

# Privatgutachten im Spannungsfeld von Standesregeln, Wirtschaftlichkeit, Beweismaß und Rechtsrahmen

## 1. Allgemeines

Es mag auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheinen, sich vom Standpunkt der **Gerichtssachverständigen** aus mit **Privatgutachten** zu befassen. Denn im Zentrum der Überlegungen steht in der Regel schon wegen der Begriffsbestimmung der hier erfassten Personengruppe immer das für ein **Gericht**, eine **Staatsanwaltschaft** oder eine **Verwaltungsbehörde** im **hoheitlichen Auftrag** erstattete **Gutachten**. Die folgenden Ausführungen werden aber zeigen, dass der Tätigkeit als **Privatgutachterin** oder als **Privatgutachter** neben der Gerichtssachverständigentätigkeit durchaus **eigenständige Bedeutung** zukommt, zumal die beiden **Tätigkeiten nahe verwandt** sind und durchaus auch **Wechselwirkungen** haben.

### 1.1. Definition

**Privatgutachten** werden nicht über gerichtlichen, staatsanwaltschaftlichen oder verwaltungsbehördlichen Auftrag, sondern im **Auftrag einer Partei** erstellt. Die Definition des Begriffes enthält daher auch eine **Abgrenzung**, die sehr treffend zum Ausdruck bringt, dass bei vielen Gemeinsamkeiten ein ganz **wesentlicher und prägender Unterschied** besteht: Die **Person des Auftraggebers** und damit auch ihre Rechtsstellung in Beziehung zur Person der oder des **Sachverständigen**, die/der dann den **Auftrag ausführt**.

Eine **gesetzliche Definition** des Begriffes fehlt, ja er kommt überhaupt in keinem Bundesgesetz vor!

### 1.2. Anwendungsbereiche

**Privatgutachten** haben einen **universellen Anwendungsbereich**. Die wichtigsten **Verwendungsmöglichkeiten** seien hier aufgezählt:

- **Orientierung** des Auftraggebers über **Tatsachen und Zusammenhänge**;
- **Begleitung und Kontrolle** ablaufender Prozesse, zB eines Bauvorhabens;
- **Prüfung der Erfolgsaussichten** zur Vorbereitung einer Auseinandersetzung;
- **Abschätzung der Höhe** geltend zu machender Ansprüche;

- **Kontrolle der Tätigkeit von Gerichtssachverständigen**;
- **Vorbereitung der Befragung von Gerichtssachverständigen**.

## 2. Erstattung von Privatgutachten

### 2.1. Vertragsverhältnis

Da ein Privatgutachten nicht im hoheitlich erteilten Auftrag einer Behörde, sondern im **Auftrag einer Privatperson** erstattet wird, gehört das dabei begründete **Rechtsverhältnis** in den Bereich des **Privatrechts**. Die Rechte und Pflichten der Beteiligten ergeben sich dabei **nicht primär aus dem Gesetz**, sondern in erster Linie aus dem zwischen ihnen abgeschlossenen **Vertrag**, dessen Regelungen durch **ergänzende gesetzliche Bestimmungen** für den jeweiligen Vertragstyp komplettiert werden.

#### 2.1.1. Vertragstyp

Die klassische Gutachtertätigkeit, die in der **Feststellung und Beschreibung von Tatsachen** (Befund) und/oder dem **Ziehen von Schlussfolgerungen** aus ermittelten Tatsachen unter Anwendung von **Erfahrungssätzen** besteht, wird dabei meist den Regeln über den **Werkvertrag** (§§ 1151 f, 1165 ff ABGB) zu unterstellen sein. Der Auftraggeber erwartet bei einem Gutachtensauftrag typischerweise nämlich nicht nur das **fachgerechte Bemühen**, wie es für einen **Dienstvertrag** (§§ 1151 f, 1153 ff ABGB) charakteristisch ist, sondern einen **Erfolg** in Form einer im Vorhinein beschriebenen **Gutachterleistung**. Dass in der Regel das **Ergebnis** im Sinn einer konkreten gutachterlichen Aussage noch nicht feststeht, schadet dabei nicht. Manchmal – insbesondere bei rechtsgeschäftlicher Tätigkeit – kommen auch **Aspekte des Auftragsvertrages** (§§ 1002 ff ABGB) in Betracht.

In bestimmten Fallkonstellationen kann auch ein **freier Dienstvertrag** vorliegen. Dabei wird anders als beim Werkvertrag **kein Werk**, sondern ein „**Wirken**“ geschuldet. Die §§ 1151 ff ABGB sind dabei zwar nicht unmittelbar anwendbar, es sind jedoch diejenigen Normen beachtlich, die nicht von der **persönlichen Abhängigkeit** des Dienstnehmers ausgehen oder den **sozial Schwächeren schützen** sollen.<sup>1</sup>

Ein klassischer **Dienstvertrag** iSd §§ 1151 f, 1153 ff ABGB scheidet deshalb aus, weil die für diesen charakteristische **persönliche Abhängigkeit** und **Weisungsunterworfenheit** mit der auch für die Erstattung von Privatgutachten zu fordernden **Unabhängigkeit des Gutachters nicht vereinbar** ist.

### 2.1.2. Vertragsabschluss

Allen in Betracht kommenden Vertragstypen ist gemeinsam, dass ihr **Abschluss** grundsätzlich **formfrei möglich** ist. Verträge über die Erstattung eines Privatgutachtens können daher **schriftlich, mündlich, ausdrücklich und sogar schlüssig abgeschlossen** werden. Als **Mindestvoraussetzungen** für einen gültigen Vertragsabschluss sind **übereinstimmende Willenserklärungen** zu fordern, die einen hinreichend **konkreten Vertragsinhalt** festlegen. Entsprechend der im Privatrecht herrschenden **Gestaltungsfreiheit** kann dieser Inhalt innerhalb gewisser Schranken **frei gewählt** werden. Als Mindestinhalt muss Klarheit darüber bestehen, welche **konkrete Gutachterleistung** geschuldet wird. Alle anderen Rechte und Pflichten – auch etwa die Honorarfrage – müssen nicht notwendigerweise einzeln geregelt werden, sie ergeben sich dann entweder aus subsidiär geltenden **gesetzlichen Bestimmungen** oder aus einer vorzunehmenden **ergänzenden Vertragsauslegung**.

### 2.1.3. Allgemeine Geschäftsbedingungen?

Bei **Privatgutachten** kann die **Rechtsbeziehung** zum Auftraggeber relativ **frei gestaltet** werden. Bei häufiger Privatgutachtertätigkeit liegt es nahe, gewisse **Grundregeln** für das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer **im Vorhinein aufzustellen** und damit für das konkrete Vertragsverhältnis verbindlich zu machen. Unter derartigen **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB) versteht man für eine Vielzahl von Verträgen **vorformulierte Vertragsbedingungen**, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

Für die Privatgutachtertätigkeit wesentliche Fragen, die in AGB geregelt werden können, sind etwa:

- **Auftragsdurchführung;**
- **Termine und Fristen;**
- **Mitwirkung des Auftraggebers;**
- **Geheimhaltung;**
- **Gewährleistung;**
- **Haftung;**
- **Auflösung des Vertrages.**

Bei einem Vertragsabschluss unter Zugrundelegung von AGB sind zwei wichtige Aspekte zu beachten:

- **AGB müssen zum Inhalt des Vertrages werden:** Dies geschieht in der Regel durch **Vereinbarung**.

