schlussbemerkungen

Argumentieren ist eine fundamentale Tätigkeit des Rechtsanwaltes und des Sachverständigen – beide versuchen mit den Mitteln der Sprache, **den Richter für ihre Position, ihre Thesen zu gewinnen**. Ihre Argumentation ist schlüssig, wenn sie die Wahrheit der These garantiert, wenn alle Argumente wahr sind und die These logisch aus den Argumenten folgt.¹⁶¹ Da der Richter die Frage, ob das Gutachten des Sachverständigen oder die Tatsachenbehauptung des Rechtsanwalts in diesem Sinn wahr ist, oft nicht entscheiden kann, weil er weder die Wahrheit der Argumente noch die Ableitung der These aus den Argumenten überprüfen kann, kommt es vor, dass logisch **unkorrekte, aber psychologisch wirksame Argumentationen des Sachverständigen** den Richter überzeugen.

So ist die Berufung auf eine ehrwürdige Quelle – auf eine wissenschaftliche Autorität, auf eine „heilige Schrift“, auf die eigene jahrzehntelange Erfahrung – ein typisches Argumentationsmuster routinierter Sachverständiger. Auch die – meist unausgesprochene - Argumentationsbasis, eine Partei, die Schreckliches durchgemacht hat und Mitleid, Mitgefühl und Vertrauen erweckt, habe tendenziell die Wahrheit auf ihrer Seite, muss kritisch analysiert werden. Während gegen **mitfühlende Umgangsformen** nichts einzuwenden ist, sollte man **über die Wahrheit eines Parteistandpunktes gefühllos und nüchtern urteilen**. Bei logischer Betrachtung ist aber der schwerste Vorwurf an einen Sachverständigen, dass sein Gutachten Widersprüche enthält; der **Nachweis eines inneren Widerspruchs** – oder dessen Herbeiführung durch geschickte Fragestellung - ist daher ein Standardinstrument anwaltlicher Kritik am Sachverständigen.¹⁶²

Wenn der Richter Tendenzen zeigt, einem psychologisch wirksamen, aber nicht korrekten oder unschlüssigen Gutachten zu folgen, wird man es dem Rechtsanwalt nicht verübeln können, dass er subversiv argumentiert und versucht, die **Glaubwürdigkeit des Sachverständigen zu untergraben**: Was ohne Argumente geglaubt wird, kann auch niemand mit Argumenten widerlegen. Selbst der Verfassungsgerichtshof hat die Meinung vertreten, dass in einem fairen Verfahren die Parteien gegen einen Sachverständigen **nötigenfalls polemisieren** dürfen.¹⁶³

¹⁶¹ *Schleichert*, Wie man mit Fundamentalisten diskutiert, ohne den Verstand zu verlieren – Anleitung zum subversiven Denken, 2. Aufl., München 1997, 15.

¹⁶² *Schleichert* aaO, 44, 47, 99.

¹⁶³ JBI 1987, 511.

Letztendlich erzeugt erst der Diskurs, das Streitgespräch – im Gerichtsverfahren setzt es sich aus Tatsachenbehauptungen, Beweisaufnahmen, Erörterung der Beweisergebnisse und der richterlichen Beweiswürdigung zusammen – jene „**Wirklichkeit**“, die sich als Sachverhalts(re)konstruktion („Feststellungen“) im Urteil findet. Sie **ist das Ergebnis menschlicher Kommunikation und nicht der Widerschein einer objektiven Wahrheit.**¹⁶⁴

In einer pluralistischen und relativistischen Gesellschaft legitimieren wir uns nicht (mehr) durch die Wahrheit unserer Thesen, sondern durch das Niveau unserer Kommunikation. Daher überprüfen Berufungsgerichte nicht, ob erstgerichtliche Tatsachenfeststellungen mit der objektiven Wahrheit übereinstimmen, sondern nur, ob das Erstgericht die ihm vorgelegenen Beweisergebnisse nach der Aktenlage schlüssig gewürdigt hat.¹⁶⁵

Der Sachverständige hat zwar nie eine urteilende Funktion (er bleibt immer Informations- und Erkenntnisquelle für den Entscheidungsträger); durch die fachliche Autorität und persönliche Integrität des Gutachters gewinnt aber die richterliche Tatsachenfeststellung an „Wahrheit“ und die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft – das **Gutachten legitimiert das Urteil.**¹⁶⁶

