

**31. EUROPÄISCHER KONGRESS  
DER RICHTER IN HANDELSACHEN  
SCHULUNG 2018**

**Freitag, 14. September 2018**  
14.00 – 15.30 Uhr

**Mag. Dr. Anton Sumerauer**  
Präsident des Oberlandesgerichtes Wien i.R.

**„Der gerichtliche Sachverständige“**  
in Anlehnung an den Vortrag von Dr. Wolfgang Seyer  
Richter des Oberlandesgerichtes Linz, 2012  
(Der anschließende Vortrag wurde für die Schulung adaptiert, die schriftliche Unterlage bleibt unverändert)



# VORTRAG

für den Sachverständigenverband

„SV-Gutachten, Fehler und ihre schadenersatzrechtlichen Folgen“

Verfasser: Dr. Wolfgang Seyer, Richter des Oberlandesgerichtes Linz

## Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Inhalt und Aufbau des Gutachtens
3. Gutachtensauftrag (§ 359 Abs 1 ZPO; § 25 Abs 1 GebAG)
4. Ermittlungen des Sachverständigen
  - 4.1. Allgemeines
  - 4.2. Welche Tatsachen hat der Sachverständige zu ermitteln?
  - 4.3. Tatsachenquellen
    - a) Aktenstudium
    - b) Augenschein
    - c) Beischaffung von Unterlagen
    - d) Einholung von Auskünften
    - e) Experimente und Rekonstruktionen
    - f) Messungen und Untersuchungen
5. Befund
6. Gutachten
7. Zusammenfassung, Checkliste
  - 7.1. Zusammenfassung
  - 7.2. Checkliste für Sachverständigengutachten
    - 7.1.1. Vor Erstattung des Gutachtens
    - 7.1.2. Erstattung des Gutachtens

## 1. Vorbemerkungen:

In der gerichtlichen Praxis kommt dem Sachverständigen in vielen Prozessen eine streitentscheidende Rolle zu. Vielfach hängt von seinem Gutachten ab, wie der Rechtsstreit ausgeht. Wenngleich der Sachverständige nach der ZPO nur eines der fünf klassischen Beweismittel ist, hat er sich vom Gehilfen oder Mitarbeiter des Richters (vgl. Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Vor § 351 ZPO Rz 3), längst zu der Person entwickelt, die den Rechtsstreit in den von ihr zu beantwortenden Fragen tatsächlich entscheidet. Der rasante technische und medizinische Fortschritt sowie die für einen durchschnittlich gebildeten Menschen, wozu auch Richter zählen, unüberschaubaren realen Zusammenhänge führen nämlich dazu, dass ein plausibel begründetes Gutachten kaum noch wirklich kritisch überprüfbar ist. Dennoch kann nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht einmal ein Privatgutachten dem Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen etwas anhaben. Denn das Gericht ist nicht verpflichtet, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten - selbst wenn dieser Gutachter generell gerichtlich beeidet ist - und dem Gutachten eines vom Gericht in einer bestimmten Rechtssache herangezogenen Sachverständigen aufzuklären (vgl. RIS-Justiz RS0040592). Dies führt in der Praxis dazu, dass der Richter ein nachvollziehbares Gutachten des bestellten Sachverständigen seiner Entscheidung zugrundeliegt und es - wenn der Fall nur vom Gutachten abhängt - „rechtstechnisch umsetzt“. Dies ist insofern problematisch, als die Rechtsanwendung selbst - bei entsprechendem Streitwert - über drei Instanzen überprüfbar ist, während die tatsächliche Grundlage bei Sachverständigenfragen nur eine Person dem Gericht vermittelt, ohne dass diese im Verfahren einer wirklich fachlich kompetenten Kontrollinstanz unterläge.

Nur im Wege des Schadenersatzes unterliegt die Arbeit des Sachverständigen einer effektiven Nachprüfung. Der Sachverständige hat gemäß § 1299 ABGB die Sorgfalt entsprechend dem Leistungsstandard seiner Berufsgruppe zu vertreten (vgl. RIS-Justiz RS0026541). Danach hat er für mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten einzustehen (vgl. RIS-Justiz RS0026524). Letztendlich stellt sich daher erst in einem Schadenersatzprozess gegen den Gutachter heraus, ob diesem ein Kunstfehler unterliefe.

Der gerichtlich bestellte Sachverständige haftet, wenn er (1) ein unrichtiges Gutachten erstellt, das (2) für die gerichtliche Entscheidung und (3) für den Schaden kausal ist. Der Geschädigte trägt die Beweislast für diese Voraussetzungen (RIS-Justiz RS0026209).

Im Folgenden setzt sich der Autor damit auseinander, wie der gerichtlich bestellte Sachverständige vorzugehen hat, um Fehler und damit einen daraus resultierenden (ersatzpflichtigen) Schaden zu vermeiden.

## **2. Inhalt und Aufbau des Gutachtens:**

Die ZPO bestimmt nicht näher, wie Gutachten auszustatten sind. § 362 Abs 1 ZPO normiert dazu lapidar: „Das Gutachten ist stets zu begründen. Vor Darlegung seiner Ansicht hat der Sachverständige in denjenigen Fällen, in welchen der Abgabe seines Gutachtens die Besichtigung von Personen, Sachen, Örtlichkeiten udgl vorausging und die Kenntnis ihrer Beschaffenheit für das Verständnis und die Würdigung des Gutachtens von Belang ist, eine Beschreibung der besichtigten Gegenstände zu geben (Befund).“ Demnach handelt es sich bei dem Befund um die Darstellung der tatsächlichen Grundlagen für die weiteren fachlichen Schlussfolgerungen (vgl Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 362 ZPO Rz 1). Dieser Befund beruht in vielen Fällen auf Ermittlungen des Sachverständigen, auf die zur Wahrung der Rechte der Parteien die Regeln der ZPO über die Beweisaufnahme analog anzuwenden sind (vgl Rechberger aaO Vor § 351 ZPO Rz 2). Darauf wird unten näher eingegangen. Die Schlussfolgerungen aus diesem Befund, zu deren Gewinnung besondere Fachkenntnisse und Erfahrung benötigt werden, sind dann das Gutachten im engeren Sinn (Neumayr/Zahlr, Das ärztliche Gutachten<sup>5</sup> 75). Dabei hat sich der Sachverständige wiederum an den ihm gestellten Fragen (§ 359 Abs 1 ZPO; § 25 Abs 1 GebAG) zu orientieren.

