

Intimes, Privates und Geheimes

Fragen zur Zulässigkeit und zum Umfang von selbständigen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen im Zivilprozess

1. Ausgangslage

Der Einsatz von Sachverständigen im Zivilprozess ist – schon mit Blick auf den wachsenden Einfluss der Technik und der Naturwissenschaften auf das Beweisverfahren – unumgänglich, zumal sich zahlreiche Tatsachen im zunehmenden Maß einfacher Wahrnehmung verschließen.¹ Für den ZPO-Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts galt bei einer Bestellung eines Sachverständigen das **mündliche Gutachten** im Anschluss an die Beweisaufnahme in der Verhandlung als der Regelfall.² Dem liegt vor allem der **Unmittelbarkeitsgrundsatz** zugrunde,³ der eine prägende Rolle bei der Ablöse der AGO durch die ZPO einnahm. Bei den Regeln über den Sachverständigenbeweis ist unter dem Begriff der Beweisaufnahme⁴ nur die **gerichtliche Beweisaufnahme** zu verstehen. Der auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz zurückführende Umstand, dass Gegenstände, die nicht vor das Gericht gebracht werden können, zumindest in Anwesenheit eines **beauftragten oder ersuchten Richters** besichtigt werden sollen (§ 352 Abs 1 ZPO), bindet die Tätigkeit des Sachverständigen stark an das Gericht (vgl auch § 362 Abs 2 ZPO). Ähnliches ist aus § 359 ZPO idF vor der ZVN 2002 abzuleiten, wonach (nur) die bei Gericht befindlichen Gegenstände, Akteile und Hilfsmittel dem Sachverständigen mitzuteilen sind.⁵ In der Gerichtspraxis nimmt das in Gegenwart des Richters und der Parteien im Anschluss an die Beweisaufnahme erstattete **mündliche Gutachten** jedoch nur eine **untergeordnete Rolle** ein. Ein nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers erstattetes Gutachten ist außerhalb von Verkehrsunfallprozessen⁶ die verschwindende Ausnahme. Das liegt zum einen an der Komplexität der Materie, zum anderen sind teilweise langwierige wissenschaftliche Untersuchungen im Labor oder unter Heranziehung von Spezialgeräten erforderlich.⁷ Vor allem in Bauprozessen, in Schadenersatzprozessen, bei Verfahren mit Bestellung von medizinischen Sachverständigen und im Beweissicherungsverfahren kommt es **regelmäßig** zu **Befundaufnahmen** durch den **Sachverständigen ohne Anwesenheit des Gerichts**. Diese Ermittlungstätigkeit hat in der Praxis große Bedeutung, denkt man etwa an Besichtigungen von unbeweglichen und beweglichen Sachen oder einer Örtlichkeit, medizinische Untersuchungen einer Partei, Einsicht in Bücher, Durchführung von Tests und Laboruntersuchungen, Recherchetätigkeit bei Behörden oder Institutionen etc. Hinzu kommt, dass auch das Fachwissen des bestellten Gutachters oft nicht ausreicht,

sodass dieser auf Hilfsbefunde, Tests oder eine Zusammenarbeit mit einem weiteren Gutachter angewiesen ist. Derartiges lässt sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung kaum bewerkstelligen. Die **hohe praktische Bedeutung** der **außergerichtlichen Befundaufnahme** spiegelt sich in der ZPO ungeachtet der zentrale Bedeutung der Befundaufnahmetätigkeit und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen (Gutachten) für die richterliche Sachverhaltsermittlung nicht ansatzweise wider.⁸ Es fehlt auch der rechtliche Rahmen für den Umfang einer allfälligen **Parteiöffentlichkeit**. All dies soll im Folgenden aus der Sicht der Praxis und Wissenschaft beleuchtet werden.

2. Lehrmeinungen zu Ermittlungstätigkeiten

Die ältere Lehre sieht nur wenig Spielraum für eigenständige Ermittlungshandlungen des Sachverständigen. Für *Schrutka von Rechtenstamm* genügt die Pflicht des Gerichts zur **Übergabe** von der bei ihm erliegenden **Gegenständen** (vgl nunmehr § 359 Abs 1 ZPO).⁹ *Pollak* betont die Pflicht des Sachverständigen, die Gegenstände in **Gegenwart des Gerichts** zu besichtigen, das Gesetz kenne keine Beweisaufnahme ohne Gericht. Die von den Gerichten geübte Praxis, den Sachverständigen allein zur Befundaufnahme zu entsenden, widerspreche § 276 Abs 1 ZPO, dies auch im Fall einer Zustimmung beider Parteien.¹⁰ Nach *Sperl*, der schon ganz allgemein auch beim Beweis durch Sachverständige eine Beweisaufnahme „*wie immer*“ durch den Richter bejaht, sind wenigstens Untersuchungen von **Augenscheingegenständen**, die vom Gericht dem Gutachter überlassen wurden, **ohne Beisein von Richter und Parteien** außerhalb des Gerichts möglich. Dabei denkt er vor allem an technische und naturwissenschaftliche Untersuchungen, die nicht in einer Verhandlung vorgenommen werden könnten.¹¹ Auch *Petschek/Stagel* erachten zwar **Sinneswahrnehmungen** in Abwesenheit des Richters als möglich, deren Ergebnis („**Wahrnehmungsurteil**“) dem Richter als Befund zu unterbreiten sei.¹² Sie knüpfen die Befundaufnahme aber ebenfalls an die Vorlage der zu begutachtenden Objekte durch das Gericht an.¹³

Fasching bejaht hingegen die selbständige Ermittlung der erforderlichen Sachgrundlagen durch den Sachverständigen, der diesbezüglich an die Parteien herantreten und sich die Grundlagen beschaffen dürfe.¹⁴ Demnach zwingt das Gesetz den Richter, sich zur Ermittlung von Tatsachen, zu deren Wahrnehmung seine eigenen Sinnesorgane, sei-

ne Fachkenntnisse oder seine eigene Lebenserfahrung nicht ausreichen, Personen zu bedienen, die über entsprechende Fachkenntnisse und Wahrnehmungsmethoden verfügen.¹⁵ Ein zu diesem Zweck bestellter Gutachter habe die Befugnis, die zur Lösung seiner Aufgabe erforderlichen Fakten und Parteienbehauptungen zu beanspruchen. Wenn ihm das Gericht die **Gutachtensbasis** nicht in Form konkret vorhandener Tatsachen zur Verfügung stellen kann, müsse er sie **selbst beschaffen** und **ermitteln**. In Erfüllung seines Gerichtsauftrags sei diese Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen „*unmittelbarer Bestandteil eines gerichtlichen Verfahrens und insoweit inhaltlich gesehen gerichtliche Ermittlungstätigkeit und damit materiell Beweisaufnahme.*“¹⁶

Jelinek vertritt, dass der Sachverständige im Rahmen seiner Tätigkeit im Zuge eines schriftlichen Gutachtens weder zu Beweisaufnahmen iSd ZPO befugt noch zur Feststellung des Sachverhalts berufen sei, weil beides dem Gericht obliege.¹⁷ Dass der Sachverständige Ermittlungen durchführt und die von ihm erhobenen Tatsachen in seinem Befund festhält, anerkannt auch *Jelinek*, der Letztere als „*Hilfswahrnehmungen*“ bezeichnet.¹⁸ Im Ergebnis folgt er somit der Ansicht von *Fasching*.¹⁹ Auch *Holzhammer* geht davon aus, dass der Sachverständige ohne Anwesenheit des Richters den Beweisgegenstand besichtigen und Zeugen vernehmen kann.²⁰ IdS argumentiert auch *Dienst*, wonach der Sachverständige all jene Maßnahmen setzen dürfte, die erforderlich sind, um seinen **Auftrag erfüllen** zu können.²¹ Die jüngeren Lehrmeinungen sind der Ansicht *Fasching* überwiegend gefolgt,²² die sich nunmehr insb auch auf die ZVN 2002 stützen kann (siehe unten).

Rüffler lehnt die Zulässigkeit von eigenständigen Ermittlungshandlungen des Sachverständigen – von einigen Ausnahmen abgesehen²³ – mangels gesetzlicher Grundlage vehement ab, wobei er auch auf das **Legalitätsprinzip** verweist.²⁴ Vielmehr müsse die Beweisaufnahme zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Verfahrens und zur Sicherstellung prozessualer Rechte und Pflichten der Parteien und Dritter durch einen Richter geleitet werden. Das ergebe sich auch aus § 276 ZPO, wobei das Gesetz keine Ausnahme des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch nicht richterliche Personen vorsehe.²⁵ Dem Sachverständigen fehle es auch der gesetzlichen Befugnis zur **Prozessleitung und Sitzungspolizei**, er sei überfordert, wenn es um die Einhaltung von Formvorschriften oder die Führung von Protokollen gehe.²⁶ Schließlich sei die Anwesenheit des Richters wegen dessen juristischen Wissens für entscheidungsrelevante Tatsachen zweckmäßig und eine Anwesenheitspflicht des Gerichts aus § 368 Abs 1 ZPO ableitbar. Sobald verfahrensähnliche Handlungen durchzuführen seien, also Personen zu befragen seien oder ein Augenschein durchzuführen sei, der einer Kontrolle oder Mitwirkung durch die Parteien und das Gericht zugänglich sei, müsse die Beweisaufnahme durch einen Richter geleitet werden.²⁷ *Schiller* folgt den Ausführungen von *Rüffler* weitgehend, wenngleich er Ermittlungen aus der Sicht der Praxis aber als unverzichtbar und sie bei einem ausdrücklichen oder stillschweigenden **gerichtlichen Auftrag** offen-

bar nicht als absolut unzulässig erachtet.²⁸ Kritisch gegenüber der Ansicht von *Fasching* argumentiert jüngst auch *Koller*,²⁹ nach dessen Ansicht es sich bei der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen um keine Beweisaufnahme im materiellen Sinn (bzw. „*schlicht [um] keine Beweisaufnahme*“) handelt, sondern vielmehr um eine „*informelle Sammlung von Material*“.³⁰ Die partielle Überlassung der Beweisaufnahme durch den Richter in Bereichen, die keine Fachkenntnisse erfordern, verstoße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz, was nach § 196 ZPO zu rügen sei. Auch die bloße Übernahme von Tatsachenfeststellungen des Sachverständigen sei mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht in Einklang zu bringen.