Damit kann auch dem Phänomen entgegengewirkt werden, dass gerichtliche Entscheidungen immer häufiger strukturell und in der Erwartungshaltung der ihr Recht Suchenden zu bloß **vorläufigen Zwischenergebnissen** werden¹⁶⁷. Es bleibt zu hoffen, dass das Gerichtswesen seine „hohe psychologische Autorität nicht nur seiner offiziellen Bestimmung als unabhängige dritte Macht im Staat und seinen furchterregenden magischen Ritualen“¹⁶⁸ verdankt (dann wäre der Zivilprozess nur ein weiterer Event), sondern dem persönlichen Ansehen ihrer Akteure und der Überzeugungskraft ihrer Argumente.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Watzlawick, *Wie wirklich ist die Wirklichkeit?*, 15. Aufl., München 1987, 7.

¹⁶⁵ *Kodek in Rechberger*, ZPO, 4. Aufl., § 482 ZPO Rz 3.

¹⁶⁶ Vgl. Schiller, *Richter-Sachverständiger, Rechte-Pflichten*, SV 1996/4, 3.

¹⁶⁷ Auszug aus dem Schlussdokument des Europäischen Richtertages 1997 „Richter im geeinten Europa“.

¹⁶⁸ Richter, *Die hohe Kunst der Korruption, Erkenntnis eines Politikberaters*, Hamburg 1989, 92.

¹⁶⁹ Tomandl, *Rechtsstaat Österreich, Illusion oder Realität*, Wien 1996, 158, 166.

Anhang: Kleine Checklist für Einsteiger

Erste Fragen:

- Fällt die Aufgabe in Ihr Fachgebiet?
- Fallen nur Teile der Aufgabe in Ihr Fachgebiet?
- Aus welchem Grund wollen Sie die Übernahme des Auftrages ablehnen?
- Enthält der Auftrag Unklarheiten?
- Schaffen Sie die Gutachtenserstellung binnen der auferlegten Frist? Sind Sie anderweitig/mit Gerichtsaufträgen überlastet?
- Ist der Kostenvorschuss zu knapp bemessen?

1. Übernahme und Prüfung des Auftrages

- Bei Aufnahme des Befundes sind Sie Gehilfe des Richters.
- Bei Erstattung des Gutachtens sind Sie ausschließlich Beweismittel: der Richter kann Ihrem Gutachten folgen, muss es aber nicht.
- Es ist nicht Ihre Aufgabe, die Entscheidung des Gerichtes vorwegzunehmen. Sie liefern die Grundlagen für die Lösung: rechtliche Beurteilung und Beweiswürdigung sind immer Sache des Gerichts.
- Im Zivilprozess bestimmen die Parteien, worüber gestritten wird. Spielen Sie nicht Detektiv und forschen Sie nicht nach nicht behaupteten Umständen. Was nicht Gegenstand der Parteibehauptungen und des Auftrages ist, soll Sie nicht interessieren. Stoßen Sie auf einen Umstand, den Sie Ihrer Meinung nach erwähnen müssen, teilen Sie das dem Entscheidungsträger mit und erwähnen Sie es im Gutachten am Rande unter Hinweis auf den zu diesem Thema fehlenden Auftrag und die fehlenden Parteibehauptungen.
- Fehlen Ihrer Meinung nach noch Befundgrundlagen wie Zeugenaussagen oder Urkunden (z.B. Bautagebuch, Krankengeschichte, Pflegedokumentation)? Teilen sie das dem Entscheidungsträger mit und holen Sie seine Entscheidung ein. Beachten Sie, dass Sie keine Zwangsbefugnisse haben. Erhalten Sie das Gewünschte nicht, halten Sie auch das in ihrem Gutachten fest. Weisen Sie im Gutachten darauf hin, welche Schlussfolgerungen auf Basis einer unvollständigen Befundgrundlage gezogen wurden und welche Folgen (Unsicherheiten, Fehler im Ergebnis) dies hat.