## **3. Gutachtensauftrag (§ 359 Abs 1 ZPO; § 25 Abs 1 GebAG):**

Der Sachverständige ist, wie bereits ausgeführt, Mitarbeiter des Gerichtes, jedoch nicht Richter. Er vermittelt dem Gericht (1) die fehlende Kenntnis von Erfahrungssätzen, (2) zieht aufgrund seines Fachwissens Schlussfolgerungen aus einem feststehenden Sachverhalt oder (3) stellt aufgrund seiner besonderen Sach- und Fachkunde Tatsachen fest (vgl Rechberger aaO Vor §§ 351 ff ZPO Rz 1). Die Beweiswürdigung und die rechtliche Beurteilung kommen nur dem Gericht zu. Damit der Sachverständige seiner Rolle gerecht werden kann, muss das Gericht die an den Sachverständigen gestellten Fragen und von ihm zu ermittelnden Tatsachen möglichst genau angeben oder umschreiben. Das Gericht muss die Tätigkeit des Sachverständigen leiten und kann ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen erteilen. Der Richter hat dabei klar und eindeutig anzuordnen, was der Sachverständige zu klären hat. Wichtig ist die genaue und vollständige Formulierung der Beweisthemen. Bei einem strittigen Sachverhalt bestimmt das Gericht - ihm obliegt ja die Beweiswürdigung -, von welchen Anknüpfungstatsachen der Sachverständige in seinem Gutachten ausgehen soll. Erforderlichenfalls muss der Gutachter bei mehreren möglichen Varianten eines Geschehensablaufes zu jeder Stellung nehmen, wenn ihn das Gericht nicht auf eine Version einschränkt. Ist der Auftrag oder das zu klärende Beweisthema unklar oder ungenau formuliert, so hat der Sachverständige das Gericht darauf hinzuweisen und dessen Weisung einzuholen (§ 25 Abs 1 GebAG).

Oberste Pflicht des Sachverständigen ist seine Unbefangenheit. Er hat daher sogleich zu

prüfen, ob etwaige Ablehnungsgründe gegeben sein könnten, die er dem Gericht unverzüglich mitteilen muss (vgl Rechberger aaO § 355 ZPO Rz 10).

Der Experte hat das Gericht auch sogleich davon zu verständigen, wenn der Auftrag nicht in sein Fachgebiet fällt oder er einen weiteren Sachverständigen beiziehen muss.

Letztlich hat sich der Gutachter bereits von Anbeginn an seiner Kostenwarnpflicht im Sinn des § 25 Abs 1a GebAG zu erinnern, wenn ihn das Gericht oder die Staatsanwaltschaft nicht davon befreit hat. Andernfalls verlöre er nämlich den die Grenzen des § 25 Abs 1a GebAG übersteigenden Gebührenanspruch (vgl OLG Linz 7 Bs 110/10s mwN).

Hat der Sachverständige all diese Punkte geklärt, dann kann er mit der Befundaufnahme beginnen.

#### **4. Ermittlungen des Sachverständigen:**

##### **4.1. Allgemeines**

Das Gesetz sieht im Befund - wie sich aus § 362 Abs 1 ZPO ergibt - die Grundlage für die Schlussfolgerungen des Gutachtens (vgl Rechberger aaO § 359 Rz 1). Dabei hat jedoch der Sachverständige zu beachten, dass die Tatsachen grundsätzlich das Gericht festzustellen hat. Wenn aber bestimmte Tatsachenfeststellungen von vornherein nicht ohne besondere Fachkenntnisse möglich sind, und sich deshalb das Gericht der Sachverständigen bedient, hat er auch die entsprechenden Tatsachen zu klären. § 359 Abs 1 ZPO verpflichtet das Gericht, dem Sachverständigen diejenigen benötigten Gegenstände, Aktenstücke und Hilfsmittel mitzuteilen, die sich bei Gericht befinden. § 359 Abs 2 ZPO regelt, wie die Parteien oder dritte Personen, die einer entsprechenden Aufforderung des Sachverständigen nicht nachkommen, vom Gericht dazu zu veranlassen sind, die von ihnen erforderlichen Mitwirkungshandlungen zu setzen. Eine Zwangsmaßnahme bei Nichtbefolgung des gerichtlichen Auftrags durch die Parteien ist in § 359 Abs 2 ZPO allerdings nicht vorgesehen (vgl Rechberger aaO § 359 Rz 5). Weitere Vorschriften, auf welche Weise der Sachverständige die Tatsachen erkunden muss, die er seinem Befund zugrundelegen hat, enthält die ZPO nicht. Obwohl sich diese Frage in der Praxis beinahe in jedem Fall, in dem es zur Sachverständigenbestellung kommt, stellt, gibt es dazu kaum eine veröffentlichte Judikatur. In der Entscheidung SZ 61/138 (= 10 ObS 17/87) hat das Höchstgericht es für zulässig angesehen, dass der Sachverständige bei seiner Befundaufnahme die Parteien und allenfalls Dritte über die für sein Gutachten wesentlichen Umstände befragt. Es sprach weiters aus, *„dass eine solche Befragung keine nur dem Gericht vorbehaltene Parteien- oder Zeugenvernehmung darstellt, für welche Beweisaufnahmen besondere Vorschriften bestehen, die insbesondere durch die Verfahrensgrundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung ein richtiges Beweisergebnis gewährleisten*