3. Ermittlungstätigkeiten in der Rechtsprechung

Die eigenständigen Ermittlungshandlungen finden Niederschlag in zahlreichen Entscheidungen vor allem der zweitinstanzlichen Gerichte. Die Zulässigkeit von solchen Handlungen im Zivilprozess wird kaum problematisiert, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt.³¹ Im Folgenden werden nur beispielhaft einige (vorwiegend aktuellere) Entscheidungen hervorgehoben, denen eine **selbständige Befundaufnahme ohne Richter zugrunde liegt**. Die E 10 ObS 17/87 billigte dem Sachverständigen zu, im Zuge „*seiner Befundaufnahme*“ die Parteien und allenfalls Dritte über gutachtenswesentliche Umstände zu **befragen**, wobei klargestellt wurde, dass es sich dabei um keine formelle Parteien- oder Zeugenvernehmung handelt.³² Die E 6 Ob 256/12h verneinte die Anwendung des § 171 ZPO (**Volksöffentlichkeit**) „*bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen*“.³³ In der E 7 Ob 129/13s ging es um einen geltend gemachten Verfahrensmangel, weil die im Rahmen der Befundaufnahme durch den Sachverständigen **angefertigten Mitschnitte** dem Gericht nicht vorgespielt wurden. Zur Prüfung einer zweckmäßigen Delegation nach § 31 Abs 1 JN wurde in zahlreichen Entscheidungen des OGH ua auch der **Ort der Befundaufnahme** durch den voraussichtlich zu bestellenden Sachverständigen berücksichtigt.³⁴ Der E 2 Ob 64/12v lag ein außerstreitiges Verfahren zugrunde, in dem es darum ging, ob sich eine Partei bei der Befundaufnahme einer Sachverständigen mithilfe der **beigezogenen Dolmetscherin** ausreichend verständigen konnte. Das LG Eisenstadt billigte in der E 37 R 18/06f ausdrücklich negative Folgen im Bereich der **Beweiswürdigung** für eine Partei, an deren Widerstand die Durchführung einer **Befundaufnahme** durch einen Sachverständigen **gescheitert** ist. Auch der Rspr in Kostenfragen, zB iZm der Bescheinigung der **Teilnahme des Parteienvertreters** an der Befundaufnahme durch den Sachverständigen,³⁵ dem Beginn der **Notfrist** des § 54 ZPO im Beweissicherungsverfahren³⁶ oder der **Honorierung** für die **Intervention** bei der Befundaufnahme,³⁷ lag stets zugrunde, dass die Befundaufnahme in Abwesenheit des Gerichts stattgefunden hat. In der E 3 Ob 79/10d musste die **Haftung** eines Sachverständigen geprüft werden, dem eine „*ungenügende Stoffsammlung und eine Fülle von Erhebungsmängeln bei der Befundaufnahme*“

me“ vorgeworfen wurden. Der OGH vertrat in der E 7 Ob 81/10b (*obiter*), dass das Verhalten des Sachverständigen im Verfahren selbst ein berechtigtes Misstrauen in seine **Unparteilichkeit** hervorrufen kann, wenn er bei Erstellung des Befunds ohne sachliche Rechtfertigung nur eine Partei berücksichtigt. Nach der Rspr der sachverständigenlastigen Sozialgerichte³⁸ sind **medizinische Fachfragen** (Gesundheitszustand, medizinisches Leistungskalkül etc) grundsätzlich nicht durch Zeugen- oder durch Parteienvernehmung zu klären,³⁹ sondern durch Sachverständige.⁴⁰ Die Partei muss (nur) die Möglichkeit haben, ihre Beschwerden und Befindlichkeiten dem medizinischen Sachverständigen gegenüber vorzutragen.⁴¹ Die (zweitinstanzliche) Rsp verwirft im Allgemeinen Verfahrensrügen, wenn das Erstgericht die **Parteienvernehmung** zu medizinischen Fragen abgelehnt hat.⁴² All diesen Entscheidungen ist gemein, dass die Zulässigkeit der **selbständigen Beweisaufnahme vorausgesetzt** und nicht weiter hinterfragt wird.⁴³ Gleichzeitig wird mit diesen Einzelfällen das lückenhafte gesetzliche Korsett der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Befundaufnahme gefüllt.

4. Eigene Ansicht

Entgegen der ablehnenden Ansicht mancher der oben referierten Autoren kann sich die **Zulässigkeit** von selbständigen **Ermittlungshandlungen** des **Sachverständigen** auf eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen stützen. Wenngleich die Möglichkeit zu eigenständigen Ermittlungshandlungen erst durch die **ZVN 2002** deutlich verankert wurde (siehe unten),⁴⁴ war sie auch davor bereits indirekt aus dem Gesetz ableitbar.⁴⁵ Wohl kann die Zulässigkeit von Ermittlungen nicht auf § 367 ZPO gestützt werden, weil sich diese Norm ua ausdrücklich nur auf den bei einer Tagsatzung abgegebenen Befund bezieht. Das Gesetz bietet in § 357 ZPO die Möglichkeit, **alternativ** zum gesetzlichen Regelfall des **mündlich erstatteten Gutachtens ein schriftliches Gutachten einzuholen**.⁴⁶ Das ist zum einen nach der richterlichen Beweisaufnahme möglich, wenn eine sofortige mündliche Begutachtung (in Anwesenheit der Parteien und des Gerichts) nicht möglich ist (vgl § 360 Abs 1 ZPO) und das Gericht für die mündliche Erstattung keine besondere (bzw weitere) Tagsatzung anberaumt. Der Gutachter soll in diesem Fall nur die Möglichkeit haben, sich zu den Ergebnissen der Verhandlung oder einem ihm bekannt gegebenen Sachverhalt schriftlich zu äußern, was noch nicht zwingend mit eigenständigen Ermittlungstätigkeiten verbunden ist. Reichen die Ergebnisse der bisherigen gerichtlichen Beweisaufnahme aber nicht aus, ermöglicht § 357 ZPO zum anderen auch eine von der gerichtlichen Beweisaufnahme **abgekoppelte Erstattung eines Gutachtens** und damit selbständige Erhebungen des Sachverständigen. In § 362 Abs 1 ZPO geht das Gesetz davon aus, dass der Darstellung der tatsächlichen Grundlagen (Befund) mancher Gutachten eine „*Besichtigung von Personen, Sachen, Örtlichkeiten u. dgl.*“ vorausgeht. Der **Befund** ist als **Ergebnis der Ermittlungstätigkeiten** des Sachverständigen zu qualifizieren.⁴⁷

Die damit verbundene Pflicht zur Beschreibung der besichtigten Gegenstände (und Personen) bezieht sich in erster Linie auf jene Fälle, bei denen der Sachverständige ohne gerichtliche Begleitung Erhebungen durchführt, zumal die Ergebnisse einer gerichtlichen Befundaufnahme ohnedies vom Gericht zu protokollieren wären.⁴⁸ Schließlich erlauben § 183 Abs 3 und § 193 Abs 3 ZPO ua die Einholung eines Gutachtens bereits **vor Beginn** oder **nach Schluss der mündlichen Verhandlung**, somit außerhalb des eigentlichen Beweisverfahrens.

Auch § 9 LBG stützt für den Bereich der **Liegenschaftsbewertung** die eigenständige Befundaufnahme, zumal das Gutachten ua den Tag der Besichtigung der Sache und die dabei anwesenden Personen sowie die verwendeten Unterlagen enthalten muss. Schließlich setzen auch die Bestimmungen des **Gebühren- und Kostenrechts** eindeutig die Befundaufnahme außerhalb der Verhandlung voraus: Eine Person, die von einem Sachverständigen der Befundaufnahme beigezogen wird, ist gebührenrechtlich den innerhalb oder außerhalb eines förmlichen gerichtlichen Beweisverfahrens gerichtlich vernommenen Zeugen gleichgestellt (§ 2 Abs 1 und § 19 Abs 1 GebAG). Unter Befundaufnahme iSd § 24 Z 1 GebAG fallen auch solche in Abwesenheit des Gerichts,⁴⁹ was auch für § 34 Abs 1 GebAG gilt. Auch § 35 Abs 1 GebAG spricht eindeutig für die Zulässigkeit selbständiger Ermittlungshandlungen, zumal diese Bestimmung neben einem Gebührenanspruch für die Teilnahme an einer Verhandlung und einem gerichtlichen Augenschein auch eine Teilnahme an einer „*im Auftrag des Gerichts durchgeführten Ermittlung*“ kennt. *Fasching* weist zu Recht auch darauf hin, dass die in §§ 43 ff GebAG aufgezählten Tätigkeiten kaum vor Gericht oder in dessen Anwesenheit durchgeführt werden können.⁵⁰ Die in TP 3A III RATG angeführte „*Befundaufnahme durch Sachverständige*“ meint zweifelsfrei nur eine solche in Abwesenheit des Gerichts,⁵¹ zumal gerichtlich begleitete Befundaufnahmen bereits von TP 3A II RATG umfasst sind.⁵²