Diese kann etwa dadurch erfolgen, dass vor Vertragsabschluss **deutlich auf die AGB hingewiesen** wird und der Auftraggeber einwilligt. Die **Zustimmung** durch den anderen Vertragsteil kann aber auch **konkudent, stillschweigend** erfolgen, indem er etwa den **Vertrag in Kenntnis der Geschäftsbedingungen abschließt**, etwa weil sie ihm im Vorfeld ausgehändigt wurden. Zweckmäßigerweise sollte daher schon in einem **schriftlichen Offert**, jedenfalls aber im schriftlichen **Vertragstext**, sinngemäß folgender Hinweis verwendet werden: „Es gelten die Allgemeinen Auftragsbedingungen für Sachverständige.“ Es ist auch ratsam, dem **Auftraggeber** ein **Exemplar** dieser Bedingungen **auszufolgen** und ihn dies bestätigen zu lassen. Auch bei einer bloß mündlichen Auftragserteilung ist ein deutlicher Hinweis und die Ausfolgung der Bedingungen ratsam.

- **Es bestehen inhaltliche Schranken:** Allzu große **Verschiebungen des Interessengleichgewichts** zwischen den Parteien sind problematisch, weil darin ein **Verstoß gegen die guten Sitten** liegt (vgl dazu den „Klauselkatalog“ des § 6 Abs 1 und 2 KSchG). Weiters sind **unklar oder unverständlich (intransparent) abgefasste Bestimmungen** jedenfalls gegenüber Verbrauchern unwirksam (§ 6 Abs 3 KSchG). Im Hinblick auf das **Instrument der Verbandsklage** (§§ 28 ff UWG) ist bei der inhaltlichen Gestaltung von AGB höchste Vorsicht geboten.

Im Landesverband Wien, Niederösterreich und Burgenland wurden **Allgemeine Auftragsbedingungen für Sachverständige** (in einer Fassung für Unternehmergeschäfte) ausgearbeitet. Ein Download ist unter <http://wien.gerichtsv.at> unter Service – Muster möglich. Wenn der **Auftraggeber** allerdings **kein Unternehmen betreibt** oder der **Gutachtensauftrag nicht unternehmensbezogen** ist, dürfen diese Bedingungen **nicht verwendet** werden!

### 2.2. Honorierung

Im Zusammenhang mit der Erstattung von Privatgutachten stellt die Frage des dafür zu entrichtenden **Honorars** einen ganz zentralen Punkt dar. Unabhängig von der Frage des konkret gewählten Vertragstyps ergibt sich hier der aus der Privatautonomie und dem aus ihr abgeleiteten Grundsatz der Gestaltungsfreiheit folgende Grundsatz des **Vorrangs der vertraglichen Vereinbarung**. Das bedeutet, dass es für die Honorarfrage zunächst darauf ankommt, was die Parteien bei der Auftragserteilung **vereinbart** haben. Nur bei **Fehlen einer Vereinbarung** ist auf ein „**angemessenes Entgelt**“ (§ 1152 ABGB) abzustellen.

#### 2.2.1. Vereinbartes Honorar

Diese **Vereinbarung** kann **ausdrücklich** erfolgen, sie kann sich im Einzelfall aber auch **schlüssig** ergeben: Wurden etwa schon **mehrere Gutachtensaufträge** zu bestimmten **Honorarkonditionen** abgewickelt, so kann bei weiteren Aufträgen angenommen werden, dass diese **Konditionen**

wiederum gelten sollen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.

Natürlich bestehen für den Inhalt einer solchen Vereinbarung gewisse Schranken. Die Höhe des Honorarsatzes ist zwar grundsätzlich nach oben nicht beschränkt. Nützt aber jemand Leichtsinns, Zwangslage, Verstandeschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch aus, dass er sich eine Leistung versprechen lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnis steht, so ist diese Honorarvereinbarung wegen Wuchers nichtig (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB). Liegt der Verkehrswert der Gutachterleistung unter der Hälfte – oder, was selten vorkommt, über dem Doppelten – des vereinbarten Honorars, kann der Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden (§ 934 ABGB).

Eine Untergrenze des Honorars gibt es nicht, es kann auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden.

In manchen Fällen wird sich die Honorarvereinbarung an Tarifen und Empfehlungen orientieren, die sich ungeachtet der europarechtlich bedingten Unwirksamkeit solcher Gebührenempfehlungen<sup>2</sup> in der Berufsgruppe der oder des Sachverständigen zum Teil immer noch finden, wie etwa die Autonomen Honorarrichtlinien der Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten. Eine solche Vereinbarung ist nicht deshalb unwirksam, weil sie sich auf eine unzulässige Honorarempfehlung stützt.

Letztlich können natürlich auch die Honorarsätze des Gebührenanspruchsgesetzes (GebAG) vereinbart werden.

## 2.2.2. Angemessenes Honorar

Fehlt eine Vereinbarung über ein Honorar, so wird bei Dienst- und Werkverträgen Entgeltlichkeit vermutet. Unentgeltlichkeit kommt nur in Betracht, wenn sie vereinbart wurde und dies auch bewiesen wird.<sup>3</sup>

Bei sämtlichen in Frage kommenden Vertragstypen (Werkvertrag, Auftrag, freier Dienstvertrag) ist bei fehlender Entgeltvereinbarung § 1152 ABGB anzuwenden.<sup>4</sup> Danach gilt ein angemessenes Entgelt als vereinbart. Angemessen ist jenes Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt.<sup>5</sup> Es ist daher auf die Marktlage abzustellen. Die Feststellung der Höhe wird dabei gewissen Schwierigkeiten begegnen. Als Orientierungshilfe können anstelle der nicht mehr geltenden Honorar- und Gebührenordnungen nunmehr die Rahmengebührensätze des § 34 Abs 3 GebAG gelten, die ja unter Berücksichtigung der seinerzeitigen Höhe dieser Gebührenordnungen erstellt wurden. Zentrale Bedeutung wird dabei im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung auch der Bestimmung des § 273 Abs 1 ZPO zukommen, die eine Festsetzung nach richterlichem Ermessen ermöglicht.

## 2.2.3. Warnpflicht

Punkt 1.8 der Standesregeln normiert auch für Privatgutachten ein Warn- und Aufklärungspflicht: Bei drohender Unverhältnismäßigkeit des zu erwartenden Honorars zum Wert des Streitgegenstandes oder zum Wert des vom Auftraggeber verfolgten Interesses trifft den Sachverständigen eine Warn- und Aufklärungspflicht gegenüber dem Auftraggeber.

## 2.3. Einordnung im Berufsfeld des Gerichtssachverständigen

Die Listenerfassung ständig beeideter Sachverständiger reicht weit in das 19. Jahrhundert zurück (vgl etwa RGBl 1868/33 sowie die Zivilverfahrensgesetze 1898).<sup>6</sup> Seither war es den Gerichtssachverständigen zugestanden, in untergeordnetem Umfang auf ihrem Fachgebiet auch Privatgutachten zu erstellen. Diese Gutachtertätigkeit wurde in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung<sup>7</sup> als freiberufliche und nicht als gewerbliche Tätigkeit angesehen, wenn die vom Sachverständigen angewendeten Methoden denjenigen entsprechen, die Ziviltechniker anwenden, und wenn die Gutachten in ihrer Aussagekraft jenen von Ziviltechnikern gleichen. Eine gewisse Privatgutachtertätigkeit der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen fällt daher unter den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs 1 Z 10 GewO.<sup>8</sup>

## 2.4. Auftragsdurchführung

Infolge der dem Privatrecht eigenen Gestaltungsfreiheit wird die Durchführung des Auftrags zur Erstattung eines Privatgutachtens in hohem Ausmaß durch die zwischen den Parteien des Gutachtensauftrages getroffenen Vereinbarungen bestimmt. Es ist daher darauf zu achten, dass hier entsprechend präzise Festlegungen erfolgen. Soweit Parteienvereinbarungen nicht bestehen, gelten die dispositiven Regelungen des Gesetzes, die in der Folge in Grundzügen dargestellt werden. Eine nicht zu unterschätzende Bedeutung kommt dabei auch dem Standesrecht zu.