sollen.“ Um dies zu erreichen, sah es das Höchstgericht als zweckmäßig an, den Sachverständigen den gerichtlichen Vernehmungen beizuziehen, damit er aus seiner Sachkunde ergänzende Fragen stellen und dadurch zu einer richtigen und vollständigen Klärung des Beweisthemas beitragen kann. Dies wird auch in der täglichen Gerichtspraxis so gehandhabt. Denn die Beweisaufnahme obliegt grundsätzlich dem Prozessgericht. Nur dann, wenn dem Richter die entsprechenden Fachkenntnisse und Wahrnehmungsmethoden fehlen, darf er sich zur Ermittlung von Tatsachen eines Sachverständigen bedienen (vgl Fasching aaO 102). Dann muss das Gericht dem Sachverständigen diejenigen Tatsachenbehauptungen der Parteien bekanntgeben, deren Richtigkeit er festzustellen hat. In diesen Fällen, wo zur Tatsachenermittlung besondere Fachkenntnis oder bestimmte, Fachkenntnis voraussetzende Feststellungsmethoden oder Erkenntnisbehelfe notwendig sind, bleibt der Sachverständige auf sich selbst gestellt; in diesem Bereich muss er zwangsläufig, um den gerichtlichen Auftrag zu erfüllen, selbst ermitteln. Diese Ermittlungstätigkeit ist materiell Beweisaufnahme, die mit den im Beweisverfahren herrschenden Prozessgrundsätzen in Einklang zu bringen ist (Fasching aaO 103). Demnach hat der Sachverständige bei seinen Ermittlungen den Dispositionsgrundsatz, den Verhandlungsgrundsatz sowie die Grundsätze des beiderseitigen rechtlichen Gehörs, die Waffengleichheit und des „fair trial“ zu beachten. Er hat sich daher auf die Tatsachenbehauptungen der Parteien zu konzentrieren und keine anderen - ihm nicht gestellten - Fragen zu klären. Denn nach dem österreichischen Zivilprozess stecken die Parteien durch ihre Tatsachenbehauptungen den Rahmen für die Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites ab (vgl Fasching in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Einl II/1 Rz 20). Der Sachverständige hat von allen nach außen tretenden und einer Kontrolle oder Mitwirkung durch die Parteien zugänglichen Ermittlungshandlungen beide Parteien so zeitgerecht zu verständigen, dass sie teilnehmen können. So können die Parteien die Ermittlungen und den Befund einerseits kontrollieren und andererseits durch geeignete Fragen und Hinweise fördern und vervollständigen. Der Sachverständige ist aber nicht verpflichtet, bei seiner Befundaufnahme von den Parteien mitgebrachte Privatgutachter zuzulassen (vgl Fasching in FS Matscher 104, 105). Er muss beide Parteien gleich behandeln. Zieht der Sachverständige bei seinen Ermittlungen nur eine Partei heran und gibt der anderen keine Gelegenheit, dabei anwesend zu sein, verletzt er den Grundsatz eines fairen Verfahrens. Eine solche Vorgangsweise ist nämlich geeignet, den äußeren Anschein eines gerechten Verfahrens zu verletzen (vgl Fasching aaO 105; Rechberger aaO § 359 Rz 1). Ausnahmen bestehen nur dort, wo besondere gesetzliche Schutzvorschriften den allgemeinen Zugang zum Ort oder Gegenstand der Erhebung verwehren; weiters, wo es sich um den Schutz der Intimosphäre einer von Ermittlungen erfassten Person handelt (körperliche Untersuchungen); wo im Ausnahmefall eine Verständigung der Partei nicht durchführbar ist (zB bei der Befundaufnahme über kurzfristig eintretende und zeitlich nicht vorher bestimmbare äußere Geschehnisse; zB Naturereignisse) und für lang dauernde wissenschaftliche oder

medizinische Untersuchungen besonders dann, wenn deren Abläufe äußerlich nicht begleitend sichtbar werden. In diesen Fällen müssen die Parteien auf den Befund oder das Gutachten verwiesen werden. Diese Beweisstücke sind ihnen rechtzeitig mitzuteilen. Dagegen können sie all das vorbringen, was sie bei sonstiger Anwesenheit bei den Ermittlungen selbst bereits vorgebracht hätten (Fasching aaO 105).

#### **4.2. Welche Tatsachen hat der Sachverständige zu ermitteln?**

Dem Sachverständigen obliegt nur die fachkundige Tatsachenfeststellung und deren sachkundige Beurteilung. Der Gerichtsauftrag gibt ihm diejenigen Tatsachen vor, die er ermitteln muss. Er hat also den Sachverhalt in fachkundiger Hinsicht so weit zu klären, dass er die ihm vom Gericht gestellten Fragen beantworten kann. Insoweit steckt der Auftrag an den Sachverständigen den Rahmen seiner Ermittlungen ab. Ist der Gerichtsauftrag nicht durch das Vorbringen der Parteien abgedeckt, also überschießend, dann berührt dies die Ermittlungsbefugnis des Sachverständigen nicht. Stößt allerdings der Sachverständige bei seinen Ermittlungen auf ihm für das Gericht wesentlich erscheinende Tatsachen, deren Feststellung durch den Gerichtsauftrag nicht gedeckt erscheint, dann hat er beim Gericht rückzufragen, wobei er auch diese zu klären habe. Nur wenn das Gericht - gegebenenfalls nach Erörterung mit den Parteien, wenn es an entsprechenden Parteienbehauptungen fehlt - seinen Gutachtensauftrag erweitert, darf er auch diese Tatsachen ermitteln; andernfalls hätte er seinen Auftrag überschritten (vgl Fasching in FS Matscher 105).