Wenngleich die Befundaufnahme des Sachverständigen keine (gerichtliche) Beweisaufnahme im formalen Sinn ist und die Feststellung des Sachverhalts im Urteil allein dem Gericht obliegt, ist – iSd zutreffenden Ausführungen von *Fasching* – die Ermittlungstätigkeit als **materielle Beweisaufnahme** zu qualifizieren,⁵³ wenn der Sachverständige für den Richter und an dessen Stelle Tatsachen feststellt bzw derart festhält, dass der Richter in seiner Entscheidung daran anknüpfen kann.⁵⁴ Neben dem Ziehen von Schlussfolgerungen aus den Erfahrungssätzen seiner Fachkenntnis, gehört es zu den **zentralen Aufgaben des Sachverständigen**, streitige Tatsachen festzustellen.⁵⁵ Damit werden diese Tatsachen jedoch noch nicht automatisch gerichtliche Feststellungen als Bestandteil eines Urteils. *Fasching* hat dazu zutreffend zwischen **Beweisaufnahme** und **Beweisbewertung** (= Beweiswürdigung und Feststellung des Sachverhalts im Urteil) unterschieden und (nur) Letztere dem Richter vorbehalten.⁵⁶ Dass der Sachverständige nach *Jelinek* Ermittlungen durchführt und die von ihm erhobenen Tatsachen in seinem Befund als „*Hilfswahrnehmungen*“ festhält,⁵⁷ macht für die Qua-

lität der Ermittlungen durch den Gutachter (und die Beteiligungsmöglichkeit der Parteien an seiner Befundaufnahme) wenig Unterschied. Der Umstand, dass der **Sachverständige** in (wohlgemerkt:) materieller Hinsicht **Beweise aufnimmt**, lässt sich damit auch schwerlich widerlegen. Aus diesem Begriff ist nämlich nicht abzuleiten, dass die Tatsachenfeststellungen „*bloß übernommen*“ werden oder die Befundaufnahme nicht der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Ebenso wie die Schlussfolgerungen können auch die Grundlagen des Gutachtens (Befund, Fachkenntnisse des Sachverständigen) von den Parteien hinterfragt und erörtert werden. Diese **Kontrollrechte** ergeben sich ua aus § 362 ZPO. Mangels Sachkenntnissen kann das Gericht in vielen Fällen die Richtigkeit der Ermittlungen des Sachverständigen aber nicht – wie von *Koller* (offenbar ohne weitere Voraussetzung) postuliert⁵⁸ – in jedem Fall mit einer Beweisaufnahme vor Gericht selbst überprüfen lassen. Ein derartiges umfassendes **Überprüfungsrecht** hinsichtlich aller Befundaufnahmen mit einer weiteren Beweisaufnahme vor Gericht widerspricht auch der oben referierten Rspr zur Klärung von medizinischen Fragen, die dem Sachverständigen vorbehalten sind, wobei das zu medizinischen Fachfragen Gesagte wohl sinngemäß auf komplizierte technische Fragen anzuwenden ist. Das bedeutet nicht, dass Befund und Gutachten nicht überprüfbar sind. Werden Zweifel an der Richtigkeit von Befund und Gutachten erweckt und durch ein **schriftliches Ergänzungsgutachten** oder die **mündliche Erörterung** nicht zerstreut, wird im Allgemeinen aber ein **weiteres Gutachten** einzuholen sein, wodurch die materielle Beweisaufnahme zu einem anderen Sachverständigen verlagert wird.

Zuzustimmen ist *Koller* freilich mit seinem auf den **Unmittelbarkeitsgrundsatz** gestützten Argument, dass die Ermittlung der Tatsachengrundlagen dann **nicht an einen Sachverständigen delegiert werden darf**, wenn es sich um einen Bereich handelt, der **keine Fachkenntnisse erfordert**. Auch *Fasching*⁵⁹ hat das Spannungsfeld der selbständigen Ermittlungshandlungen zum Unmittelbarkeitsgrundsatz erkannt.⁶⁰ In der Praxis ist fallweise festzustellen, dass Gutachter (nur) damit beauftragt werden, bestimmte Örtlichkeiten zu beschreiben. Derartiges ist gewiss unzulässig, weil nicht fehlende Arbeitskapazität des Richters, sondern dessen fehlende Fachkenntnis einer Bestellung zugrunde liegen muss. Wird hingegen ein Sachverständiger zu Recht wegen fehlender richterlicher Fachkenntnisse zur Klärung fachlicher Fragen beauftragt, kann es nicht schaden, dass diese Fachkenntnisse nicht für die gesamte Befundaufnahme notwendig sind. Letzteres wird wohl stets gegeben sein, weil auch eine noch so komplizierte (oder heikle) Besichtigung (oder körperliche Untersuchung) idR stets unproblematische Teilaspekte enthält. Es wäre aber verfehlt, diese Tätigkeit aufzusplitten, zumal ein sinnvoller Befund idR nur dann aufgenommen werden kann, wenn eine umfassende Besichtigung durchgeführt wird. Es ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass der ohne Fachkenntnis durchführbare Teil der Besichtigung isoliert betrachtet im Verfahren nicht sinnvoll verwertbar ist. Der hier im Grundsatz zutreffende Ansatz

von *Koller* kommt daher *in praxi* nur dann zur Anwendung, wenn es sich ausschließlich um Aspekte handelt, die der Richter delegiert, obwohl dafür kein Fachwissen erforderlich ist.

Die von *Fasching* vertretene Ansicht lässt sich sowohl mit dem (dürren) Regelwerk der ZPO als auch mit den Anforderungen der Praxis vereinbaren. Auch die Novellen der ZPO der Jahre 2002 und 2003 unterstützen seine Meinung. Die Möglichkeit von eigenständigen Ermittlungstätigkeiten wurde mit der durch die ZVN 2002 eingeführten Bestimmung des § 359 Abs 2 ZPO eindeutig festgelegt.⁶¹ Die **Pflicht der Parteien zur Unterstützung** des Sachverständigen bei der Erstellung des Gutachtens setzt notwendigerweise auch die Zulässigkeit einer schriftlichen Befundaufnahme voraus, mit der auch **eigenständige Ermittlungstätigkeiten** des Sachverständigen verbunden sind.⁶² Reicht das vom Gericht gemäß § 359 Abs 1 ZPO zur Verfügung gestellte Material nicht aus, um dem Gutachtensauftrag nachzukommen, kann und muss der Sachverständige zum Zwecke der Befunderhebung selbständige Erhebungen durchführen und dabei die Mitwirkung der Parteien und Dritter einfordern, wenn diese vom Sachverständigen zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Das Gericht hat auf Anzeige des Sachverständigen erst dann einzuschreiten, wenn gegenüber dem Sachverständigen die **erforderlichen Mitwirkungshandlungen** verweigert werden. Das Gericht verschafft mit seiner Assistenz idS § 359 Abs 2 ZPO dem Gutachter Grundlagen für die Befundaufnahme; die Ermittlungen führt allerdings der Sachverständige auch in diesem Fall alleine. § 359 Abs 2 ZPO ist von einem moderneren verfahrensrechtlichen Verständnis geprägt, wonach der Gutachter außerhalb der Verhandlung selbständige Ermittlungen durchführen kann, um Erkenntnisse zu gewinnen, die ihm die umfassende Erstellung von Befund und Gutachten ermöglichen.⁶³ Der **Gutachtensauftrag** gibt dabei den entsprechenden **Rahmen** vor bzw umfasst idR die Ermächtigung zur Einholung der nötigen Ermittlungshandlungen.⁶⁴ Es besteht auch die Möglichkeit, den Sachverständigen auf bestimmte Tatsachen zu beschränken.⁶⁵ Die Befugnisse des Gutachters reichen nie über die des Gerichts im gerichtlichen Beweisverfahren. Dem Sachverständigen kommt insb **keine Zwangsgewalt** zu;⁶⁶ auch darf er nicht über den Rahmen des geltend gemachten Anspruchs und der damit verbundenen **Parteienbehauptungen** hinaus ermitteln.

Eigenständige Ermittlungstätigkeiten lassen sich auch auf § 291c ZPO stützen, der seit der Novellierung durch BGBl I 2003/114 die „*im Ausland stattfindende Befundaufnahme durch einen Sachverständigen*“ erwähnt. Das Gesetz unterscheidet hier deutlich die gerichtliche (oder die mit einem ausländischen Gericht gemeinsam durchgeführte) Beweisaufnahme von der des Sachverständigen, der ohne Gerichts-beteiligung im Ausland tätig wird. Der Umstand, dass § 291c ZPO eine **Beweisaufnahme des Sachverständigen im Ausland** zulässt, setzt voraus, dass eine solche auch im Inland möglich ist.

5. Allgemeines zur Parteiöffentlichkeit bei Ermittlungstätigkeiten

Es wurde nachgewiesen, dass der Sachverständige in vielen Fällen **notwendigerweise selbständige Ermittlungstätigkeiten** ohne unmittelbare Begleitung des Gerichts vornehmen muss, wenn ihm die schriftliche Begutachtung aufgetragen wurde. Es handelt sich dabei um eine (gesetzlich gedeckte) **materielle Beweisaufnahme**, die ins Gutachten und damit auch mittelbar ins gerichtliche Beweisverfahren fließt, wenn sich das Gericht dem Ergebnis des Gutachtens anschließt. Ungeachtet des Umstands, dass der Sachverständige für das Verfahren materiell Beweise erhebt, liegen für die nähere Ausgestaltung kaum rechtliche Rahmenbedingungen vor.⁶⁷ Im Gegensatz zur gerichtlichen Beweisaufnahme ist die selbständige Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen in **kein strenges normatives Korsett** eingefügt.⁶⁸ Unklar bleibt ua der Umfang der **Mitwirkungsrechte der Parteien**, wobei die Wichtigkeit ihrer Teilnahme unstrittig ist. Zum einen wird es ihnen durch eine möglichst frühe Einbindung leichter ermöglicht, das **Gutachten nachzuvollziehen** und dessen **Grundlagen zu kontrollieren**.⁶⁹ Zum anderen hat eine Intervention auch praktische Bedeutung für die **Verbreiterung der Tatsachengrundlage**,⁷⁰ weil die Parteien ihr Augenmerk stärker auf die jeweiligen Umstände richten können, die ihren Standpunkt stützen. Schließlich können auch die dem Sachverständigen unterlaufenen **Fehler** offenbart oder **Missverständnisse** leichter und schneller **aufgeklärt** werden. In welchem Umfang können die Parteien aber die Tätigkeit des **Sachverständigen kontrollieren**, **Fragen stellen** oder auf **übersehene Umstände hinweisen**? Hier geht es vor allem um Konstellationen, bei denen der Sachverständige an sich in der Lage ist, Ermittlungstätigkeiten durchzuführen, die Beteiligung der Parteien und deren Grenzen aber unklar sind. Die hohe praktische Relevanz ist nicht zu verkennen: Schließt ein Sachverständiger eine der Parteien zu Unrecht von einer Befundaufnahme aus, kann das seine **Befangenheit** begründen.⁷¹ Daneben kann ein Parteiausschluss zur **Mangelhaftigkeit** des Verfahrens (im Extremfall auch zur **Nichtigkeit**) führen oder auch den Beweiswert des Gutachtens mindern, was mit **Beweisrüge** geltend zu machen wäre.