### 2.4.1. Persönliche Ausführung

Geht man von der praktisch immer vorliegenden Grundform des Werkvertrages aus, so verpflichtet § 1151 Abs 1 ABGB den Sachverständigen, das Gutachten „persönlich oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen“. Damit wird die auch im Gerichtsverfahren zentrale Bedeutung der persönlichen Verantwortlichkeit des Sachverständigen für die Erstattung des Gutachtens betont.

Die in § 1151 Abs 1 ABGB primär genannte Verpflichtung zur persönlichen Ausführung ergibt sich mitunter aus den Umständen (§ 863 ABGB), vor allem, wenn es auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt (§ 1171 ABGB), die Werkerstellung somit eine höchstpersönliche Schuld ist.<sup>9</sup> Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Kenntnisse und Fähigkeit des konkreten Sach-

verständigen für die **Qualität des Gutachtens** wird man auch für Privatgutachten eine **Verpflichtung zur persönlichen Ausführung** und damit eine **höchstpersönliche Schuld** annehmen müssen. Eine **gänzliche oder teilweise Substitution des Gutachtensauftrags** an andere Gutachter („Subgutachten, Hilfgutachten“) ist daher in der Regel ausgeschlossen.

Dies bedeutet aber nicht, dass der Sachverständige zur Erfüllung des Auftrags keine **Hilfskräfte** einsetzen dürfte. Ähnlich wie im Gerichtsverfahren wird man aber eine solche Unterstützung dahin begrenzen müssen, dass der Sachverständige den **ordnungsgemäßen Ablauf** immer noch „**in der Hand behalten**“ muss. Insbesondere die Erstattung des Gutachtens im engeren Sinn, also das Ziehen der aus dem gewonnenen Sachverhalt resultierenden **Schlussfolgerungen** wird wohl **jedenfalls dem Sachverständigen vorbehalten** bleiben. Unter diesen Voraussetzungen wird man auch die Einholung von **Hilfsbefunden**, also von Befundungen ohne eigene Begutachtung, zu beurteilen haben.

### 2.4.2. Objektivität, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit

Nach Punkt 1.2 der Standesregeln hat der Sachverständige die mit seinem **Eid** (§ 5 Abs 1 Sachverständigen- und Dolmetschergesetz – SDG) übernommenen Verpflichtungen bei jeder Sachverständigentätigkeit, in wessen Auftrag sie auch immer erfolgt, **sorgfältig und gewissenhaft einzuhalten**. Er hat daher sowohl im Verfahren vor den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Verwaltungsbehörden, aber auch als **Privatgutachter** die **Gegenstände eines Augenscheins sorgfältig zu untersuchen**, die gemachten **Wahrnehmungen** aus Augenschein und Aktenlage **treu und vollständig anzugeben** und den **Befund und das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen** und nach den **Regeln der Wissenschaft, der Kunst, der Technik, des Gewerbes oder seines Fachgebiets** abzugeben.

Damit wird eindeutig klargestellt, dass die **Grundprinzipien der Objektivität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit** nicht nur für die im behördlichen Auftrag erstellten Gutachten, sondern **auch für Privatgutachten gelten**.

### 2.4.3. Befundaufnahme

Die **Ermittlungstätigkeit**, die zur **Feststellung und Beschreibung von Tatsachen** führt, die für die nachfolgende Beurteilung der Fachfrage – das Gutachten – notwendig sind (Befundaufnahme), ist bei einem Privatgutachten im hohen Maß von der **Mitwirkung des Auftraggebers** abhängig. Es ist geradezu ein Charakteristikum des Privatgutachtens, dass die **Informationsgewinnung** aus diesem Grund **in höchstem Maße einseitig** erfolgt. An dieser Stelle zeigt sich allerdings auch **massives Konfliktpotenzial**: Wenn Sachverständige auch bei Erstattung von Privatgutachten zu strenger **Objektivität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit** verpflichtet sind, kann dies leicht den **Intentionen und Interessen des privaten Auftraggebers zuwiderlaufen**. Privatgutachter haben daher klarzustellen, dass sie im Sinn dieser Prinzipien **auf objektiver und voll-**

**ständiger Information bestehen**. Dass ihnen diese nicht immer zuteilwerden wird, ist absehbar und grundsätzlich auch in Kauf zu nehmen, darf aber die Sachverständigen nicht daran hindern, eine **vollständige und objektive Ermittlung des Sachverhalts** zumindest anzustreben.

Andererseits folgt aus dem Charakter des **Privatgutachtens** und aus der **vertraglichen Bindung an den Auftraggeber**, dass eine **Einbeziehung Dritter**, insbesondere eines **potenziellen oder tatsächlichen Prozessgegners**, in die Ermittlungstätigkeit gegen den Willen des Auftraggebers **nicht in Frage kommt**. Auch ein **beiderseitiges Gehör** ist **nicht vorgesehen**.

Privatgutachtern steht **keine Zwangsgewalt** zu. Die **Inanspruchnahme von Sachen** oder das **Betreten von Grundstücken** darf daher **nur mit Zustimmung des Berechtigten** erfolgen (Besitzstörung denkbar!).

### 2.4.4. Gutachtenserstattung

Unter dem **Gutachten** versteht man die **Schlussfolgerungen**, die Sachverständige aus den in der Regel im Rahmen der Befundaufnahme ermittelten Tatsachen unter Anwendung von **Erfahrungssätzen** ziehen, manchmal aber auch die **Wiedergabe von Erfahrungssätzen** allein.

Die **Erstattung des Gutachtens** hat – je nach Vereinbarung – **mündlich oder schriftlich** zu erfolgen. Nach § 6 Abs 3 SDG, der zumindest dem Grundsatz nach auch auf Privatgutachten anzuwenden ist, ist das Gutachten **nachvollziehbar zu begründen**, das heißt, es soll für den Auftraggeber und die sonstigen Beteiligten **verständlich** sein.

Bei **schriftlichen Gutachten** empfiehlt sich zunächst die **Darstellung des Gutachtensauftrags** und die sich daraus ergebenden **Beweisthemen**. Im Weiteren sollten dann jene **Themen und Fragen** angeführt werden, die sich daraus nach dem besonderen Fachwissen des Sachverständigen ergeben.

Bei der **möglichst detaillierten Darstellung** des erhobenen **Befundes** sind **alle Anknüpfungstatsachen** für das Gutachten anzuführen. Dazu gehören etwa die **Angaben der Beteiligten**, der **angenommene Unfallshergang**, die physikalischen und chemischen **Untersuchungsergebnisse**, weitere **Tests** und ihre Ergebnisse, die angewendeten **Methoden**, die **Hilfsbefunde**, die beigezogenen **Hilfspersonen** usw. Es muss klar erkennbar sein, unter welchen **Prämissen** das Gutachten erstattet wurde und für welchen Bereich es Geltung haben soll. Besonders wichtig ist auch eine **präzise Auflistung der zur Verfügung gestellten Unterlagen**, weil gerade bei Privatgutachten eine besondere **Gefahr der Unvollständigkeit** gegeben ist, weil eben Informationen und Unterlagen in der Regel **ausschließlich aus der Sphäre des Auftraggebers** stammen.

Im **Gutachten im engeren Sinn** sind dann die **Schlussfolgerungen und Erfahrungssätze** ausführlich darzulegen. Auch sind die **gutachterlichen Wertungen** unter **Angabe von Quellen** zu begründen.

Am Ende des Gutachtens sollen Sachverständige ihre **Schlüsse** möglichst allgemein verständlich zu einem Ergebnis **zusammenfassen**. Allenfalls ist auch zu begründen, warum die Beantwortung einzelner Fragen nicht möglich war.