Daraus folgt, die im Gerichtsauftrag dem Sachverständigen gestellten Fragen grenzen ein, wozu der Sachverständige sein Gutachten zu erstatten hat. Der Sachverständige hat dann nach seinen Fachkenntnissen jene Methode auszuwählen, die sich zur Klärung der maßgebenden fachkundigen Tatfragen am besten eignet; die Wahl der Kenntnismethode gehört zum Kern der Sachverständigentätigkeit (vgl RIS-Justiz RS0119439). Die angewandte Erkenntnismethode gibt dann dem Sachverständigen vor, welche Befundtatsachen und allenfalls nötige Hilfstatsachen, um auf die erforderlichen Befundtatsachen zu schließen, zu klären sind.

#### **4.3. Tatsachenquellen:**

Quellen für den Befund des Sachverständigen sind insbesondere das Aktenstudium, die Besichtigung von Örtlichkeiten und Sachen, Untersuchungen von Personen, Sachen und Laboranalysen, Experimente und Rekonstruktionen, Pläne, Urkunden, Lichtbilder, Behördenauskünfte sowie die Befragung von Personen (Parteien, Zeugen) etc. Ein richtiger Befund ist das Fundament und damit unauslässliche Voraussetzung für ein zutreffendes Gutachten. Deshalb muss der Tatsachenstoff nicht nur prozessordnungsgemäß beschafft, sondern auch dem Regelbeweismaß der ZPO entsprechen, also mit hoher Wahrscheinlichkeit als gegeben anzunehmen sein (vgl RIS-Justiz RS0110701).

## **a) Aktenstudium**

Zu diesem Zweck hat das Gericht dem Gutachter gemäß § 359 Abs 1 ZPO alle verfügbaren Unterlagen zu übermitteln. Gemäß § 170 Abs 2 Geo kann das Gericht dem Sachverständigen auch - sofern er verlässlich ist - den Gerichtsakt für bestimmte Zeit anvertrauen, was in der Praxis der Regelfall ist. Die Akten und Unterlagen hat der Sachverständige sorgfältig zu studieren; es erscheint jedoch entbehrlich - wie es in der Praxis vielfach zu beobachten ist - daraus seitenweise Vorbringen und Aussagen zu zitieren. Es genügt, nur die für die fachkundigen Schlussfolgerungen erforderlichen Tatsachen im Befund anzuführen. Je weitwendiger unwesentliche Gegebenheiten oder gar nur Behauptungen wiedergegeben werden, desto eher besteht die Gefahr, dass der Leser oder gar der Sachverständige selbst die wesentlichen Geschehnisse verkennt. Die Konzentration auf die maßgeblichen Tatsachen trägt daher nicht nur beim Leser sondern auch beim Sachverständigen selbst dazu bei, Fehler zu vermeiden.

Vom unstrittigen - außer Streit stehenden - Sachverhalt kann der Sachverständige ohne weiteres ausgehen (vgl Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> §§ 266, 267 Rz 6). Ist dieser unstrittige Sachverhalt erkennbar unrichtig oder gar technisch unmöglich, wird der Sachverständige das Gericht darauf hinzuweisen haben. Dann kann das Gericht prüfen, ob es dennoch an das Geständnis gebunden ist (vgl Rechberger aaO §§ 266, 267 Rz 7). Bei den streitigen Tatsachen hat er jedoch streng darauf zu achten, selbst nur die fachkundigen Tatsachen, die das Gericht sonst nicht ermitteln könnte, zu klären und festzustellen. Alle anderen Tatsachen, die auch das Gericht ohne Sachkunde klären kann, muss der Sachverständige der Beweiswürdigung des Gerichtes vorbehalten. Diesbezüglich hat er entweder die Weisung des Gerichtes einzuholen, von welchem Geschehensablauf der Sachverständige auszugehen hat oder er hat zu sämtlichen in Frage kommenden Varianten sein Gutachten zu erstatten.

## **b) Augenschein**

Der gerichtliche Augenschein ist in den §§ 368 bis 370 ZPO geregelt. Darunter ist jede unmittelbare Sinneswahrnehmung des Richters über körperliche Eigenschaften oder Zustände von Personen und Sachen zu verstehen. Die Wahrnehmung kann durch jeden der menschlichen Sinne (Sehen, Hören, Schmecken, Riechen sowie Fühlen bzw Tasten) erfolgen (vgl Rechberger in Rechberger<sup>3</sup> § 368 ZPO Rz 1). Oft ist jedoch eine besondere Fachkunde erforderlich, um aus dem vermittelten Gesamtbild die erheblichen Fakten (Eindrücke) wahrzunehmen und zu verstehen. Dann erfolgt der Augenschein allein durch den Sachverständigen. Denn dieser hat den für den Befund notwendigen Sachverhalt, wenn ihn der gerichtliche Auftrag nicht auf die aktenkundigen Tatsachen beschränkt, selbst zu ermitteln. Er kann dazu unmittelbar an die Parteien und auch an Dritte herantreten und Sachen und

Örtlichkeiten besichtigen (vgl Rechberger in Rechberger<sup>3</sup> § 362 Rz 2).

In diesem Fall muss der Sachverständige die Besichtigung selbst organisieren, das heißt einen Termin bestimmen, die Anwesenheitsberechtigten - die Parteien sind ja zu beteiligen (siehe die obigen Ausführungen) - rechtzeitig benachrichtigen, den Termin durchführen und das von ihm wahrgenommene Bild feststellen, um dieses dann in seinem Gutachten auswerten zu können. Dabei ist der Sachverständige allerdings weder befugt, Zwangsmaßnahmen zu setzen, noch hat er das Recht auf Sitzungspolizei. Er darf daher nur solche Schritte und Maßnahmen setzen, die ihm die davon betroffenen Parteien oder Dritte gestatten. Der gerichtliche Auftrag im Bestellungsbeschluss berechtigte ihn nicht, mit Befehls- und Zwangsgewalt vorzugehen. Stößt er auf Schwierigkeiten, so hat er sich gemäß § 359 Abs 2 ZPO an das Gericht zu wenden. Dabei hat er die erforderlichen Mitwirkungshandlungen genau aufzulisten und die entgegenstehenden Hindernisse mitzuteilen. Das Gericht erteilt dann den Parteien (allenfalls auch Dritten) die nötigen Aufträge.