Die ZPO⁷² enthält für Ermittlungen ohne Beziehung des Gerichts keine ausdrücklichen Regeln darüber, dass der Erstellung des Befunds durch den Sachverständigen, also die Darstellung seiner dem Gutachten zugrunde gelegten Untersuchungen, ein **Augenschein mit Parteiöffentlichkeit** vorangehen muss. Das erklärt sich in erster Linie daraus, dass diese Form der Befunderstellung nicht dem Modell der ZPO entspricht (vgl. oben). Für das schriftliche Gutachten ordnet § 360 Abs 2 ZPO als Ausdruck der Parteiöffentlichkeit lediglich an, dass die Parteien von seinem Einlangen zu verständigen sind.⁷³ Darauf und auch auf die Pflicht des Sachverständigen, sein Gutachten mündlich zu erläutern (vgl. § 357 Abs 2 ZPO), kann ein Recht auf Beteiligung an der Befundaufnahme noch nicht gestützt werden. Auch § 367 ZPO, wonach auf den Beweis durch Sachver-

ständige und insb auch auf deren Vernehmung und die Protokollierung des bei einer Tagsatzung abgegebenen Befunds und Gutachtens die Vorschriften über den Zeugenbeweis Anwendung finden, hilft nicht wirklich weiter.⁷⁴ Aus dem in dieser Verweisungsnorm verwendeten Wörtchen „*insbesondere*“ darf nicht darauf geschlossen werden, dass die **Bestimmungen über den Zeugenbeweis** zur Gänze auf den Sachverständigenbeweis anzuwenden sind. Umfasst ist nur der äußere Rahmen der mündlichen Begutachtung vor Gericht.⁷⁵ Die angeordnete Anwendung der Regeln über den Zeugenbeweis bezieht sich auf das mündliche Sachverständigengutachten bzw auf in Gegenwart des Gerichts vorgenommene Ermittlungen des Gutachters. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner selbständigen Befundaufnahme hingegen nicht mit den anwesenden Parteien zu „verhandeln“⁷⁶ oder die formellen Regeln für die Einvernahme von Zeugen zu beachten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Regeln über den Zeugenbeweis für die Tätigkeit des Sachverständigen nur vor Gericht anzuwenden sind (arg „*bei einer Tagsatzung*“).

Ungeachtet der Qualifizierung der Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen als nicht näher geregelte materielle Beweisaufnahme setzt eine derartige Tätigkeit aber schon aus grundsätzlichen Erwägungen die Beachtung der **Grundsätze des Parteiengehörs** (vor allem die Anwesenheit der Parteien bei der Befundaufnahme) voraus, wobei sich eine **Teilnahme** bereits aus **Art 6 EMRK** bzw dem Grundsatz der **Waffengleichheit** ergibt⁷⁷ (vgl auch Pkt 2.8 der Standesregeln des Hauptverbands der Gerichtssachverständigen).⁷⁸ Der Parteiöffentlichkeit als wesentliches Element des Rechts auf Gehör im Zivilprozess kommt auch hier zentrale Bedeutung zu. Die allgemeine Grundregel des **§ 289 Abs 1 ZPO** bezieht sich wohl nur auf die gerichtliche Beweisaufnahme, ist aber auch Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, das grundsätzlich auch bei der **Befundaufnahme** durch einen Sachverständigen zu beachten ist.⁷⁹ Eine derartige Mitwirkungsbefugnis der Parteien an Ermittlungshandlungen ist die logische Folge der durch die ZVN 2002 ausdrücklich normierten **Mitwirkungspflicht**.⁸⁰ Wenngleich die konkrete Gestaltung der Befundaufnahme mangels gesetzlicher Regelungen⁸¹ weitgehend dem Gutachter überlassen bleibt, müssen die Mitwirkungsrechte der Beteiligten ausreichend gewahrt bleiben. Die **Parteien** sind daher grundsätzlich von Zeit, Ort und Art der **Befundaufnahme zu verständigen**, um ihnen (oder ihren Vertretern) die Möglichkeit einzuräumen, daran **teilzunehmen**.⁸² Neben der positiven Auswirkung für die Sachverhaltsermittlung (vgl oben) ist es schon aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs geboten, beide Parteien in die Ermittlungshandlungen und die Befundaufnahme des Sachverständigen einzubinden und die Parteiöffentlichkeit nur im **absolut notwendigen Ausmaß einzuschränken**. Ungeachtet dessen ist die Befundaufnahme auch ohne Anwesenheit der Parteien durchzuführen, wenn diese der Einladung nicht folgen, es sei denn, dass die Ermittlung von der Anwesenheit der Parteien abhängt (körperliche Untersuchung, Zutritt in ein Gebäude etc).

6. Einschränkungen der Parteiöffentlichkeit

Eine ausnahmslose Parteiöffentlichkeit, wonach die Tätigkeit des Sachverständigen von den Parteien „auf Schritt und Tritt“ verfolgt werden könnte, ist freilich abzulehnen. Die Parteiöffentlichkeit ist **nicht unbeschränkt** zu gewähren.

Diese These scheint im Spannungsfeld zum **anwaltlichen Tarifrecht** zu stehen. Dort wird die Teilnahme an einer vom Sachverständigen durchgeführten Befundaufnahme unterschiedlich honoriert. Für die Teilnahme an der Befundaufnahme durch Sachverständige gebührt einem Rechtsanwalt eine Entlohnung nach TP 3 RATG, sofern die Beiziehung der Parteienvertreter über ausdrücklichen Auftrag des Gerichts erfolgt. In diesem Fall steht die Befundaufnahme tarifmäßig einer gerichtlichen Tagsatzung gleich. Fehlt dieser ausdrückliche Auftrag, kommt es zu einer geringeren Honorierung nach TP 7 RATG. Wenn man diese Tarifpost als Auffangtatbestand betrachtet, könnte man ein ausnahmslos zu gewährendes Recht der Parteien auf Teilnahme an einer Befundaufnahme ableiten, das nur unterschiedlich zu honorieren ist. In diese Richtung scheint die Argumentation von *Obermaier*⁸³ zu gehen, der die Honorierung nach TP 7 RATG iZm dem Umstand sieht, dass die Anwesenheit der Parteien(vertreter) „nur“ zur Wahrung des Parteiengehörs bei den Ermittlungen des Sachverständigen gewährleistet sein und dann nach dieser Tarifpost entlohnt werden müsse,⁸⁴ während er die vom Gericht als notwendig erachtete tatsächliche Teilnahme der Parteienvertreter, die eine Honorierung nach TP 3 RATG zur Folge hat, aus anderen, zusätzlichen Gründen als zur Einräumung des rechtlichen Gehörs als sachlich erforderlich ansieht. Der ausdrückliche Gerichtsauftrag an den Sachverständigen verleiht der Befundaufnahme gewiss eine besondere Qualifikation und wird vor allem dann vorzunehmen sein, wenn die Beteiligung der Parteien(vertreter) der Befundaufnahme zur Aufklärung des Sachverhalts, zur vollständigen Beachtung des Verfahrensstoffs⁸⁵ oder auch zum reibungslosen Ablauf der Befundaufnahme⁸⁶ beiträgt. Ist das zu verneinen, erfordert es der Grundsatz der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs, den Parteien die Teilnahme zu ermöglichen, wobei die anwaltlichen Parteienvertreter dafür in einem geringeren Ausmaß zu entlohnen sind. Diese Regelungen sprechen allerdings nur für eine **Differenzierung innerhalb der parteiöffentlichen Befundaufnahme**, nicht aber für ihre schrankenlose Parteiöffentlichkeit.

Im Schrifttum wird herausgearbeitet, dass von der Verständigung und Zuziehung der Parteien dann Abstand genommen werden darf, wenn dies (etwa bei einem medizinischen Gutachten) der **Schutz der Intimsphäre** einer zu untersuchenden Person gebietet, wenn die **Verständigung nicht zeitgerecht möglich** ist (zB bei Feststellung über Ursachen und Folgen von Naturereignissen) oder wenn es sich um **lang dauernde** medizinische oder naturwissenschaftliche **Untersuchungen** handelt.⁸⁷ Diese Fallgruppen sind dahin zusammenzufassen, dass die Parteiöffentlichkeit dann einzuschränken ist, wenn die Zuziehung der Parteien für andere Personen **nicht zumutbar**

ist (wo also berücksichtigungswürdige Interessen entgegenstehen)⁸⁸ bzw wenn die Beteiligung **evidentermaßen zwecklos** wäre.⁸⁹ Das trifft wohl auch auf den Fall zu, dass eine angekündigte Befundaufnahme **Manipulationen** des Besichtigungsgegenstands befürchten lässt.

Neben den unten besprochenen Konstellationen, bei denen die Parteiöffentlichkeit ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, zählen auch bloß **vorbereitende Tätigkeiten**,⁹⁰ etwa das Aktenstudium (§ 36 GebAG), Materialsammeln,⁹¹ Recherchetätigkeit bei Behörden, in der Fachliteratur oder im Internet (auch wenn der Sachverständige allgemeine Erfahrungstatsachen und -sätze seines Fachgebiets aus allgemein zugänglichen Quellen ermittelt),⁹² der Schriftverkehr, das Sichten von Unterlagen, die dem Gutachten als Beilage angeschlossen werden oder jederzeit für die Parteien verfügbar sind, nicht zur Beweisaufnahme (auch nicht im materiellen Sinn),⁹³ weshalb kein Recht auf Intervention besteht.