### 2.4.5. Siegel und Hinweis auf die Zertifizierung?

Häufig stellt sich die Frage, ob das nach § 8 Abs 5 SDG vorgesehene **Siegel von Gerichtssachverständigen nur für im Auftrag eines Gerichtes** oder einer **Staatsanwaltschaft** erstattete Gutachten verwendet werden darf oder ob die Beisetzung des Siegels **auch bei Privatgutachten** erlaubt oder vielleicht sogar vorgeschrieben ist. Damit im Zusammenhang steht die Frage, ob es **standesrechtlich zulässig** ist, die **Eigenschaft als allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige** auch in einem **Privatgutachten zu erwähnen**.

Nach § 8 Abs 5 SDG hat der allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige **bei der Unterfertigung schriftlicher Gutachten ein Rundsiegel** zu verwenden, das seinen Namen und seine Eigenschaft bezeichnet. Das Gesetz unterscheidet in diesem Zusammenhang nicht zwischen **Gerichtsgutachten und Privatgutachten**. Der Grund dafür liegt darin, dass das Siegel ganz allgemein der **deutlichen Kennzeichnung von schriftlichen Gutachten für Gerichtsverfahren**, aber auch von im Rechtsverkehr zu verwendenden **Privatgutachten** dienen soll, was eine **Maßnahme der Qualitätssicherung** darstellt.<sup>10</sup> Aus § 8 Abs 5 SDG ist daher nicht ein Verbot, sondern im Gegenteil sogar die **gesetzliche Anordnung**, das **Siegel bei Unterfertigung von Privatgutachten** zu verwenden, abzuleiten.

Ist aber nach dem Gesetz die Verwendung des Siegels auch für Privatgutachten geboten, so begreift dies denotwendig auch die **Bezeichnung als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierte Sachverständige**, die daher selbstverständlich ebenfalls zulässig ist.

Dies steht auch mit den **Standesregeln** im Einklang, weil diese in Punkt 1.2 und 3.1 die bei **Gerichts- und Privatgutachten** zu beobachtenden Pflichten grundsätzlich gleichstellen. Dies rechtfertigt es, sowohl die **Bezeichnung als allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige** als auch die **Verwendung des Siegels auch für Privatgutachten** zuzulassen.

Darin liegt auch **kein Verstoß** gegen das in **Punkt 1.7** der Standesregeln normierte **Werbeverbot**, weil nach der 2009 erfolgten Änderung nur mehr die **über eine bloße Mitteilung hinausgehende Bezeichnung** als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger zu Zwecken der **Werbung und des Wettbewerbs** untersagt ist. Die bloße Bezeichnung als Gerichtssachverständige ist daher selbst im Zusammenhang mit Werbung zulässig, wenn sie nicht reklamhaft erfolgt. **Privatgutachten** werden aber üblicherweise **nicht zu Werbezwecken erstellt**, sondern dienen der **Vorbereitung, Begleitung** oder auch **Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen**. Damit sind

sie **nicht der (sonstigen) unternehmerischen Sphäre des Sachverständigen zugeordnet**, sondern sind geradezu im **Vor- und Umfeld der Rechtspflege** angesiedelt. Sowohl die Nennung der Eigenschaft als Gerichtssachverständige(r) als auch die Verwendung des Rund Siegels dienen daher einem **berechtigten Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs**, dem damit die **besondere Verlässlichkeit und Qualität der Expertise signalisiert** wird.

Somit begegnet bei **Privatgutachten** weder der **Hinweis auf die Eigenschaft als Gerichtssachverständige(r)** noch die **Verwendung des Rund Siegels** (standes)rechtlichen Bedenken.

Der Vollständigkeit halber ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die **Verwendung des Rund Siegels** nach dem klaren Wortlaut des § 8 Abs 5 SDG auf die **Unterfertigung schriftlicher Gutachten beschränkt** ist. Eine **Fertigung sonstiger Schriftstücke** (Gerichtsbriefe, Honorarnoten usw) unter Beifügung des Gerichtssiegels oder gar eine **Verwendung des Siegels als Designelement** zB auf **Visitkarten** oder **Homepages** ist daher unzulässig.

### 2.4.6. Verschwiegenheitspflicht

Nach **Punkt 1.5 der Standesregeln** sind Sachverständige zu **strengster Verschwiegenheit** über ihre Sachverständigentätigkeit und die dabei gemachten Wahrnehmungen verpflichtet. Insbesondere ist es ihnen untersagt, **Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse** zu offenbaren oder zu verwerten, die ihnen **ausschließlich aus ihrer Sachverständigentätigkeit bekannt** geworden sind. Dies gilt **auch für Privatgutachten**.

## 2.5. Urheberrecht

Ein von einem Sachverständigen erstattetes **Gutachten** ist eine „**eigentümliche geistige Schöpfung auf dem Gebiet der Literatur**“ und damit ein **Werk iSd § 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG)**. Damit sind sowohl die **Textpassagen**, aber auch die von ihm etwa aufgenommenen **Lichtbilder** (§ 73 Abs 1 UrhG) **urheberrechtlich geschützt**.

Der **Urheber** eines Werkes hat nach §§ 16 ff UrhG unter anderem das ausschließliche Recht, sein **Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten**. Für **Lichtbilder** findet sich der entsprechende Schutz in § 74 Abs 1 UrhG.

Das **Urheberrecht an einem Gutachten** selbst ist **vertraglich nicht übertragbar** (§ 23 Abs 3 UrhG). Nach § 24 Abs 1 UrhG kann der Urheber aber **anderen gestatten**, das Werk auf einzelne oder alle nach den §§ 14 bis 18a UrhG dem Urheber vorbehaltenen **Verwertungsarten zu benutzen** (Werknutzungsbewilligung). Auch kann er einem anderen das ausschließliche Recht dazu einräumen (Werknutzungsrecht). Diese Einräumung von Rechten ist auch **formfrei**, ja sogar **konkludent möglich**.<sup>11</sup> Daher wird mit der **Verpflichtung zur Erstattung eines Privatgutachtens** wohl auch die **Einräumung aller Nutzungsrechte** verbunden sein, die dem **Zweck des Gutachtens** entsprechen.

Das **Urheberrecht** wird allerdings **vielfach eingeschränkt**. So gibt es **freie Werke**, die vom Schutzbereich des Urheberrechts nicht umfasst sind und die daher **jedermann zustehen** wie etwa **Gesetzestexte oder gerichtliche Entscheidungen** (§ 7 Abs 1 UrhG), wozu aber **Privatgutachten nicht gehören**. Eine weitere Ausnahme bilden **freie Werknutzungen**, die im **Interesse der Allgemeinheit den freien Zugang** zu an sich urheberrechtlich geschützten Werken schaffen.