2. Ausführen des Auftrages – Gefahren bei der Erstellung des schriftlichen Gutachtens

Was sich überhaupt sagen lässt, lässt sich klar sagen;
und wovon man nicht reden kann,
darüber muss man schweigen.¹⁷⁰

2.1. Inhaltlich

- Können Sie die gestellten Fragen mit Ihrem eigenen (Fach-)Wissen lösen? Das Zitieren von Literatur ist zu wenig.
- Können Sie eine Frage nicht beantworten, deklarieren Sie das. Auch ein „Nein“ oder „Diese Frage kann ich mit meinem Fachwissen nicht beantworten“ oder „Das könnte ich nur unter folgenden Bedingungen – z.B. weitere Erhebungen, Befunde, Zeugeneinvernahmen, Sachverständigengutachten – beantworten“, ist für den Entscheidungsträger wertvoll. Sie müssen dies nur plausibel begründen.
- Gibt es auf die gestellte Frage keine eindeutige Antwort (es herrscht Schulenstreit; die Problematik ist noch nicht erforscht), deklarieren Sie das. Im Zivilprozess wird die beweispflichtige Partei unterliegen. Im Strafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“.
- Gibt es auf Basis der Aussagen/Urkunden/bisherigen Beweisergebnisse mehrere Varianten, von denen Sie nicht wissen, welcher der Richter folgen wird (Beweiswürdigung ist seine Sache), erstellen Sie Alternativgutachten: „Folgt man den Angaben der Pflegerin X, ergibt sich...; folgt man der Pflegedokumentation, ergibt sich ...“
- Das Gutachten ist nur verwertbar, wenn es auf aktenkundigen Tatsachen – das ist der Akteninhalt oder ein von Ihnen erhobener Befund, der dadurch zum Akteninhalt wird – aufbaut. Schlussfolgerungen – das eigentliche Gutachten – dürfen von Ihnen nur daraus gezogen werden.
- Halten Sie den persönlichen Kontakt zu Ihrem Auftraggeber, um Missverständnisse, Unklarheiten und unnötigen Verfahrensaufwand zu verhindern.
- Gehen Sie nicht über Ihren Auftrag hinaus. Im Zivilprozess herrscht Parteienmaxime: Der Richter darf nicht über das von den Parteien Behauptete hinaus Beweise aufnehmen. Er stellt die Fragen im Gutachtensauftrag also auf Basis der Parteienbehauptungen. Bestehen für Sie dennoch Unklarheiten, kontaktieren Sie Ihren Auftraggeber.
- Das Gutachten muss schlüssig, also für den Leser nachvollziehbar sein: Ein schlichtes „Ja“ oder „Nein“ auf Fragen wird daher in den seltensten Fällen genügen. Ihre Antworten müssen begründet sein.
- Führen Sie die von Ihnen verwendeten Methoden und Hilfsmittel sowie alle Befundgrundlagen gewissenhaft an. Nur so wird Ihr Gutachten überprüfbar. Nur so können – bei eventuell falscher, fehlerhafter oder unvollständiger Befundgrundlage – der Entscheidungsträger und die Parteien das Gutachten hinterfragen und Sie können es richtigstellen.
- Mit Ihrem Fachwissen sollen sie gewissenhaft kausale Zusammenhänge erkunden. Bleiben Sie bei Ihren Schlussfolgerungen bei den Tatsachen und legen Sie Schlüsse ebenso wie Unsicherheiten offen. Gibt es z.B. für einen Schaden mehrere mögliche Ursachen, nennen Sie alle und legen Sie alle Begleitumstände offen. Die Beweiswürdigung – also der Schluss, was nun wirklich die Ursache war - bleibt immer Sache des Richters. Sie liefern ihm die Entscheidungsgrundlagen und bereiten ihm diese auf.

¹⁷⁰ Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus (aus dem Vorwort).

2.2. Formal

- Sie dürfen Tatsachen weder verschweigen noch abändern oder bagatellisieren. Haben Sie Gründe für Annahmen, legen sie diese offen.
- Drücken Sie sich knapp, klar und präzise aus.
- Verwenden Sie eine allgemein verständliche Sprache: „Fach-Chinesisch“ ist schlechtes Deutsch.
- Beantworten Sie die gestellten Fragen, ohne dabei „wissenschaftlich auszufern“. Der Leser wird es Ihnen danken.
- Schweifen Sie nicht vom Thema ab; erzählen Sie keine Anekdoten.
- Ist ein Fachausdruck unumgänglich, erläutern Sie ihn. Sie fungieren als „Dolmetscher“ oder „Übersetzer“ für das Entscheidungsorgan, das nicht über Ihr Fachwissen verfügt.
- Seien Sie kreativ: Ein Bild sagt mehr als tausend Worte. Skizzen können zum besseren Verständnis beitragen. Ihrer Phantasie sind – bis auf die Kostenfolgen - (beinahe) keine Grenzen gesetzt.
- Ihr Gutachten muss logisch aufgebaut und nachprüfbar sein, zumindest für einen Fachkollegen.