7. Der Schutz von Geheimnissen bei selbständigen Ermittlungen

Der Sachverständige sieht sich gelegentlich auch damit konfrontiert, dass vor allem **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** die zu untersuchenden Gegenstände oder Örtlichkeiten tangieren. Diese Frage stellt sich zum einen dann, wenn die beweisbelastete Partei Trägerin eines Geheimnisses ist und befürchtet, dass ihr Gegner durch eine parteiöffentliche Befundaufnahme von den geschützten Tatsachen erfährt (Variante 1). Kann sie dem Sachverständigen unter Ausschluss des Gegners Ermittlungen gewähren und Material bereitstellen? Zum anderen kommt es vor, dass die nicht beweisbelastete Partei Geheimnisträgerin ist und dem Sachverständigen ihre an sich gebotene Mitwirkungspflicht (vgl § 359 Abs 2 ZPO) unter Hinweis auf gesetzlich geschützte Geheimnisse verweigert bzw davon abhängig macht, dass ihr Gegner ausgeschlossen wird (Variante 2).⁹⁴

In beiden Konstellationen erscheint die derzeitige Rechtslage als unbefriedigend, auch unter Berücksichtigung des die Rspr dominierenden Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Demnach ist eine rechtsstaatlich ausgestaltete **Gehörgewährung ohne** Einräumung der **Parteiöffentlichkeit nicht denkbar**.⁹⁵ Ist diese derart eingeschränkt, dass es der Partei nicht möglich ist, **effektiv** an der **Gestaltung der Verfahrensgrundlagen** teilzunehmen, liegt idR **Nichtigkeit** des Verfahrens bzw der entsprechenden Entscheidung vor. Das wird von der Rspr vor allem dann bejaht, wenn sich das Gericht in seiner Entscheidung auf ein Beweismittel stützt, das den Parteien (oder einer Partei) unbekannt ist.⁹⁶ Auszugehen ist daher vom Grundsatz, dass das rechtliche Gehör in einem Zivilverfahren nicht nur dann verletzt wird, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wurde, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sie sich nicht äußern konnte.⁹⁷

Der Geheimnisträger kann nach der Variante 1 daher das Geheimnis nicht „am Gegner vorbei“ nur gegenüber dem Sachverständigen ins Verfahren einfließen lassen, weil das zur Folge hätte, dass das Gutachten vom Gegner nicht und vom Gericht nicht offen überprüft werden kann. Das ist mit Blick auf die derzeitige einfachgesetzliche Rechtslage (vgl etwa § 272, § 357 Abs 2 und § 362 ZPO) ausgeschlossen. Daran anknüpfend muss der Geheimnisträger entscheiden, ob er den **Verlust des Prozesses** oder des **Geheimnisses** riskiert.

Ist wiederum der Gegner des Beweispflichtigen Träger des Geheimnisses (Variante 2), wird dieser seine **Mitwirkung** idR mit Blick auf die Unzumutbarkeit der Offenbarung seines Geheimnisses **verweigern** und so bereits im Ansatz verhindern, dass sein Gegner Kenntnis vom Geheimnis erlangt, weil er auch – *de lege lata* – keine Möglichkeit hat, seiner Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht nachzukommen, ohne dass das Geheimnis der (grundsätzlich nicht auszuschließenden) Gegenpartei zur Kenntnis gelangt. Kann er sich dabei auf **gesetzlich anerkannte Geheimnisse** iSd **Verweigerungsrechte** des § 305 oder des § 321 ZPO stützen, besteht wohl **keine Mitwirkungspflicht** iSd § 359 Abs 2 ZPO, sodass er weder mit einer entsprechenden Beschlussfassung zur Mitwirkung bzw negativen Folgen in der Beweiswürdigung zu rechnen hat.

Die referierte Rechtslage wirkt unbefriedigend, weil sie im Einzelfall wenig Spielraum für eine harmonische **Abwägung von individuellen Geheimhaltungsinteressen** mit dem **Grundsatz auf rechtliches Gehör** und dem **Anspruch auf effektiven Rechtsschutz** lässt. In einer Reihe von Bestimmungen scheint hier der Gesetzgeber diese Interessenabwägung bereits vorweggenommen zu haben.⁹⁸ Auf der Basis der geltenden (einfachgesetzlichen) Rechtslage ist es daher schwer möglich, dass der Sachverständige unter Ausschluss des Gegners Einsicht in geheime Unterlagen nimmt oder Örtlichkeiten bzw Gegenstände besichtigt und sich im Gutachten nur über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert,⁹⁹ die Grundlagen aber Gegner und dem Gericht nicht (oder nur diesem) offenlegt.¹⁰⁰ Sollen Ergebnisse der Ermittlungshandlungen in das Verfahren bzw in das Gutachten und die Entscheidung einfließen, ist es erforderlich, dass eine von der Befundaufnahme ausgeschlossene Partei sich noch vor Urteilsfällung dazu umfassend äußern kann.¹⁰¹ *De lege lata* ist daher wenig Raum für das in der letzten Zeit wieder heftig diskutierte sog geheime **In-camera-Verfahren**,¹⁰² wonach das Gericht **Beweise unter Ausschluss** einer oder beider **Parteien** verwertet.¹⁰³ Aus grund- und verfassungsrechtlicher Sicht ist freilich ein **umfassender Interessenausgleich** im Spannungsfeld der Ansprüche auf effektiven Rechtsschutz (bzw Justizgewährung), rechtliches Gehör und Geheimnisschutz geradezu geboten.¹⁰⁴ Darauf kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Allerdings lässt die nur rudimentär normierte Befundaufnahme durch den Sachverständigen hier **flexible Gestaltungsmöglichkeiten** und damit einen gewissen **Spielraum** zu, um zumindest einen Teil der mit den Geheimhaltungsinteressen auftretenden Probleme bereits *de lege lata* zu

lösen und zahlreiche praktisch relevante Konstellationen zu entschärfen.

Eine **Zurückdrängung der Parteiöffentlichkeit** bei der Befundaufnahme wird vom OGH in einem *obiter dictum* zur E 3 Ob 27/06a auch iZm **Geschäftsgeheimnissen** bejaht und darauf verwiesen, dass durch die nachträgliche Eröffnung einer Äußerungsmöglichkeit, wie sie in einer der Befundaufnahme des Sachverständigen nachfolgenden Tagsatzung regelmäßig eingeräumt wird, zumindest ein Nichtigkeitstatbestand ausgeschlossen wird. Gleichzeitig wird aber betont, dass einer gerichtlichen Entscheidung keine Tatsachen- und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden dürfen, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten.¹⁰⁵ Das rechtliche Gehör werde auch dann gewahrt, wenn die Partei zwar keine Gelegenheit hatte, an der in ihrer Abwesenheit durchgeführten Befundaufnahme teilzunehmen, ihr aber (**nachfolgend**) **Gelegenheit** gegeben wurde, ihren Standpunkt darzulegen und sich zu allen erkennbar für sie wesentlichen Tatsachen und Beweisergebnissen zu äußern.¹⁰⁶ Es erscheint nur auf den ersten Blick widersprüchlich zu sein, zum einen das rechtliche Gehör wegen eines Geheimnisses einzuschränken und zum anderen eine nachträgliche Äußerung zu den ermittelten Umständen zu ermöglichen. Mit der Entscheidung lässt sich freilich vereinbaren, dass nicht die für das Verfahren relevanten Ergebnisse der Befundaufnahme vom Geheimnis geschützt werden und eine Partei nicht deshalb von der Befundaufnahme ausgeschlossen wird, weil das Geheimnis den eigentlichen Beweiswert des zu besichtigenden Gegenstands (oder der Liegenschaft, der Unterlagen etc) schützt. Vielmehr ist die **Parteiöffentlichkeit** idZ (bei gleichzeitiger Offenlegung der Gutachtensgrundlage) nur deshalb **einschränkbar**, damit die für den **Streitgegenstand** ohnedies **irrelevanten**, aber von einem Geheimnis geschützten Umstände nicht quasi zufällig im Rahmen einer Befundaufnahme bekannt werden. In diesem Ausmaß ist es durchaus zulässig, eine Partei von einer Befundaufnahme auszuschließen, sofern alle von ihr vom Sachverständigen im Gutachten verwerteten Tatsachen auch nachträglich überprüft und hinterfragt werden können. Nach Ansicht des OGH ist die Beziehung eben nur „nach Möglichkeit und Tunlichkeit“ geboten, weil es auch rechtfertigende Gründe für die Befundaufnahme des Sachverständigen ohne Anwesenheit beider Parteien oder für die Anwesenheit nur einer Partei geben könne. Nach dem Gesagten ist es aber durchaus möglich, dass nur eine Partei zur Befundaufnahme beigezogen wird.¹⁰⁷ Der **Sachverständige** agiert hier als **Filter**. Es wird dadurch möglich, dass irrelevante (aber von einem Geheimnis betroffene) Umstände ausgeblendet, ohne dass deshalb die Angriffs- oder Verteidigungsmittel der Streitparteien entscheidend relativiert werden. Geht es „nur“ darum, Geheimnisse zu schützen, die für den Streitgegenstand keine Relevanz haben und bei der Befundaufnahme beiläufig offenbart werden könnten, erscheint eine Zurückdrängung des rechtlichen Gehörs somit auch *de lege lata* vertretbar. Gesetzlich anerkannte Weigerungsrechte (vgl etwa §§ 305 und 321 ZPO) können dabei eine Einschränkung der Mitwirkungsrechte

rechtfertigen. Darunter fallen auch vom Gesetz geschützte **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**. In einem solchen Fall kann von der Beiziehung der Parteien Abstand genommen werden bzw. wäre die Befundaufnahme vom Sachverständigen so zu gestalten, dass für das Verfahren **nicht relevante Geschäftsgeheimnisse** dem Gegner der vom Geheimnis geschützten Partei nicht bekannt werden. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Teilnahme einer Partei an der Befundaufnahme eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, sofern sie die Möglichkeit hat, alle Umstände und Tatsachen, die Grundlage des Gutachtens bilden und damit ins Verfahren und in die Entscheidung einfließen, zu prüfen und mit dem Gutachter im Rahmen der Verhandlung zu erörtern. Einer Partei wäre die unbeschränkte Teilnahme ihres Gegners bei einem gesetzlich anerkannten Geheimnisschutz nicht zumutbar.