In diesem Sinn ordnet § 41 UrhG an, dass das Urheberrecht der **Benutzung eines Werkes zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit** oder zur **Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren**, parlamentarischen Verfahren oder **Gerichtsverfahren** nicht entgegensteht. In einem solchen Fall muss das **Privatinteresse des Urhebers** gegenüber dem **öffentlichen Interesse zurücktreten**.<sup>12</sup> In solchen Fällen wird das Werk nicht um seiner selbst willen, sondern als **Beweis- oder sonstiges Hilfsmittel** für die zu treffende Entscheidung benutzt. Die freie Werknutzung stellt jede Art von Benützung frei.<sup>13</sup> Der Urheber kann sich daher nicht dagegen wehren, dass sein **Werk im Zuge eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens vorgelegt** wird.<sup>14</sup> Ganz allgemein eröffnet § 41 UrhG unter den dort genannten Voraussetzungen die Möglichkeit der **freien Werknutzung für das Gericht**, aber auch für einen **gerichtlich bestellten Sachverständigen** oder die **Verfahrensparteien**. Einer richterlichen Anordnung bedarf es dazu nicht, die Entscheidung obliegt ausschließlich demjenigen (Gericht, Sachverständiger, Partei), der das Werk im Verfahren verwenden will, um damit unter anderem dessen ordnungsgemäßen Ablauf sicherzustellen.<sup>15</sup>

Allerdings sind auch im Rahmen der freien Werknutzung die Vorschriften über den **Schutz geistiger Interessen des Urhebers** (§ 57 Abs 1 UrhG) zu wahren. Das Werk darf daher **nicht verändert** werden und darf insbesondere **nur mit Quellenangabe wiedergegeben** werden.<sup>16</sup>

An dieser Rechtslage ändert es auch nichts, wenn sich der **Privatsachverständige** das **Verwertungsrecht an seinem Gutachten** oder an den **Lichtbildern** in irgendeiner Weise **vorbehält**, etwa indem er eine **Verwendung für Zweitexperten untersagt**. Es liegt im Wesen freier Werknutzungen, dass sie das Urheberrecht beschränken, diese eindeutige und zwingende gesetzliche Anordnung kann auch **nicht durch einseitige Erklärungen des Urhebers oder Herstellers eingeschränkt** werden.

### 2.6. Werbung für Privatgutachten

Nach einheitlicher gefestigter Standesauffassung besteht für gerichtliche Sachverständige ein **standesrechtliches Werbeverbot**, das in Punkt 1.7 der Standesregeln niedergelegt ist. Die **wahrheitsgemäße Bezeichnung** als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger (im Telefonbuch, auf dem Brief- und Geschäftspapier, auf der Visitenkarte, in einem Lebenslauf, auf einer Homepage) ist gestattet, **nicht** jedoch ein Gebrauch dieser Bezeichnung **zu Wettbewerbszwecken**.

Da die **Erstattung von Privatgutachten** auch für viele **Gerichtssachverständige** von großer wirtschaftlicher Bedeutung ist, besteht gerade bei diesen der verständliche Wunsch, für diese Tätigkeit auch **werben** zu dürfen. Dagegen besteht grundsätzlich vom Standesrecht her gar **kein Einwand**, wenn die **Eigenschaft als Gerichtssachverständiger gar nicht erwähnt** wird.

Ansonsten gelten aufgrund der von der **Delegiertenversammlung vom 16. 5. 2009** beschlossenen Änderung des Punktes 1.7 der Standesregeln folgende Grundsätze:

- Die **Bezeichnung** als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger zu Zwecken der **Werbung** und des **Wettbewerbs** ist nur mehr insofern verboten, als sie **über eine bloße Mitteilung hinausgeht**.
- Über die bisher genannten Fälle, in denen eine **Mitteilung ohne reklamehafte Hervorhebung** ausdrücklich als **zulässig** angeführt wurde (Briefkopf, Visitenkarten, Telefonbuch, Wohnungsschild), hinaus wird nun eine solche Mitteilung auch in einem **Lebenslauf** oder auf einer **Homepage** für **zulässig** erklärt.
- Auf **unternehmerisch genutzten Homepages** ist neben der Mitteilung der **Eigenschaft** als Gerichtssachverständiger auch der **Zertifizierungsumfang** anzugeben, eine **weitere Darstellung** dieses Tätigkeitsbereichs hat aber dort **zu unterbleiben**.
- Auf **Sachverständigen-Homepages** darf weiterhin **kein technisch ausführbarer Link** auf eine **Unternehmenshomepage** angebracht werden, auf **unternehmerisch genutzten Homepages** ist jetzt aber ein solcher **Link auf die Gerichtssachverständigenliste** oder auf die **Sachverständigen-Homepage zulässig**.
- Die Erwähnung der Eigenschaft als Gerichtssachverständiger in einer **Unternehmens- oder Warenbezeichnung bleibt verboten**.

Damit ist es nun vor allem möglich, die **nicht reklamehafte Information** über die **Eigenschaft als Gerichtssachverständige** auch **außerhalb der gerichtlichen Sachverständigentätigkeit** weiterzugeben. Es besteht daher kein Einwand dagegen, bei allen Informationen, die die **Privatgutachtertätigkeit** darstellen, auch einen **Hinweis auf die Eigenschaft als Gerichtssachverständiger** aufzunehmen, sofern dies **nicht reklamehaft** erfolgt.

Denkbar ist auch eine **Homepage**, auf der **Privatgutachterleistungen angeboten** werden und auf der sich auch ein **nicht reklamehaft hervorgehobener Hinweis** auf die **gerichtliche Zertifizierung** findet, wobei auch der **Zertifizierungsumfang anzugeben** ist (Punkt 1.7 Abs 1). Will man dann über die **gerichtliche Sachverständigentätigkeit** informieren, hat dies auf einer **eigenen Sachverständigen-Homepage** zu geschehen, auf die **mit einem Link hingeleitet** werden darf (Punkt 1.7.10). Der **zulässige Inhalt** einer solchen **Sachverständigen-Homepage** ergibt

sich aus § 3a Abs 5 und 7 SDG im Zusammenhang mit Punkt 1.7 (insbesondere Punkt 1.7.1 bis 1.7.10) der Standesregeln. Der Landesverband Wien, Niederösterreich und Burgenland bietet dazu eine **standardisierte Homepage** an, die mit vom jeweiligen **Mitglied** stammenden **Inhalten befüllt** werden kann. Ein technisch **ausführbarer Link** von der Sachverständigen-Homepage auf die vom Sachverständigen im Wirtschaftsleben sonst verwendete Homepage ist nicht zulässig, doch kann bei den **Adressangaben** auch eine **(nicht verlinkte) Internetadresse** der **unternehmerisch genutzten Homepage** angeführt werden (Punkt 1.7.9).

Neben einem **Link auf eine Sachverständigen-Homepage** darf die **unternehmerisch genutzte Homepage** auch einen **Link auf die Gerichtssachverständigenliste der Justiz** enthalten (Punkt 1.7.10).

In diesem Umfang ist somit auch **Werbung für Privatgutachten** erlaubt. In **Zweifelsfällen** empfiehlt sich eine **Rückfrage beim zuständigen Landesverband**.

## 3. Verantwortlichkeit

### 3.1. Gewährleistung

Unter **Gewährleistung** versteht man die bei entgeltlichen Geschäften bestehende Verpflichtung, für **Sach- und Rechtsmängel** des Leistungsobjektes unabhängig von einem Verschulden  **einzustehen** (§ 922 ABGB). Diese Verpflichtung besteht insbesondere auch für **Werkverträge** (§ 1167 ABGB), sodass auch für die **Mangelhaftigkeit eines Privatgutachtens Gewähr zu leisten** ist.

#### 3.1.1. Mangelhaftigkeit eines Gutachtens

Ob ein **Mangel** vorliegt, bestimmt sich danach, inwiefern die **tatsächlich erbrachte Leistung** von der aufgrund des Vertrages und der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen **geschuldeten Leistung** abweicht. Nach § 922 Abs 1 ABGB haftet der „**Übergeber**“, hier also der **Privatgutachter**, dem „**Übernehmer**“, hier also dem **Besteller**, dafür, dass die Sache die **bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** hat, dass sie seiner **Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht** und dass sie der **Natur des Geschäftes** oder der getroffenen **Verabredung gemäß verwendet werden kann**.