2.3. Gutachtensschema

1. Adressat

2. Bestellung zum Sachverständigen unter Zitierung der Entscheidung samt Aktenzeichen und Thema des Gutachtens

3. Rahmengeschehen: Kurze Zusammenfassung der für das Gutachten relevanten unbestrittenen und strittigen Punkte

4. Befund mit Befundgrundlagen

a) vorgefundene: z.B.: Gerichtsakt, Lichtbilder, Vorgutachten, Aussagen in Protokollen (unter Angabe der Seitenzahlen im Akt), verwendete Literatur

b) selbst erarbeitete: Ergebnisse einer durchgeführten Befundaufnahme, einer Untersuchung eines Pflinglings/Patienten mit genauer Beschreibung all jener Umstände, die von Bedeutung sein können (Datum, Ort, Beteiligte, Rahmenbedingungen...)

Alle in Betracht kommenden Umstände, aus denen im Gutachten Folgerungen gezogen werden, müssen unter Angabe der Quelle hier angeführt werden.

5. Gutachten: Begründete, nachvollziehbare Schlussfolgerungen aus dem Befund unter Anführung des Gedankenganges, der verwendeten Literatur.

6. Zusammenfassung (eventuell auch am Anfang nach Punkt 2.)

7. aufgeschlüsselte Gebührennote nach dem GebAG auf einem gesonderten Blatt unter Angabe der eigenen Kontoverbindung.

Das Gutachten ist schlüssig, wenn logische, nachvollziehbare Gedankengänge offengelegt werden.

Das Gutachten ist nachprüfbar, wenn ein Fachkollege es inhaltlich überprüfen kann.

3. Die Vorbereitung auf den Auftritt vor Gericht

- Wenn Sie einen Termin nicht einhalten können, teilen Sie dies umgehend mit.
- Beschaffen Sie sich vor der mündlichen Erörterung oder Ergänzung des Gutachtens nochmals den Akt oder kopieren Sie diesen bereits vorher.
- Lesen Sie sich sorgfältig ein und ermitteln Sie, was nach der Erstattung Ihres Gutachtens im Verfahren geschehen ist. Das kann Ihnen bei der Vorbereitung auf die an Sie noch zu stellenden Fragen helfen.
- Bitten Sie den Richter um die Einholung eines Fragenkataloges bei den Parteien. Die Parteien müssen dem zwar nicht nachkommen, tun dies aber in den meisten Fällen.

4. Verhalten außerhalb der Verhandlung – Die Befundaufnahme ohne Richter

- Setzen Sie sich niemals mit nur einer Partei in Verbindung, ohne dass die andere davon weiß. Schreiben ergehen immer an alle Seiten. Sind Parteien anwaltlich vertreten, haben Sie sich an ihren Anwalt zu wenden.
- Nehmen Sie keine telefonischen Erklärungen oder Anfragen einer Partei entgegen. Weisen Sie höflich auf die bestehende anwaltliche Vertretung und darauf hin, dass die andere Seite keine Gelegenheit hat, sich an diesem Gespräch zu beteiligen.
- „Lokalausweise“ dürfen Sie nur abhalten, wenn sie beide/alle Teile davon verständigt haben.
- Beginnen Sie ihren Lokalausweis erst nach dem Eintreffen beider/aller Teile. Begrüßen/verabschieden Sie alle gemeinsam. Vermeiden Sie Einzelgespräche, deren Inhalt nicht alle verfolgen können. Lassen Sie sich auf keine Diskussionen ein. Erheben Sie das für Sie Notwendige und prüfen Sie gelassen und mit Ruhe, ob von den Parteien Gewünschtes (zusätzliche Erhebungen) Ihrer Ansicht nach notwendig ist.
- Sie haben keine Befugnis, Zeugen oder Parteien zu vernehmen. Machen Personen bei einer Befundaufnahme Angaben, zu denen sie noch nicht einvernommen wurden, können Sie diese Aussagen (mit nachprüfbarer Quellenangaben) in Ihrem Befund festhalten. Vermerken Sie, dass diese Person noch nicht (zu diesem Thema) einvernommen wurde.
- Benötigte Akten sind durch das Gericht beizuschaffen.
- Sind in einem Akt Privatgutachten (als Urkunde) enthalten, studieren Sie diese sorgfältig: Sie werden wahrscheinlich mit deren Inhalt konfrontiert werden. Gleiches gilt für in Vor- oder Beiakten enthaltene gerichtliche Sachverständigengutachten.
- Beschränken Sie sich bei einer Beweissicherung auf die Befundaufnahme.
- Äußern Sie niemals Sympathie/Antipathie gegenüber Verfahrensbeteiligten. Üben sie vornehme Zurückhaltung.