Das Gesagte trifft für beide Varianten zu. Die Schwelle des beweisbelasteten Geheimnisträgers (Variante 1), eine Befundaufnahme trotz eines Geheimnisses zu ermöglichen, sinkt, wenn er zumindest davon ausgehen kann, dass die für den Streit nicht relevanten Umstände nicht dem Gegner bekannt werden. Es ist damit (in Grenzen) möglich, die Geheimhaltungsinteressen, den effektiven Rechtsschutz und das rechtliche Gehör zu beachten. Dadurch kann in vielen Fällen ein „**Alles oder Nichts**“ vermieden werden. Auch die Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei (Variante 2) kann durch die bloße Berufung auf geschützte Geheimhaltungsinteressen nicht verweigert werden, wenn die Mitwirkungsrechte der Gegenpartei derart eingeschränkt werden, dass ein (für das Verfahren irrelevante) Geheimnis ihr gegenüber geschützt bleibt. Bleiben die geltend gemachten Interessen durch eine Einschränkung der Parteiöffentlichkeit gewährleistet, ist der Partei die Erfüllung der sich aus § 359 Abs 2 ZPO ergebenden Mitwirkungspflicht zumutbar.

Die lückenhafte Regelung der Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen erweist sich idZ wohl als Vorteil, um die hier involvierten Grundrechte besser und flexibler zu vereinen. Andererseits bietet das geltende Verfahrensrecht auch zahlreiche Hinweise für den Grundsatz, dass die **Parteiöffentlichkeit bei entscheidungsunerheblichen Umständen eingeschränkt** werden kann,¹⁰⁸ was auch die Befundaufnahme in vielen Fällen ermöglicht, weil dann das Bad nicht mit dem Kind ausgeschüttet werden muss. Der Umstand, dass irrelevante Fakten möglichst auszublenden sind, folgt auch aus dem (vom Sachverständigen zu beachtenden) verfassungsrechtlich geschützten **Grundrecht auf Datenschutz**, weil die Verwendung von entscheidungsunerheblichen personenbezogenen Daten sich auf keine überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen stützen könnte.¹⁰⁹

Die mit der Einschränkung der Parteiöffentlichkeit verbundene Abschwächung des **Grundsatzes der Waffengleichheit** und die Einschränkung der **Parteiöffentlichkeit** sind wegen berücksichtigungswürdiger entgegenstehender Interessen vertretbar. Bei der hier vorzunehmenden Interessenabwägung ist der Geheimnisschutz höher zu be-

werten als das Interesse der Gegenpartei, an den Ermittlungshandlungen teilzunehmen, weil ihr nur Irrelevantes vorenthalten wird. Das hier vertretene Verständnis von der **nur einschränkend zu gewährende Parteiöffentlichkeit** bei der Befundaufnahme erweist sich aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs im Allgemeinen unproblematisch, weil die Ergebnisse der Ermittlungstätigkeit, die der Sachverständige zur Grundlage seines Gutachtens macht, und die von ihm festgestellten Tatsachen im Gutachten begründet und mit den Parteien erläutert werden müssen (§ 357 Abs 2 und § 362 Abs 1 ZPO). Die Einschränkung darf freilich nur im **notwendigen Ausmaß** erfolgen. Sie muss nicht zwingend dazu führen, eine Partei von Ermittlungshandlungen des Sachverständigen zur Gänze auszuschließen, wenn dieser Gegenstände oder Örtlichkeiten zu begutachten hat, die mit einem Geheimnis verbunden sind. Die Beteiligung kann auch nur hinsichtlich eines quantitativ oder qualitativ beschränkten Teils beschnitten werden. Das kann zur Folge haben, dass die Befundaufnahme oder die **Ermittlungshandlungen zeitlich** oder **umfänglich** zu **teilen** sind. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs könnte nämlich auch darin liegen, wenn eine Partei in einem größeren Umfang als notwendig von Ermittlungshandlungen ausgeschlossen wird.

8. Medizinische Untersuchungen

Die hL, die sich mit der Praxis der Gerichte und vereinzelter Entscheidungen des OGH¹¹⁰ deckt, verneint die Parteiöffentlichkeit bei einer **körperlichen Untersuchung** durch einen medizinischen Sachverständigen generell und knapp.¹¹¹ Eine solche ärztliche Untersuchung muss aber **nicht** in jedem Fall zum **kategorischen Ausschluss der Parteiöffentlichkeit** führen.¹¹² Vielmehr sind auch in dieser Konstellation die wechselseitigen Interessen abzuwägen. Nach einer Entscheidung des OLG Frankfurt steht es einem wegen Arzthaftung beklagten Zahnarzt zu, bei der Untersuchung der von ihm zahnärztlich behandelten Klägerin im Rahmen einer Beweisaufnahme anwesend zu sein.¹¹³ Das Gericht betrachtete sowohl das Recht auf Unterlassung eines Eingriffs in die Privat- und Intimsphäre (der Klägerin) als auch das rechtliche Gehör (des Beklagten) als schützenswert. Es erachtete die zu untersuchende Mundhöhle nicht als Bereich, „*bezüglich dessen gemeinhin eine besondere Scheu zur Offenbarung zu bestehen pflegt*“. Die Klägerin werde auch durch die Anwesenheit des Beklagten aufgrund seiner Vorkenntnisse aus den Behandlungen während zweier Jahre nicht so stark belastet wie durch die Anwesenheit gänzlich fremder Personen.

Auch hier hat die Parteiöffentlichkeit neben ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die **Gewährung rechtlichen Gehörs** praktische Auswirkungen zur **Verbreiterung der Tatsachengrundlage**. Unter dem Motto „Sechs Augen sehen mehr als zwei (oder vier)“ ist ein Ausschluss umso schwerer zu begründen, desto eher mit medizinischen Erläuterungen des Anwesenden gegenüber dem Sachverständigen zu rechnen ist. Wenn etwa zu erwarten ist, dass durch die Anwesenheit Behauptungen der untersuchten

Partei *ad hoc* widerlegt werden können und auf vom Sachverständigen übersehene Aspekte sofort hingewiesen werden kann. Ein Ausschluss einer **medizinisch gebildeten Partei** (etwa des im Arzthaftungsprozess beklagten Arztes) wird dabei idR daher schwerer zu begründen sein als die Abwesenheit eines **Nichtmediziners**, der zur Verbreiterung der Tatsachengrundlage wenig beitragen kann. Dabei wird unter dem Gesichtspunkt der **Waffengleichheit** auch zu berücksichtigen sein, ob ein Vertreter der zu untersuchenden Person beigezogen wird. Ist dies der Fall, müssen besondere Gründe vorliegen, warum auch nicht der Gegenpartei (und/oder ihrem Anwalt) Zugang zur Untersuchung eingeräumt werden soll. Für die hier nötige **Interessenabwägung** wird es entscheidend auf die zu untersuchende **Körperregion** und die **Intensität der Untersuchung** ankommen. Eine parteiöffentliche Untersuchung von auch im angezogenen Zustand sichtbaren Körperteilen ist einer Partei eher zumutbar als eine Untersuchung der anderen Körperteile. Ähnliches trifft auch auf eine psychiatrische oder psychologische Befundaufnahme zu, wenn es dabei um intime oder familiäre Details geht. Liegt eine (behauptete) **Opfereigenschaft** vor, die einen physischen Ausschluss der Gegenpartei von einer Vernehmung stützen könnte (vgl § 289a ZPO), kommt eine Teilnahme des Gegners und seines Vertreters gegen den Willen des Untersuchten ebenso wenig in Betracht wie bei einer Untersuchung einer **minderjährigen Person**,¹¹⁴ wenn die in § 289b Abs 2 ZPO genannten Voraussetzungen vorliegen.¹¹⁵ Wichtig ist auch der der Untersuchung zugrunde liegende Verfahrensgegenstand.

Bevor es aber zu einem Komplettausschluss bei einer körperlichen Untersuchung kommt, sollten **gelindere Methoden** geprüft werden, die zumindest eine gemäßigte Parteiöffentlichkeit rechtfertigen. Zu denken ist etwa an eine Teilnahme mit technischen Hilfsmitteln (Videoübertragung) oder optischen Einschränkungen (Paravent udgl).

9. Hausrecht

Kann die Parteiöffentlichkeit einer Befundaufnahme im Bereich der Liegenschaft, Wohnung etc einer Partei durch das von ihr geltend gemachte Hausrecht eingeschränkt werden?¹¹⁶ Wie ein gerichtlicher **Augenschein** kann auch die Befundaufnahme eines Sachverständigen nicht gegen den Willen der Partei (direkt) erzwungen werden. Die Frage, ob der Sachverständige die Befundaufnahme dann ohne den Gegner durchführt oder eine solche unterlässt, ist mit Blick auf die **beidseitig verfassungsrechtlich geschützte Rechtssphäre** (rechtliches Gehör, Hausrecht) nach einer **Interessenabwägung** zu entscheiden. Dem sind ua die Bedeutung der Liegenschaft für den Eigentümer, Umfang und Zeitpunkt des mit der Befundaufnahme verbundenen Eingriffs und die Bedeutung (der Beweiswert) der Liegenschaft für die Streitsache zugrunde zu legen. Auch die konkret teilnehmenden Personen können eine Rolle spielen. Die bloße Berufung auf das Hausrecht reicht idR nicht.¹¹⁷ Der gebotene Interessenausgleich kann auch dadurch herbeigeführt werden, dass nur die Partei,

nicht aber ihr Vertreter ausgeschlossen wird,¹¹⁸ wobei auch hier eine vom Einzelfall abgelöste Grundregel schwer zu definieren ist. Der Ausschluss der Naturalpartei wird sich im Regelfall nur dann rechtfertigen lassen, wenn gewichtige Interessen des Gegners betroffen sind, die aber einen Komplettausschluss nicht rechtfertigen könnten, und es dem Vertreter möglich ist, die Parteienrechte seines Mandanten effektiv umzusetzen.