Da ein **Sachverständigengutachten** nach der Verkehrsauffassung und nach den einschlägigen Vorschriften **sorgfältig** und nach den **anerkannten Regeln der Wissenschaft** erstattet werden muss, liegt ein **Mangel** vor, wenn diese **Kriterien nicht erfüllt** werden. Sind sie **erfüllt**, so haftet ein Sachverständiger nicht, wenn ein solches nach den Regeln der Wissenschaft erarbeitetes Gutachten in der Folge **nicht standhält**.<sup>17</sup>

#### 3.1.2. Rechte aus der Gewährleistung

Ist ein **Gutachten** in diesem Sinn **mangelhaft**, stehen dem **Auftraggeber** folgende Gewährleistungsbehelfe zu (§ 932 ABGB):

- **Verbesserung (Nachtrag des Fehlenden);**
- **Austausch;**
- **Preisminderung;**
- **Aufhebung des Vertrags (Wandlung);**

Diese **Behelfe** kommen in folgender **Reihenfolge** zur Anwendung:

- **Primäre Gewährleistungsbehelfe:** Zunächst kann der Übernehmer **nur die Verbesserung** oder Austausch der Sache begehren. Der Übergeber soll also grundsätzlich eine „**zweite Chance**“ haben, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Bei einem **fehlerhaften Gutachten** sind daher zunächst die **Fehler und Unvollständigkeiten zu beheben**.
- **Sekundäre Gewährleistungsbehelfe:** **Preisminderung** oder **Wandlung** kann der Übernehmer nur verlangen, wenn **Verbesserung und Austausch nicht möglich** sind, für den **Übergeber** mit einem **unverhältnismäßigen Aufwand** verbunden wären, wenn der **Übergeber** dem **Verlangen** des Übernehmers auf Verbesserung oder Austausch **nicht oder nicht in angemessener Frist nachkommt**, **untätig** bleibt oder seine **Versuche fehlschlagen** oder wenn Austausch oder Verbesserung für den Übernehmer mit **erheblichen Unannehmlichkeiten** verbunden wären oder wenn sie ihm aus **triftigen**, in der **Person des Übergebers** liegenden Gründen **nicht zumutbar** sind. Ein **Wandlungsanspruch** setzt voraus, dass der **Mangel nicht geringfügig** ist.

Ein **unrichtiges Privatgutachten** führt daher grundsätzlich zu einem **Verbesserungsanspruch**, allenfalls aber auch zu **Preisminderung**, bei **nicht geringfügigem Mangel** sogar zur **Wandlung**, also zur Verpflichtung zur **Rückstattung des Honorars**.

## 3.2. Haftung

### 3.2.1. Allgemeines

Für die **zivilrechtliche Schadenersatzhaftung** besteht weder für Privatgutachter noch für Gerichtssachverständige **eine umfassende gesetzliche Sonderregelung**. Es gelten vielmehr die allgemeinen Schadenersatznormen des ABGB.

### 3.2.2. Verschuldensmaßstab, Haftung für Rat und Auskunft

§ 1299 ABGB ordnet an, dass **Sachverständige**, das sind alle **Personen**, die sich zu einem **Amt**, zu einer **Kunst**, zu einem **Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennen**, oder wer ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung **eigene Kunstkenntnisse** oder einen **nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert**, dadurch zu erkennen geben, dass sie sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht ge-

wöhnlichen Kenntnisse zutrauen; sie müssen daher den Mangel derselben vertreten.

§ 1299 ABGB normiert gegenüber § 1297 ABGB **keine anderen, besonderen Pflichten** für Sachverständige, sondern hebt den Sorgfaltsmaßstab nur dem Fachwissen des Sachverständigen entsprechend an. **Maßstab für den Sachverständigen** sind der **gewöhnliche Fleiß und die gewöhnlichen Kenntnisse der Fachgenossen**, nicht aber außergewöhnliche.

Die **Haftung für Rat und Auskunft** regelt § 1300 ABGB. Das Gesetz spricht zwar nur vom Rat, nach einhelliger Meinung ist darunter auch die Auskunft und damit auch das **Sachverständigengutachten** zu verstehen.

Nach § 1300 Satz 1 ABGB haftet der Sachverständige, wenn er „**gegen Belohnung**“ **fahrlässig** („aus Versehen“) einen **nachteiligen Rat** erteilt, ein **unrichtiges Gutachten** erstattet. Nach Satz 2 dieser Bestimmung wird ein Gutachter (Ratgeber) **sonst** nur bei **wissentlich falschem Gutachten** (falscher Raterteilung) ersatzpflichtig.

Nach herrschender Meinung ist „gegen Belohnung“ dahin zu verstehen, dass der Sachverständige **im Rahmen eines Verpflichtungsverhältnisses** handelt. Dazu zählen:

- **Vertrag;**
- **vorvertragliches Schuldverhältnis;**
- **gerichtlicher oder behördlicher Auftrag.**

Auf ein **Entgelt** kommt es nicht an; **ausgeschlossen** bleibt nur eine **Auskunftserteilung aus bloßer Gefälligkeit**. Der Sachverständige haftet für **jeden Verschuldensgrad**.

Außerhalb einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung ist nur die **wissentlich falsche** Auskunfts- oder Raterteilung, das wissentlich falsche Gutachten rechtswidrig und haftungsbegründend. Insofern ist § 1300 Satz 2 ABGB eine Deliktvorschrift. Eine **Schädigung des „bloßen“ Vermögens** ist außerhalb eines Schuldverhältnisses **nur bei Vorsatz rechtswidrig**.

### 3.2.3. Haftung des Privatgutachters gegenüber dem Besteller

Ein **Privatgutachter** haftet dem **Besteller** gegenüber nach einem ebenso strengen Sorgfaltsmaßstab **wie ein gerichtlich beauftragter Sachverständiger**, nämlich nach § 1299 ABGB.

Den Sachverständigen trifft aber **keine Erfolgshaftung** für die **Richtigkeit des Gutachtens**, sondern die Haftung für ein **schuldhaft unrichtiges Gutachten**. Den Sachverständigen trifft daher **keine Schadenersatzpflicht**, wenn ein nach den **Regeln der Wissenschaft** erarbeitetes Gutachten in der Folge **nicht standhält**.<sup>18</sup>

Der Sachverständige muss im Gutachten die **Prämissen** seiner Arbeit klarstellen, inwieweit es auf der **Information**

**des Auftraggebers** oder auf **gesicherten Erkenntnissen** aufbaut und inwieweit es sich um **subjektive Urteile** des Gutachters handelt. Wenn **weitere erforderliche Erhebungen nicht möglich** sind, darf der Sachverständige **kein auf sicher lautendes Kalkül** abgeben, sondern hat einen „**Negativkatalog**“ **bezüglich der unterbliebenen Ermittlungen** aufzustellen.

Der Sachverständige muss den **Auftraggeber auf allfällige Risiken hinweisen** und ihm **verbleibende Zweifel mitteilen**. Das **Unterbleiben** dieser Angaben ist ein **haftungs begründender Kunstfehler**.<sup>19</sup>

### 3.2.4. Haftung des Privatgutachters gegenüber Dritten

Der Sachverständige **haftet** für schuldhafte Gutachtensfehler jedenfalls dann **auch gegenüber Dritten**, wenn der **Besteller** des Gutachtens – für den Sachverständigen erkennbar – bei der Auftragserteilung **Interessen eines bestimmten Dritten mitverfolgt** hat.<sup>20</sup>

Ob ein bestimmter Dritter durch den Vertrag zwischen Besteller und Sachverständigem mitgeschützt ist, muss durch **Auslegung des Vertrages** geklärt werden, denn der Schutzbereich wird durch den Vertrag abgegrenzt. Die sorgfaltswidrige Erstattung eines Gutachtens ist zunächst nur eine **Vertragsverletzung dem Vertragspartner gegenüber** und erst im Weiteren auch eine gegenüber den durch den Vertrag geschützten dritten Personen.<sup>21</sup> Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn durch ein **unrichtiges Privatgutachten** für eine Haftpflichtversicherung der **Inhaber einer Kfz-Werkstätte strafgerichtlich wegen Betruges verfolgt** wird.<sup>22</sup>