5. Der Auftritt vor Gericht

Diskussion:

1. Der Klagevertreter wirft Ihnen vor, nicht zum ersten Mal ein falsches Gutachten erstellt zu haben.
2. Der Beklagtenvertreter stellt Ihnen zum x-ten Mal im Kern die gleiche Frage.
3. Der Richter hat – aus welchem Grund immer – Probleme, Ihre Antworten korrekt und vollständig zu protokollieren.
4. Einzelne Fragen können Sie nicht beantworten, ohne nochmals in der Literatur zu recherchieren oder einen zusätzlichen Befund aufzunehmen.

Gute Vorbereitung ist der Schlüssel zum Erfolg. Lesen Sie vor einer mündlichen Gutachtenserstattung oder –erörterung intensiv den Akt und insbesondere Ihr Gutachten. Ersuchen Sie um einen Fragenkatalog und arbeiten Sie diesen durch. Denken Sie sich in die Parteienvertreter und Entscheidungsträger hinein: Welche Fragen würden Sie stellen? Wo liegen die Schwachstellen im Befund/Gutachten? Bieten Sie dem Richter ein Gespräch vor der mündlichen Verhandlung an, um mit ihm die wesentlichen Punkte des Gutachtens durchzugehen. Besprechen Sie mit ihm auch, ob er selbst diktieren wird, oder ob er Ihnen das überlassen will. Besteht der Richter darauf, dass Sie das Diktiergerät selbst bedienen sollen, machen Sie sich damit rechtzeitig vertraut. Ein persönliches Gespräch mit dem Entscheidungsträger vor der Verhandlung baut die Anspannung ab und kann wesentlich zur Klärung komplexer Sachverhalte beitragen. Nehmen Sie sich besonders am Anfang Zeit für die Vorbereitung und die Verhandlung selbst: Zeitdruck belastet Sie nur unnötig.

„All the world is a stage and all the men and women merely players“¹⁷¹:

- Kopf hoch und Auftritt!
- Blickkontakt – besonders mit dem Richter und dem aktuellen Fragesteller – herstellen und halten!
- Entspannen!
- Ruhig atmen!
- Innerlich Sammeln!
- Langsam sprechen!

Bemühen Sie sich um Verständlichkeit durch:

- Einfachheit
- Gliederung, Ordnung
- Kürze, Prägnanz
- Beispiele, Skizzen, Bilder

Hören Sie den Fragenden aufmerksam zu und machen Sie sich Notizen. Haben Sie etwas nicht verstanden, fragen Sie nach, bitten Sie um Erläuterung und formulieren Sie die Frage in eigenen Worten. Überlegen Sie vor Beantwortung einer Frage gut und lassen Sie sich dabei Zeit. Lassen Sie sich nicht mit rhetorischen Spitzfindigkeiten oder durch Zeitdruck aufs Glatteis führen. Bleiben Sie in Ihrer Sprache, die knapp und präzise sein soll. So vermeiden Sie (vermeintliche) Widersprüche, auf die sich die Prozessparteien stürzen würden. Lässt sich eine Fragestellung für Sie nicht aus dem Stegreif und ohne weitere Recherchen beantworten, legen Sie dies offen und begründen Sie das: Der Richter wird Ihnen die Möglichkeit zur schriftlichen Gutachtensergänzung geben. Dies sollte allerdings der „letzte Ausweg“ sein: Die mündliche Gutachtenserstattung ist von Gesetzes wegen die Regel, das schriftliche Gutachten sollte die Ausnahme sein; die mündliche Gutachtenserörterung soll jedenfalls der Schluss-Stein im Verhandlungsgebäude sein.

¹⁷¹ frei nach William Shakespeare