Besteht für eine Verweigerung des Zutritts keinerlei sachliche Grundlage, ist von der Befundaufnahme Abstand zu nehmen. Der damit verbundene Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht des § 359 Abs 2 ZPO kann sich für die Partei nachteilig in der Beweiswürdigung auswirken.¹¹⁹

10. Klarstellende Beschlüsse des Gerichts

Die oben skizzierten Grenzen und **Ausnahmen der Parteiöffentlichkeit** hat in Streit- oder Zweifelsfällen das Gericht und nicht der Sachverständige zu ziehen. Macht eine Partei ihre **Mitwirkung** nur von **Auflagen** abhängig, kann sie damit gegen ihre **Mitwirkungspflichten** verstoßen, was für den Sachverständigen im Einzelfall oft ebenso schwer beurteilt werden kann wie der Umstand, ob verschiedene Tatsachen für den Streitgegenstand relevant sind oder nicht (und daher eine Einschränkung rechtfertigen), bzw die Frage, ob sich eine Partei zu Recht auf ein gesetzlich geschütztes Geheimnis, ihre Intim- und Privatsphäre oder ihr Hausrecht stützt. In den meisten Konstellationen wird es für den Sachverständigen daher unumgänglich sein, sich diesbezügliche (**beschlussmäßige**) **Weisungen des Gerichts** einzuholen,¹²⁰ wenn sich die von ihm vorzunehmende Vorgangsweise nicht bereits aus dem Beststellungsbeschluss ergibt. § 359 Abs 2 Satz 2 ZPO bietet für derartige klarstellende Beschlüsse die passende (zumindest analog heranzuziehende) rechtliche Grundlage,¹²¹ weil die Verweigerung der Zusammenarbeit einer Partei mit dem Sachverständigen den Umfang ihrer Mitwirkungspflicht betrifft. Daneben kann auch – ungeachtet ihrer systematischen Dislozierung¹²² – die Bestimmung des § 25 GebAG herangezogen werden. Die Entscheidung des Gerichts wird vor allem immer dann einzuholen sein, wenn eine Partei die **Mitwirkung** an der Befundaufnahme unter Berufung auf entgegenstehende Interessen **verweigert** oder davon **abhängig macht**, dass die Beteiligung der Gegenseite eingeschränkt oder sie überhaupt ausgeschlossen wird.

Wenn ungeachtet der gerichtlichen Entscheidung die davon betroffene Partei ihre Mitwirkung an einer parteiöffentlichen Befundaufnahme verweigert,¹²³ bedeutet das noch nicht zwingend, dass die Befundaufnahme deshalb zu unterbleiben hat. In sinngemäßer Anwendung des § 359 Abs 2 Satz 4 ZPO hat der Sachverständige die Befundaufnahme erforderlichenfalls auch unter **Ausschluss der Parteiöffentlichkeit** durchzuführen, sofern die Mitwirkung des Gegners nicht unumgänglich ist und ungeachtet des Ausschlusses bzw der Einschränkung nachvollziehbare und für die ausgeschlossene Partei auch überprüfbare Beweisergebnisse zu erwarten sind. Das Verhalten der die

Parteiöffentlichkeit verweigernden Partei wird zweifach in die **richterliche Beweiswürdigung** einfließen: Zum einen sinkt der Beweiswert des solcherart „mit angezogener Handbremse“ erstatteten Gutachtens, zum anderen wird das Gericht das Verhalten der Partei auch sonst im Lichte der umfassenden Verhandlungs- und Beweiswürdigung nach § 272 ZPO zu würdigen haben.

11. Schlussbetrachtung

Es ist gezeigt worden, dass sich die in der Praxis weit verbreiteten **selbständigen Ermittlungshandlungen** des Sachverständigen im Zivilprozess auf eine **gesetzliche Grundlage** stützen können.

Im Allgemeinen ist den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, an der **Befundaufnahme** auch **teilzunehmen**, sofern dies möglich, sinnvoll und tunlich ist.

Parteiöffentlichkeit bedeutet jedoch nicht, dass die Streitparteien Anspruch haben, im Rahmen einer Befundaufnahme von Umständen Kenntnis zu erlangen, die für den Streitgegenstand nicht relevant sind. Diesbezüglich ist der Sachverständige gehalten, die **Geheimhaltungs- und Privatsphäre** der Parteien zu wahren.

Darüber hinaus sind bei einem **überwiegenden Interesse** einer der Parteien auch eine einseitige **Einschränkung** oder ein **Ausschluss der Parteiöffentlichkeit** im absolut notwendigen Ausmaß denkbar. Der (sonst negativ zu beurteilende) Umstand, dass die Befundaufnahme nicht ausreichend gesetzlich normiert ist, erhöht hier den Rahmen für eine umfassende Interessenabwägung.

Sofern sich der Umfang der Parteiöffentlichkeit nicht aus dem **konkreten Gerichtsauftrag** ergibt, ist es für den Sachverständigen schon zur Vermeidung eines Anscheins der Befangenheit geboten, allfällige Einschränkungen oder gar einen einseitigen Ausschluss der Parteiöffentlichkeit erst nach Rücksprache mit dem Gericht und einem entsprechenden **Beschluss** bzw. einer gerichtlichen **Weisung** vorzunehmen.

Trotz Zurückdrängung der Parteiöffentlichkeit müssen die Parteien die Möglichkeit haben, in der Verhandlung die **Grundlagen des Gutachtens zu erörtern** und zu **überprüfen**. *De lege lata* ist der Sachverständige verpflichtet, sich in seinem Gutachten nur auf jene Befundtatsachen als Grundlage zu stützen, die dem Gericht und beiden Parteien offengelegt werden.

Anmerkungen:

- ¹ *Fasching*, Sachverständiger und Richter, SV 1977/1, 16 (17); *Krammer*, Die „Allmacht“ des Sachverständigen (1990) 9 uva.
- ² *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozeß, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 45 (66); *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 357 ZPO Rz 1 und § 360 ZPO Rz 1.
- ³ *Jelinek*, Sachverständige, 66; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 357 ZPO Rz 1.
- ⁴ Vgl die Überschrift des 5. Titels „Beweis durch Sachverständige“ und § 351 Abs 1, § 352 Abs 2, § 355 Abs 2 und 3, § 357 Abs 1, § 358 Abs 1, § 360 Abs 1, § 363 Abs 1 sowie § 365 ZPO.

- ⁵ § 170 Abs 2 Geo normiert, dass Akten für bestimmte Zeit Sachverständigen, „die dem Gericht als verlässlich bekannt sind“, anvertraut werden können. Daraus ist nicht abzuleiten, dass dem Sachverständigen stets und automatisch (wie oft in Praxis zu beobachten) der gesamte Akt zu übermitteln ist. Aufgrund des Wortlauts des § 359 Abs 1 ZPO (arg „erforderlich“) und auch aus Datenschutzgründen sollten dem Sachverständigen nur jene Teile des Akts (bzw entsprechende Kopien) übermittelt werden, die er zur Erfüllung des Gerichtsauftrags benötigt; dazu auch *Rassi*, Fragen zum Datenschutz im Zivilverfahren, in FS Schneider (2014) 403 (425).
- ⁶ Im Rahmen eines Lokalaugenscheins beteiligt sich der verkehrstechnische Sachverständige aktiv an den Feststellungen zur Unfallörtlichkeit und den Vernehmungen der am Unfall beteiligten Personen, erstattet im Anschluss Befund und Gutachten und beantwortet die dazu vom Gericht und den Parteien gestellten Fragen.
- ⁷ *Fasching*, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozeß, in FS Matscher (1993) 97 (98).
- ⁸ Kritisch *Krammer*, „Allmacht“, 22 f.
- ⁹ *Schrutka von Rechtenstamm*, Grundriß des Zivilprozeßrechts² (1917) 227.
- ¹⁰ *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1930) 672.
- ¹¹ *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege I (1925) 447.
- ¹² *Petschek/Stagel*, Der österreichische Zivilprozeß (1963) 219.
- ¹³ *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß, 327.
- ¹⁴ *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen III (1966) 471 und 493; *ders*, SV 1977/1, 17; *ders*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 1003 ff; *ders*, Ermittlung, 102 f.
- ¹⁵ *Fasching*, Ermittlung, 102 f.
- ¹⁶ *Fasching*, Ermittlung, 103.
- ¹⁷ *Jelinek*, Sachverständige, 70.
- ¹⁸ *Jelinek*, Sachverständige 70; idS auch OLG Linz 15 R 48/04s.
- ¹⁹ *Rüffler*, Der Sachverständige im Zivilprozeß (1995) 178.
- ²⁰ *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozeßrecht² (1976) 269.
- ²¹ *Dienst*, Was erwarten sich Richter und Justizverwaltung vom Sachverständigen? SV 1984/1, 2 (4 f).
- ²² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) Rz 811; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 359 ZPO Rz 1; *ders* in *Rechberger*, ZPO³ (2006) § 359 Rz 2; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht² (2013) Rz 841.
- ²³ Das sei bei medizinischen körperlichen Untersuchungen oder dann der Fall, wenn es zu keinen verfahrenähnlichen Aktivitäten des Sachverständigen komme. *Rüffler* (Sachverständige, 188 f) erwähnt hier länger andauernde Beobachtungen, technisch-wissenschaftliche Erprobungen oder Bearbeitungen, „insbesondere dann, wenn die Abläufe dieser Untersuchungen äußerlich nicht begleitend sichtbar werden“.
- ²⁴ *Rüffler*, Sachverständige, 182 f.
- ²⁵ *Rüffler*, Sachverständige, 182.
- ²⁶ *Rüffler*, Sachverständige, 185 f.
- ²⁷ *Rüffler*, Sachverständige, 187.
- ²⁸ *Schiller*, Befundaufnahme – Beteiligtenbefragung und ihre Grenzen, SV 2001/1, 8 (12 f).
- ²⁹ *Koller*, Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Sachverständigen im Wirtschaftsrecht (2013) 97 (119).
- ³⁰ Allerdings drückt der Begriff der materiellen Beweisaufnahme ohnedies aus, dass es sich gerade um keine formelle Beweisaufnahme handelt, sondern nur inhaltlich bzw faktisch Tatsachen ermittelt werden.
- ³¹ IdR verhindern verfahrensrechtliche Schranken eine umfassende Beschäftigung mit der Problematik: Beschlüsse nach § 359 Abs 2 ZPO, die ua die selbständige Tätigkeit des Sachverständigen regeln können, sind ebenso wenig abgeordnet anfechtbar wie die Anordnung zur schriftlichen Begutachtung (§ 366 Abs 1 ZPO). Die fehlende Auseinandersetzung in Entscheidungen des OGH erklärt sich daraus, dass Sachverständige fast ausschließlich im erstinstanzlichen Verfahren tätig werden. Wird vor dem Berufungsgericht diesbezüglich eine Mangelhaftigkeit nicht oder erfolglos geltend gemacht, kann dies in der Revision nicht mehr aufgegriffen werden (RIS-Justiz RS0043111, RS0042963). Liegt nach Ansicht der zweiten Instanz hingegen ein Verfahrensmangel vor, wird dies idR zur Aufhebung des Ersturteils führen (ohne Rechtskraftvorbehalt). Wirken sich die Ermittlungshandlungen hingegen auf der Tatsachenebene aus, kann auch das nicht mehr vor dem OGH geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0043371).
- ³² Die besonderen Vorschriften, „die insbesondere durch die Verfahrensgrundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung ein richtiges Beweisergebnis gewährleisten sollen“, ordnete der OGH dabei (nur) der gerichtlichen Beweisaufnahme zu.
- ³³ IdS auch *Fasching*, Ermittlung, 103.