Aber auch abseits dieser Schutzbereichüberlegungen wurde eine Haftung für die Unrichtigkeit eines Privatgutachtens erwogen: So wie dem Sachverständigenbeweis im gerichtlichen Verfahren ein **besonderes Vertrauen** entgegengebracht wird, das die **Haftung** auch gegenüber **beteiligten Dritten rechtfertigt**, begründet beim Privatgutachten die **Eigenschaft** einer Person als **allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger** die **Erwartung** des Auftraggebers, aber auch von Dritten, dass die Gutachterarbeit von einem **besonders sachkundigen, unabhängigen, unparteilichen und zur Objektivität verpflichteten Sachverständigen** ausgeführt wird. Äußeres Zeichen dieser Eigenschaften ist die **Verwendung des Siegels**, die auch bei Privatgutachten zulässig ist. Die **strengen Verhaltensgrundsätze** für allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige wurden in den im April 1992 vom Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs formulierten **Standesregeln** zusammengefasst. Dieses besondere Vertrauen führt in der Praxis zu einer umfangreichen Inanspruchnahme der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für **Privatgutachten** und für eine **außergerichtliche Schlichtung von Streitigkeiten**. Damit sind aber für allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige gegenüber nicht in die Gerichtssachverständigenliste eingetragenen sachkundigen Personen **günstigere Verdienstmöglichkeiten** verbunden. Die-

ser Umstand rechtfertigt daher auch bei **Privatgutachten** allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger – zumindest in bestimmten Grenzen – die **Haftung aufgrund objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter**. Es ist dies eine „Haftung aus in Anspruch genommenem Vertrauen“.<sup>23</sup>

### 3.2.5. Voraussetzungen der Schadenersatzhaftung des Sachverständigen

- Erstattung eines **objektiv unrichtigen Gutachtens** (unvertretbar unrichtiges Gutachten);
- **objektive Sorgfaltswidrigkeit** des Sachverständigen (§ 1299 ABGB);
- **Vermögensschaden** einer Prozesspartei, eines Verfahrensbeteiligten, des Auftraggebers, eines in Nahebeziehung zum Gutachten stehenden Dritten;
- **(adäquate) Verursachung oder Mitverursachung** des Schadens durch das unrichtige Gutachten;
- **vorwerfbares** (schuldhaftes) **Handeln oder Unterlassen des Sachverständigen** (leichte Fahrlässigkeit genügt).

### 3.2.6. Anspruch auf Unterlassung und/oder Widerruf

Neben dem **Schadenersatz** eröffnet § 1330 Abs 2 ABGB die Möglichkeit, **Unterlassung oder Widerruf** von Aussagen in einem Sachverständigengutachten zu verlangen, und zwar sowohl bei Gerichtsgutachten<sup>24</sup> als auch bei **Privatgutachten**.<sup>25</sup>

## 4. Verfahrensrecht

### 4.1. Beweiswert

Da das **Privatgutachten kein gerichtliches Sachverständigengutachten** ist, kann es ein solches **nicht widerlegen**. Der Inhalt eines Privatgutachtens kann aber durch seine Vorlage **als Urkunde Prozessstoff** werden, mit dem sich das **Gericht** und auch ein gerichtlich bestellter **Sachverständiger auseinandersetzen** muss.

Das **Gebührenrecht** trägt der eingeschränkten Beweiskraft des Privatgutachtens dadurch Rechnung, dass die **höhere Gebühr nach § 37 Abs 1 GebAG** nur für die **Überprüfung eines gerichtlichen Gutachtens** eines anderen Sachverständigen, nicht aber für die **Kontrolle eines Privatgutachtens** vorgesehen ist.

Im Einzelnen gilt für die **verschiedenen Verfahrensarten** Folgendes:

### 4.2. Zivilverfahren

Die Rechtsprechung folgert aus dem **Charakter einer Privaturkunde**, dass damit lediglich bewiesen werden kann, welche **Ansicht der Verfasser vertritt**. Gründet das Gericht seine **Feststellungen ausschließlich auf ein Privatgutachten**, wird darin **ein wesentlicher Verfahrensmangel** gesehen.<sup>26</sup>

Richtigerweise sagt aber die Tatsache, dass die **Vorlage eines Privatgutachtens** nicht als Aufnahme eines **Sachverständigenbeweises** iSd §§ 351 ff ZPO gelten kann, noch nichts über deren **Zulässigkeit** aus, zumal als **Beweismittel** alles in Betracht kommt, was zur **Aufklärung des Sachverhalts geeignet** ist. Als „**urkundlich belegtes Parteivorbringen**“ ist das **Privatgutachten** tatsächlich ein **Beweismittel im weiteren Sinn**, das vom Gericht jedenfalls im Wege der **Verhandlungswürdigung** (vgl dazu § 272 ZPO) zu berücksichtigen ist und im Fall einer tatsächlich dahinter stehenden **Fachkunde** von wesentlicher **Bedeutung für die Stoffsammlung** (ausnahmsweise auch für die Rechtsfindung) sein kann. Hält das Gericht die **Regelungen für den Sachverständigenbeweis** ein, gewährt es den Parteien insbesondere **hinreichend Gehör**, so kann es – zumal dann, wenn die **Parteien keinen Einwand erheben** und die Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen nicht beantragen – seine Überzeugung hinsichtlich einer nur unter Zuhilfenahme eines bestimmten Fachwissens feststellbaren Tatsache auch **allein auf das Privatgutachten stützen**.<sup>27</sup>

Nach **ständiger Rechtsprechung des OGH** (RS0040592) ist das Gericht **nicht verpflichtet**, allfällige **Widersprüche** zwischen einem Privatgutachten, auch wenn dieser Gutachter generell gerichtlich beeidet ist, und dem Gutachten eines vom Gericht zur Erstattung eines Gutachtens in einer bestimmten Rechtssache herangezogenen Sachverständigen **aufzuklären**. Es kann sich vielmehr **ohne weitere Erhebungen** dem ihm als **verlässlich erscheinenden Gutachten anschließen**.

Gegen diesen Standpunkt bestehen vom **Grundgedanken eines fairen Verfahrens** erhebliche Bedenken.<sup>28</sup> Der Grundsatz der **erschöpfenden Erörterung des Sachvorbringens** der Parteien erfordert es vielmehr, den **Gerichtssachverständigen mit dem Privatgutachten zu konfrontieren**, wobei das Gericht dann, wenn sich die **Widersprüche** dadurch **nicht aufklären** lassen, eine **neuerliche Begutachtung** anzuordnen hat, weil das Gutachten des Gerichtssachverständigen in diesem Fall als „**unge-nügend**“ iSd § 362 Abs 2 ZPO **zu bewerten** ist.<sup>29</sup>

Die **Kosten** von den Parteien in Auftrag gegebener **Privatgutachten** sind im Zivilverfahren **grundsätzlich ersatzfähig**, sofern sie zur **zweckentsprechenden Rechtsverfolgung** oder **Rechtsverteidigung notwendig** waren (§ 41 Abs 1 ZPO). Dies ist etwa dann der Fall, wenn dies die einzige Möglichkeit für die Partei war, beim Gericht **Zweifel an der Richtigkeit der Ausführungen des Gerichtssachverständigen** zu erwecken, und das Gericht dadurch veranlasst wurde, das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen durch **weitere Sachverständige** zu überprüfen, die die in dem Privatgutachten festgehaltene Ansicht bestätigten.<sup>30</sup>