Im Befund hat der Sachverständige - was in der Praxis immer wieder versäumt wird - den Ort, das Datum, Beginn und Ende (Dauer) der Befundaufnahme sowie die Anwesenden anzugeben. Danach richtet sich nämlich nicht nur die Entlohnung des Sachverständigen, sondern auch diejenige der Parteienvertreter nach dem RATG. Sollte sich eine der Parteien vorzeitig entfernen, ist dies ebenfalls festzuhalten. Wenn eine Partei nicht erscheint, ist ein entsprechender Nachweis über deren Verständigung dem Befund beizulegen. Denn nur dann kann das Gericht beurteilen, ob eine Säumnis der Partei vorliegt, der Grundsatz des fairen Verfahrens also gewahrt wurde.

### **c) Beischaffung von Unterlagen**

Soweit die Unterlagen, die in den Gerichtsakten enthalten sind, für die Ermittlungen des Sachverständigen nicht ausreichen, stellt sich die Frage, ob der Sachverständige fehlende Unterlagen und Urkunden selbst beischaffen darf. Im Rahmen seiner diskretionären Gewalt kann der Richter auch amtswegig Urkunden beischaffen - wie sich aus § 183 Abs 1 Z 2 und 3 sowie Abs 2 ZPO ergibt (vgl Schragel in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 183 Rz 3) - wenn dies der Tatsachenaufklärung dient; es sei denn beide Parteien sprechen sich dagegen aus (§ 183 Abs 2 ZPO). Daher ist davon auszugehen, dass auch der Sachverständige, der ja als Helfer des Gerichtes tätig wird, in diesen Grenzen die von ihm benötigten zusätzlichen Unterlagen (Dokumente, Pläne, Unfallskizzen usw) direkt von den Parteien anfordern darf. Auch bei den so beigeschafften Urkunden ist § 298 Abs 3 ZPO zu beachten. Es ist daher der Gegner - sei es auch im späteren gerichtlichen Verfahren - zur Erklärung über die Echtheit und die Richtigkeit der beigeschafften Urkunden aufzufordern. Soweit die Parteien nicht mitwirken, hat der Sachverständige auch hier nach § 359 Abs 2 ZPO vorzugehen und die gerichtliche Hilfe zu beanspruchen. Zwangsmittel stehen dem Sachverständigen nicht zur Verfügung.

Dritte sind nur in den engen - hier nicht näher darzustellenden - Grenzen des § 308 ZPO verpflichtet, Urkunden auszufolgen; das diesbezügliche Verfahren setzt überdies einen Antrag des Beweisführers voraus. Eine Anfrage des Sachverständigen an Dritte sowie die Beischaffung von Urkunden von dritter Seite ist daher in der ZPO nicht vorgesehen. Macht es der Sachverständige dennoch und gelingt es ihm die abverlangten Urkunden bezuschaffen, so darf er diese auch verwerten. Ein Beweismittelverbot liegt nämlich insofern nicht vor. Die Sammlung des Prozessstoffes kann nur dort die Rechtssphäre der Partei berühren, wenn zu wenig Beweise aufgenommen werden (diese also für eine verlässliche Beurteilung der Sache nicht ausreichen), nicht aber im gegenteiligen Fall eines „zu viel“ an Beweismitteln (vgl 6 Ob 277/00d).

#### **d) Einholung von Auskünften**

Grundsätzlich kann der Sachverständige für ihn wesentliche Informationen auch bei Behörden und sonstigen Dritten erfragen (vgl Kodek in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 301 ZPO Rz 13 f). Dabei ist jedoch zu beachten, dass der (sachliche) Unmittelbarkeitsgrundsatz (vgl Fasching in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Einl II/1 Rz 42) nicht ausgehöhlt wird. So kann der Sachverständige etwa technische Daten (Maße, Gewichte, Materialbeschaffenheit etc), Grundstückspreise, baubehördliche Widmungen, Bodenklassen, Wetterauskünfte etc erheben. Die Quellen seiner Erhebungen muss der Sachverständige allerdings in seinem Befund genau angeben.

Zeugen darf allerdings der Sachverständige im Zivilprozess nicht selbständig vernehmen. Die so vernommenen Zeugen stehen nämlich nicht unter der Wahrheitspflicht wie vor Gericht (vgl dazu Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 359 ZPO Rz 2); sie könnten daher ungestraft sagen, was sie wollten. Rein informative Fragen des Sachverständigen an Zeugen sind jedoch als zulässig anzusehen; dies stellt keine Zeugenvernehmung dar (vgl Rechberger aaO; SSV-NF 2/53). Nicht als Zeugenvernehmung zu behandeln sind weiters Explorationen, wie sie in allen Verfahrensarten zur Erstattung von psychiatrischen, psychologischen oder medizinischen Gutachten erforderlich sind. Solche Befragungen der Betroffenen und (zusätzlich) von Personen aus ihrem Lebensumfeld gehören zu der Untersuchung (Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, § 16 Rz 225).

#### **e) Experimente und Rekonstruktionen**

Experimente sind wissenschaftliche (technische, chemische, physikalische, medizinische) Versuche, die vor allem dem Zweck dienen, Erfahrungssätze zu gewinnen oder zu bestätigen (Bayerlein aaO Rz 201). Sie dienen dem Sachverständigen auch dazu, Tatsachen festzustellen, insbesondere wie bestimmte Stoffe auf gewisse Einflüsse reagieren. Wie alle sonstigen Beweise der ZPO kommen auch Experimente als direkte oder indirekte Beweismittel in Frage. So können sie einerseits dazu dienen, die beweiserhebliche Tatsache unmittelbar (direkt) zu beweisen, zB, dass die Beschichtung einer Dachschindel bei einer

längeren Feuchtigkeits- und Frosteinwirkung abblättert, oder die Explosionsgefahr teilentleerter, kohlesäureversetzter Mineralwasserflaschen, wenn diese bis zum Gefrieren gekühlt werden (vgl 9 Ob 60/09b). Es lässt sich auch mit einem Beregnungsversuch feststellen, ob ein Dach dicht ist. Andererseits können Experimente auch Schlussfolgerungen von feststehenden tatbestandsfremden Tatsachen auf tatbestandsrelevante Tatsachen erlauben; umgekehrt kann mit ihrer Hilfe von bestimmten Folgen auf bestimmte Tatsachen als deren Ursache geschlossen werden. Zu nennen sind hier etwa Schussversuche, um festzustellen von wo und aus welcher Entfernung der Täter den Schuss abgab.

Für das Experiment hat der Sachverständige jene Methode auszuwählen, die die strittige maßgebende Tatfrage am besten klärt (vgl RIS-Justiz RS0119439). Bei den experimentellen Versuchen, die in den Räumen des Sachverständigen oder in Labors stattfinden haben die Parteien des Rechtsstreites kein Anwesenheitsrecht (vgl Bayerlein aaO Rz 204). Die Versuchsanordnung, der Verlauf des Experiments und das Ergebnis sind genau zu dokumentieren und im Gutachten darzulegen (Bayerlein aaO Rz 203). Nur so kann das Gericht die Ausführungen des Experten nachvollziehen. Gleichzeitig beugt der Sachverständige dadurch dem Einwand vor, die Wirklichkeit trüge sich anders zu, als in seiner Versuchsanordnung angenommen.

Die Rekonstruktion ist die naturgetreue Wiederherstellung der maßgebenden Umstände; sie ist als Erkenntnismittel mit dem Experiment eng verwandt (Bayerlein aaO Rz 205). Die Umstände sollen möglichst naturgetreu nachgestellt werden. Als Beispiele sind hier die Rekonstruktion des Tathergangs, wie sie vor allem im Strafverfahren vorkommt, aber auch die Rekonstruktion von Verkehrsunfällen zu erwähnen. Bei Verkehrsunfällen müssten an und für sich typengleiche Fahrzeuge am Ort des Geschehens bei gleichen Sicht-, Licht- und Witterungsverhältnissen so zusammenstoßen, wie sich damals der Unfall ereignet haben soll. Die maßgebenden äußeren Verhältnisse (Straßenführung etc) dürfen sich dabei nicht verändert haben. In der Praxis wird dieser Aufwand nicht betrieben. Man beschränkt sich auf eine Simulation des Unfalls am Computer. Äußerstenfalls findet eine Stellprobe statt. Bei der Rekonstruktion am Ort des Geschehens haben die Parteien im Zivilprozess ein Anwesenheitsrecht, weil es sich um eine besondere Art des Augenscheines handelt (vgl Bayerlein aaO Rz 207).

Auch hier ist der Verlauf der Rekonstruktion sowie deren Ergebnis genau zu dokumentieren (Videoaufnahmen, Fotos, Messungen, Protokoll).

#### **f) Messungen und Untersuchungen**

Messungen und Untersuchungen hat der Sachverständige grundsätzlich nach den in seinem Berufsstand anerkannten bzw dem Stand der Technik entsprechenden Methoden durchzuführen (§ 1299 ABGB). Die zu untersuchenden Gegenstände darf er grundsätzlich

nicht beschädigen. Ist eine beschädigende oder gar zerstörende Untersuchung notwendig, so darf der Sachverständige diese nur dann durchführen, wenn die Parteien (bzw. allenfalls berechnete Dritte) sowie das Gericht zustimmen. Ein Sachverständiger etwa, der beauftragt ist, die Ursache für entstandene Fugen in einem Parkettboden zu ermitteln, darf den Boden - um den Bodenaufbau zu eruieren - erst dann öffnen, wenn die Parteien und das Gericht dies gestatten.

Der Verlauf der Untersuchung ist nach Zeit, Ort, Methode, Untersuchungsanordnung, verwendeten Geräten, zugezogenen Hilfskräften etc. zu dokumentieren. In geeigneten Fällen bieten sich zusätzlich Fotos und Videoaufnahmen an, um den Parteien und dem Gericht die Erhebung nachhaltig zu veranschaulichen. Eine sorgfältige Dokumentation trägt wesentlich dazu bei, den Befund plausibel zu gestalten. Überdies unterbindet der Sachverständige damit von vornherein regelmäßig viele Einwendungen der Parteien. Eine lückenlose Darstellung der einzelnen Schritte macht nämlich den Befund verständlich. Eine genaue Arbeit des Sachverständigen in diesem Stadium hilft ihm nicht nur, eine Vielzahl von Fragen einer Gutachtenserörterung vorweg zu nehmen, sondern auch von vornherein Fehler zu vermeiden. Findet eine Untersuchung an Ort und Stelle statt, sind - wie oben bereits ausgeführt - die Parteien dieser Befundaufnahme hinzuzuziehen.

Abschließend ist nochmals festzuhalten: Je sorgfältiger der Sachverständige seine Erhebungen dokumentiert, desto eher kann er Einwendungen der Parteien begegnen.

## **5. Befund:**

Im Befund müssen alle Tatsachen angeführt sein, auf die sich die Schlussfolgerungen des Sachverständigen (das Gutachten) stützen. Der Befund lässt sich untergliedern in eine Feststellungsebene und in eine Begründungsebene.

Auf der Feststellungsebene sind die vom Sachverständigen für objektiviert angenommenen, oder ihm von den Parteien - mittels Außerstreitstellungen - oder vom Gericht vorgegebenen Tatsachen anzuführen. Dies allerdings nur in dem Umfang, als sie für die fachliche Beurteilung des Sachverständigen (sein Gutachten) bedeutend sind. Die vom Sachverständigen angewandte Methode, also die fachlichen Gesichtspunkte, die zu verlässlichen Ergebnissen führen, geben dem Sachverständigen die Schablone dafür vor, welche notwendigen Tatsachen er im Befund zu objektivieren hat.