### 4.3. Strafverfahren

Nach der **Rechtsprechung** kommt einem **Privatgutachten im Strafverfahren** grundsätzlich **keine prozessuale Bedeutung** zu.<sup>31</sup> Es kann in einem laufenden Verfahren nur

die Aufgabe haben, dem **Angeklagten** oder seinem **Verteidiger** über für den Straffall **erhebliche Umstände** eine über ihr eigenes Wissen und Können hinausgehende **Information** seitens hierzu durch ihre spezielle Vorbildung und ihren Beruf besonders befähigter Personen zu **verschaffen** und es auf diese Weise dem Angeklagten oder seinem Verteidiger leichter zu ermöglichen, **sachdienliche Anträge** an das Gericht oder entsprechende **Fragen** an einen **gerichtlich bestellten Sachverständigen** zu stellen.<sup>32</sup>

Allerdings ist anerkannt, dass **Privatexperten** als **Zeugen** über die von ihnen erhobenen **Befundtatsachen**, nicht aber hinsichtlich der von ihnen gezogenen **Schlussfolgerungen** zu vernehmen sind.<sup>33</sup>

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der **Erlaß des BMJ** vom 22. 12. 1986, 370.020/3-II 1/86,<sup>34</sup> wonach die **Erstattung von Privatgutachten** durch einen **gerichtlich beideten Sachverständigen** für sich allein nicht geeignet ist, dessen **Vertrauenswürdigkeit in Zweifel zu ziehen** und ihm etwa aus diesem Grund die Eigenschaft als allgemein beideter gerichtlicher Sachverständiger zu entziehen. Nur dann, wenn im Einzelfall konkrete Umstände vorliegen oder zu vermuten sind, die geeignet erscheinen, die **volle Unbefangenheit und Unparteilichkeit eines Sachverständigen** entweder in Bezug auf ein bestimmtes Verfahren oder aber im Hinblick auf seine weitere Bestellung als gerichtlicher Sachverständiger überhaupt in Zweifel zu ziehen, besteht Anlass, die Frage der Vereinbarkeit einer privaten mit der „amtlichen“ Gutachtertätigkeit zu prüfen.

Eine eindeutige **Aufwertung des Privatgutachtens** brachte die mit 1. 1. 2008 in Kraft gesetzte Bestimmung des § 249 Abs 3 StPO (BGBl I 2007/93), wonach der **Angeklagte** zur **Befragung eines Sachverständigen** eine **Person mit besonderem Fachwissen beiziehen** kann, der ein **Sitz neben dem Verteidiger** zu gestatten ist. Diese darf den **Verteidiger bei der Fragestellung unterstützen, ohne jedoch selbst Fragen an den Sachverständigen richten** zu dürfen.

#### 4.4. Verwaltungsverfahren

**Privatgutachter** werden auch im **Verwaltungsverfahren nicht als Sachverständige angesehen**, weil sowohl bei **Amtssachverständigen** als auch bei **nicht amtlichen Sachverständigen** eine **Heranziehung durch die Behörde** erfolgt (§ 52 AVG), während **Privatgutachter von den Parteien herangezogen** werden. Auch hier wird die **Vorlage eines Privatgutachtens** bei der Behörde als **substanziertes Parteinovbringen** zu werten sein.

Nach **Ansicht des VwGH**<sup>35</sup> haben die **Aussagen von Sachverständigen** grundsätzlich den **gleichen verfahrensrechtlichen Beweiswert**, und es besteht demnach zwischen dem **Gutachten eines Amtssachverständigen** und dem eines **Privatsachverständigen kein verfahrensrechtlicher Wertunterschied**. Bei einander **widersprechenden Gutachten** hat die Behörde die **Gedanken-**

**gänge aufzuzeigen**, die sie veranlasst haben, von den an sich gleichwertigen Beweismitteln dem einen einen **höheren Beweiswert** zuzubilligen als dem anderen.

*Korrespondenz:*

*HR Dr. Alexander Schmidt*

*Hauptverband der Gerichtssachverständigen*

*Doblhoffgasse 3/5, 1010 Wien*

*Telefon: 0676 / 8989 23 074*

*E-Mail: alex.schmidt@aon.at*

#### Anmerkungen:

<sup>1</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1151 Rz 83.

<sup>2</sup> Vgl dazu die Aufhebung der Honorarordnung für Baumeister durch den OGH – SV 2006/1, 33 mit Anm von *Krammer* auf Seite 41.

<sup>3</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1152 Rz 22.

<sup>4</sup> *Krammer*, Das Entgelt bei Privatgutachten, SV 1997/3, 9 (10).

<sup>5</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1152 Rz 24.

<sup>6</sup> Zur Geschichte des Sachverständigenwesens vgl *Krammer*, SDG – GebAG<sup>1</sup>, 3.

<sup>7</sup> Siehe *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>2</sup>, E 5 zu § 1 SDG.

<sup>8</sup> GRT 2000 Punkt 3; *Kinscher/Pallege/Barfuß*, GewO, § 2 Rz 62.

<sup>9</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1166 Rz 72.

<sup>10</sup> *Krammer/Schmidt*, SDG – GebAG<sup>3</sup>, Anm 9 zu § 8 SDG.

<sup>11</sup> *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, Rz 5 und 6 zu § 24 UrhG.

<sup>12</sup> OLG Wien 5. 9. 1991, 1 R 129/91, MR 1991, 240 mit Anm von *Walter und Höhne* = *ecolex* 1991, 863 – Eastport International; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, Rz 1 zu § 41 UrhG.

<sup>13</sup> *Dittrich*, Urheberrechtsfragen in der Arbeit des Notariats, in *FS Wagner* (1987) 71 f.

<sup>14</sup> *Buchroithner* in *Attlmayr/v. Wiesentreu*, Handbuch des Sachverständigenrechts (2006) Rz 6.160 ff.

<sup>15</sup> *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, Rz 6 zu § 41 UrhG.

<sup>16</sup> *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, Rz 6 zu § 41 UrhG.

<sup>17</sup> SZ 57/140.

<sup>18</sup> SZ 57/140 = JBI 1985, 625 mit Anm von *Iro*.

<sup>19</sup> SZ 57/140 = JBI 1985, 625 mit Anm von *Iro*.

<sup>20</sup> SZ 69/258; SV 2004/3, 152 mit Anm von *Krammer*.

<sup>21</sup> Vgl dazu JBI 1965, 319 mit Anm von *F. Bydliński*; RdW 1985, 306; SZ 57/122; SZ 63/129 = JBI 1991, 249 mit Anm von *Kerschner* = SV 1991/2, 29.

<sup>22</sup> OGH 8 Ob 51/08w

<sup>23</sup> Vgl diese Formulierung bei *Wilhelm*, *ecolex* 1992, 627. Leitentscheidung ist das Urteil des OGH vom 20. 11. 1996, 7 Ob 513/96, SV 1997/2, 22 mit Anm von *Krammer* = JBI 1997, 524 = SZ 69/258. Vgl weiters SV 1999/3, 132 mit Anm von *Krammer*; SV 2002/3, 150.

<sup>24</sup> Vgl SZ 56/74.

<sup>25</sup> Vgl JBI 1993, 518 mit Anm von *Koziol*.

<sup>26</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12.

<sup>27</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12.

<sup>28</sup> *Krammer*, Die Allmacht des Sachverständigen – Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit (1990) 29.

<sup>29</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 13; *Rüffler*, Sachverständige, 209 f.

<sup>30</sup> *Bydliński* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, § 41 ZPO Rz 26; OLG Wien, EvBl 1989/173 = WR 338.

<sup>31</sup> KH 2569.

<sup>32</sup> OGH 11 Os 67/72; 14 Os 128/88; 11 Os 87/90 ua.

<sup>33</sup> *Hinterhofer/Tipold*, WK-StPO, § 125 Rz 17; 13 Os 170/03, EvBl 2004/113.

<sup>34</sup> Abgedruckt in SV 1987/1, 17.

<sup>35</sup> VwGH 2227/75; 82/07/0250; 2004/05/0016 ua.