Auf der Begründungsebene hat der Sachverständige im Befund anzugeben, warum die notwendigen Tatsachen objektiviert sind. Hier ist der Wahrscheinlichkeitsgrad, der für die tatsächliche Annahme im Befund spricht, ganz entscheidend. Erst dadurch wird eine Differenzierung möglich, ob eine Tatsache im Prozess als erwiesen anzunehmen ist oder eine bloße Hypothese darstellt. Ungenügend abgesicherte Untersuchungsergebnisse darf der

Sachverständige in seinem Befund keinesfalls als eindeutig und sicher darstellen. Setzt er sich mit den Wahrscheinlichkeitsgraden und Argumenten, die für und gegen die Tatsachen sprechen, auseinander, so hilft ihm dies gleichzeitig, Unsicherheiten zu erkennen und einzugrenzen. Das Regelbeweismaß der ZPO ist die hohe Wahrscheinlichkeit (RIS-Justiz RS0110701). Dieses Beweismaß hat wiederum eine gewisse Bandbreite; es hängt sowohl von den objektiven Umständen des Anlassfalls, als auch von der subjektiven Einschätzung des Richters ab, wann er diese „hohe“ Wahrscheinlichkeit als gegeben ansieht - so 7 Ob 260/04t. Der Sachverständige wird daher nicht bloß die von ihm angenommene Wahrscheinlichkeit zu klassifizieren, sondern all jene Umstände, die für und gegen den von ihm angenommenen Wahrscheinlichkeitswert sprechen, detailliert zu erörtern haben. Erst dadurch kann der Richter in die Lage versetzt werden, zu beurteilen, ob der für eine tatsächliche Annahme erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht wird. Von einem Gutachten ist in jedem Fall zu erwarten, dass es methodisch korrekt verfasst und sorgfältig begründet ist. Der Experte hat hier offenzulegen, auf welche fachlichen Grundlagen, Autoritäten und Quellen er sich stützt (vgl Attlmayr, Handbuch des Sachverständigenrechts, Rz 6.005). Nur dann, wenn die erheblichen Tatsachen außer Streit stehen oder das Gericht eine zu beurteilende Variante vorgibt, ist hier nicht weiter zu argumentieren. In allen anderen Fällen muss der Gutachter die Quellen für seine tatsächlichen Annahmen detailliert abhandeln und logisch nachvollziehbar besprechen, warum sich daraus die im Befund angeführten Tatsachen objektiv ableiten. Auch hier legt § 1299 ABGB den einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab fest. Vom Sachverständigen ist daher zu fordern, nach den typischen Fähigkeiten seines Berufsstandes die Tatsachen nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Technik zu erforschen, und genau und verständlich zu begründen, wie er dies machte. Nur so stellt er die Schlüssigkeit seiner Ausführungen sicher. Ist die Begründung des Sachverständigen für seine tatsächlichen Annahmen unvollständig, lückenhaft bzw in sich nicht plausibel, so setzt er sich nicht nur begründeten Einwänden der Parteien aus, sondern läuft auch Gefahr, einen falschen Befund seinen gutachterlichen Schlussfolgerungen zugrunde zu legen. Bei einer derart fehlerhaften Begründung müsste das Gericht den Befund als ungenügend im Sinn des § 362 Abs 2 ZPO einstufen, und - um einen Verfahrensfehler zu vermeiden - auf eine Schlüssigkeitstellung drängen (vgl Rechberger in Rechberger<sup>3</sup> § 362 Rz 6). Wird entgegen dem ein solches „Gutachten“ einer Entscheidung zugrundegelegt, liegt ein wesentlicher Verfahrensfehler vor (vgl Attlmayr aaO Rz 6.013).

## **6. Gutachten:**

Im Gutachten beantwortet der Sachverständige die ihm gestellten Fragen. Regelmäßig, wenn er nicht bloß Tatsachen festzustellen oder Erfahrungssätze mitzuteilen hat, zieht er aus dem aufgenommenen Befund aufgrund seiner besonderen Fachkunde Schlussfolgerungen. Diese bilden dann das Gutachten im eigentlichen Sinn (vgl Attlmayr aaO Rz 6.017). Auch hier hat

der Sachverständige seine Antwort zu begründen. Er muss nun basierend auf dem Befund nachvollziehbar darlegen, wie er zu seiner Beurteilung kommt (vgl. Attlmayr aaO Rz 6.017). Das Gutachten ist schlüssig, vollständig und frei von Widersprüchen zu begründen (vgl. § 362 Abs 2 ZPO). Dies erfordert, dass die angewandte Methode und die angestellten Überlegungen und Erwägungen so verständlich erklärt werden, dass der Richter und die Parteien überprüfen können, ob die aus dem Befund gezogenen Schlüsse logisch sind und den „*Erfahrungen des täglichen Lebens*“ entsprechen, zumindest nicht widersprechen (vgl. Attlmayr aaO 6.028 f). Klare, präzise und auf den Punkt gebrachte Antworten auf die gestellten Fragen, die nachvollziehbar und für einen Fachmann überprüfbar begründet sind, überzeugen nicht nur den kritischen Leser (Richter und Parteien), sondern unterstützen gleichzeitig den Sachverständigen dabei, keine ungenügend abgesicherte Schlussfolgerungen zu ziehen und so Fehler hintanzuhalten. Unvermeidbare Ungenauigkeiten, wie sie etwa bei der Schätzung von Kollisionsgeschwindigkeiten bei Verkehrsunfällen anhand dokumentierter Deformationsschäden oder der dadurch bedingten Reparaturkosten auftreten, kann der Sachverständige durch Angabe einer Größenordnung oder eines Rahmens Rechnung tragen. Sind gewisse Schlussfolgerungen nach den technischen oder naturwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht mit absoluter Exaktheit zu ermitteln, so hat der Gutachter dafür die Wahrscheinlichkeitsgrade - auf die obigen Ausführungen zu Punkt 3 wird verwiesen - darzustellen. Bloße Spekulationen, vage Andeutungen und irrationale Wertungen haben in einem Sachverständigengutachten nichts zu suchen (vgl. Rudolph in Praxishandbuch Sachverständigenrecht § 30 Rz 15). Vielmehr hat der Sachverständige rational innerhalb seiner fachlichen Kompetenz zu argumentieren und stets darauf zu achten, aus dem (objektivierten) Befund nur dasjenige abzuleiten, was sich als gesicherte und anerkannte Erkenntnis seiner Wissenschaft und Fachkunde darstellt. Der Sachverständige darf in seinem Gutachten nur solche Aussagen treffen, die er fachlich vertreten und für die er geradestehen kann. Das für richtig Erkannte soll er jedoch klar und deutlich aussprechen, auch wenn es für einen Beteiligten schwerwiegende Folgen haben kann (vgl. Rudolph aaO Rz 19 f). Jeder Sachverständige ist verpflichtet, sein Gutachten sorgfältig und korrekt zu erstatten. Dafür trägt er die Verantwortung und dafür haftet er nach den schadenersatzrechtlichen Bestimmungen des ABGB.

**7. Zusammenfassung, Checkliste** (laut Attlmayr in Attlmayr/Walzel, Handbuch Rz 6.106):

**7.1. Zusammenfassung:**

Das Gutachten gliedert sich in zwei Teile: Befund und Gutachten im engeren Sinn. Der Aufbau eines Gutachtens ist nicht gesetzlich vorgegeben, sollte aber so aufgebaut werden, dass im Wesentlichen folgende Fragen beantwortet werden:

- Was wird begutachtet?
- Welche Fragen sind an den Sachverständigen gerichtet?
- Welche Unterlagen (Aktenteile, Pläne etc) liegen zur Begutachtung vor?
- Welche Normen, Richtlinien und sonstige Quellen wurden verwendet?
- Welcher Befund wurde erhoben?
- Nach welchen Kriterien wurde begutachtet?
- Zu welchen Schlussfolgerungen kommt der Sachverständige und warum?

## **7.2. Checkliste für Sachverständigengutachten:**

### **7.1.1. Vor Erstattung des Gutachtens:**

- **Anfrage**
  - Bestätigung der Anfrage
  - Kostenwarnung nach § 25 Abs 1a GebAG
  - Bei privaten Auftraggebern allenfalls Abgabe einer Schätzung der voraussichtlichen Kosten; Vereinbarung eines Kostenvorschusses
- **Fachliche Vorprüfung**
  - einschlägiges Fachgebiet?
  - Spezielle Erfahrungssätze oder spezielles Fachwissen nötig?
  - Ist technische Ausrüstung verfügbar und für die Bewältigung der Aufgabe ausreichend?
    - ➔ falls nein: Auftrag ablehnen
- **Prüfung allfälliger Befangenheits- oder Ausschließungsgründe**
  - ➔ bei Bedenken: Mitteilung an das Gericht, allenfalls gleich Auftrag ablehnen
  - Ist Vorprüfung positiv: Erstattung des Gutachtens

### **7.1.2. Erstattung des Gutachtens**

- **Formales**
  - Bezeichnung des Gerichtes bzw des Auftraggebers
  - Bezeichnung des Sachverständigen

- Anführung des Verfahrens und der Aktenzahl
- Ort und Datum
- Anzahl der Ausfertigungen
- **Begutachtung**
  - Wiedergabe des Auftrags
    - möglichst präzise Wiedergabe des Beweisthemas und der Fragestellung
    - methodische Vorgaben und Weisungen des Auftraggebers festhalten
    - Dokumentation der getroffenen Annahmen und Einschränkungen
  - Darstellung der zur Verfügung gestellten Unterlagen
    - Auflistung der eingesehenen Akten, Pläne, Beschreibungen etc.
    - Klarstellung, in welche nicht vorgelegten Unterlagen Einsicht genommen wurde (zB elektronische Firmenbuch- oder Grundbuchabfrage), bzw nicht Einsicht genommen wurde
  - Darstellung der verwendeten Normen, Richtlinien oder sonstigen Quellen
  - Befund
    - allgemeine Beschreibung des Begutachtungsobjektes (Situation, Lage, Zustand etc)
    - Ergebnisse eines Augenscheins
    - Mess- und Untersuchungsergebnisse
    - Zitate aus Gutachten, Stellungnahmen anderer Sachverständiger oder Untersuchungsstellen (wenn Gutachten auf diesen aufbauen soll)
  - Begutachungskriterien
    - Darstellung der Beurteilungsunterlagen
    - Auflistung der Beurteilungskriterien
    - aus all dem sind die gesicherten Tatsachen abzuleiten, zu formulieren und sodann ist nachvollziehbar zu begründen, warum diese mit hoher Wahrscheinlichkeit als gegeben anzunehmen sind

- Gutachten im engeren Sinn
  - stets von den gesicherten Tatsachen ausgehen; keine Abweichungen vom erhobenen Befund
  - Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen, Methoden oder Erkenntnissen, wenn diese sich auf das Ergebnis des Gutachtens auswirken können
  - auf bereits vorgebrachte Einwendungen von Parteien und Beteiligten eingehen
  - Offenlegung der Erkenntnisquellen
  - Anführen der Gründe, die zum jeweiligen Urteil geführt haben
- Zusammenfassung und Ergebnis
  - Knappe und präzise Zusammenfassung der Ergebnisse
  - Klare Beantwortung der im Gutachtensthema gestellten Fragen
- formeller Abschluss
  - eigenhändige Unterschrift
  - Rundstempel (bei allgemein gerichtlich beeideten und zertifizierten Sachverständigen)
  - allenfalls Erklärung, dass das Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen des Sachverständigen erstattet wurde.

gespeichert: sta unter „H“ **Vortrag-Sachverständigenverband**