Selbständige Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen im Zivilprozess

- ³⁴ RIS-Justiz RS0046333 [T18, T30]; OGH 15. 6. 2012, 2 Nc 2/12k. Nach OGH 5. 12. 2011, 5 Nc 23/11v, soll es hingegen nicht darauf ankommen, wenn gleich auch dieser Entscheidung zugrunde liegt, dass sich ein Sachverständiger ohne Richter zur Befundaufnahme begibt.
- ³⁵ OLG Wien 30. 10. 1987, 1 R 126/87, AnwBl 1988, 358 (W.-D. Arnold).
- ³⁶ Vgl etwa OLG Wien RW0000724; LG Klagenfurt RKL0000053.
- ³⁷ LGZ Wien 18. 7. 2000, 41 R 301/00v, MietSlg 52.745.
- ³⁸ OLG Wien 20. 3. 1991, 31 Rs 49/91, SVSlg 39.523; 9 Rs 18/12a; OLG Graz 19. 3. 1997, 7 Rs 26/97, SVSlg 44.366; OLG Linz 7. 3. 1995, 13 Rs 123/94, SVSlg 44.528 uva; vgl auch OGH 15. 6. 1993, 10 Obs 98/93; 27. 4. 2004, 10 Obs 44/04z.
- ³⁹ Zumindest nicht durch sie allein.
- ⁴⁰ Neumayr in ZellKomm² (2011) § 75 ASGG Rz 8 mwN; Greifeneder/Liebhart, Pflegegeld³ (2013) Rz 816 f – jeweils mwN.
- ⁴¹ OLG Wien 16. 7. 2008, 7 Rs 96/08d, ARD 5968/8/2009; gegebenenfalls unter Beiziehung eines Dolmetschers (OLG Wien RW0000226).
- ⁴² OLG Linz 4. 4. 2006, 12 Rs 26/06, SVSlg 54.759; 21. 10. 2009, 12 Rs 176/09, SVSlg 59.684; OLG Innsbruck 13. 9. 2006, 23 Rs 62/06, SVSlg 54.767; LG Feldkirch 7. 12. 2000, 35 Cgs 174/00, SVSlg 50.227 uva.
- ⁴³ IdS auch Ruffler, Sachverständige, 179; Schiller, SV 2001/1, 12.
- ⁴⁴ Rechberger, Die Rechtsstellung der Beteiligten beim Sachverständigenbeweis, SV-Sonderausgabe 2012, 24.
- ⁴⁵ Fasching, Ermittlung, 98.
- ⁴⁶ Für das arbeits- und sozialgerichtliche Verfahren unterstreicht § 39 Abs 6 ASGG die Möglichkeit eines schriftlichen Befunds oder Gutachtens.
- ⁴⁷ Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 362 ZPO Rz 1.
- ⁴⁸ In der Praxis übernehmen freilich sehr oft die Sachverständigen die entsprechende Protokollierung.
- ⁴⁹ Krammer/Schmidt, SDG – GebAG³ (2001) § 24 GebAG Anm 2.
- ⁵⁰ Fasching, Ermittlung, FN 6.
- ⁵¹ Zur Honorierungsfragen zB OGH 8. 3. 2012, 2 Ob 164/11y; OLG Innsbruck RI0000184; LG Ried RRI0000039; LG Salzburg RSA0000053; OLG Wien RW0000495, RW0000461; LG Klagenfurt RKL0000101 (Zwangsversteigerung).
- ⁵² Vgl auch ErlRV 303 BlgNR 23. GP, 45: „Mit dem der TP 3 A RATG durch das BGBl I Nr. 68/2005 neu angefügten Abschnitt III sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Beteiligung von Rechtsanwältinnen an Befundaufnahmen durch Sachverständige von der Schwierigkeit häufig der Intervention bei einer kontradiktorischen Verhandlung vor Gericht gleichsteht und daher so wie diese entlohnt werden soll.“
- ⁵³ Fasching, Ermittlung, 103 und 106; Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 359 ZPO Rz 2; ders, SV-Sonderausgabe 2012, 30.
- ⁵⁴ Zutreffend Fasching, Ermittlung, 107.
- ⁵⁵ OGH 27. 3. 1985, 3 Ob 503/85.
- ⁵⁶ Fasching, Ermittlung, 107.
- ⁵⁷ Jelinek, Sachverständige, 70.
- ⁵⁸ Vgl Koller, Sachverständigenbeweis, 119 („Es steht mithin jeder Partei frei, die Richtigkeit der aus solchen Ermittlungshandlungen resultierenden Feststellungen, die dem Gutachten zugrunde liegen, zu bestreiten und darüber eine Beweisaufnahme zu verlangen.“).
- ⁵⁹ Fasching (Ermittlung, 104) zieht aus einer Reihe von Bestimmungen der ZPO allerdings den Schluss, dass eine mittelbare Beweisaufnahme zulässig sei, wenn die Beweisaufnahme vor dem Gericht mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei.
- ⁶⁰ Nach richtigem Verständnis des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bedeutet dieser allerdings nicht, dass das Gericht stets und ausnahmslos die Tatsachen aus der Quelle selbst schöpfen muss (Völzmann-Stickelbrock, Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit, ZZZ 118 [2005], 359 [367]). Eine derartig streng materiell verstandene Unmittelbarkeit würde zur Folge haben, dass jegliche Beweise neben denen absolut unzulässig sind, die ihrem Inhalt nach die Erkenntnis der Tatsachen am unmittelbarsten ermöglichen. Vielmehr ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz iS einer formellen Unmittelbarkeit zu verstehen, wonach die Beweisaufnahme vor dem Gericht zu erfolgen hat. Auch bei einer schriftlichen Erstattung eines Gutachtens erfolgt die eigentliche Beweisaufnahme aber vor dem erkennenden Gericht, das das Gutachten in den Prozess einzuführen und allenfalls dessen mündliche Erörterung mit dem Sachverständigen zu veranlassen hat (Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 357 ZPO Rz 2). Das Ermitteln von Tatsachen durch den Sachverständigen verhindert somit nicht, dass die Beweisaufnahme iW durch den Richter erfolgt. ISv Fasching (SV 1977/1, 17) tritt beim Sachverständigenbeweis an die Stelle unmittelbar persönlicher Überzeugung des Richters von der Richtigkeit der gewonnenen Erkenntnis dessen Erkenntnis und Überzeugung, dass der Sachverständige richtig gehandelt hat. Zudem setzt die Stamfassung der ZPO bereits durch die Übertragung des Befunds an den Sachverständigen voraus, dass dem Gericht ein derartiges Schöpfen aus der Quelle mangels Sachkunde gar nicht möglich sein kann, sodass auch im Bereich des Sachverständigenbeweises Grenzen der sachlichen Unmittelbarkeit wesensimmanent sind. Hinzukommt, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz auch sonst abgeschwächt ist (vgl etwa die Regeln über den ersuchten oder beauftragten Richter in § 281a oder § 488 Abs 4 ZPO).
- ⁶¹ Rechberger, SV-Sonderausgabe 2012, 29; ders in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 359 ZPO Rz 1; Schmidt, Sachverständige im Spannungsfeld, SV 2005/1, 11 (13).
- ⁶² Rechberger, SV-Sonderausgabe 2012, 30.
- ⁶³ Für das Exekutionsverfahren normiert § 140 Abs 2 EO eine starke und eigenständige Stellung des Sachverständigen.
- ⁶⁴ Fasching, Ermittlung, 105; Schiller, SV 2001/1, 13; Neumayr in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht (2011) Kap IX Rz 35.
- ⁶⁵ Rechberger, SV-Sonderausgabe 2012, 29.
- ⁶⁶ Jelinek, Sachverständige, 70.
- ⁶⁷ Ruffler, Sachverständige, 168; Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos, Sachverständige und ihre Gutachten (2012) 65.
- ⁶⁸ Dazu kritisch Krammer, „Allmacht“, 24.
- ⁶⁹ Lindner in Prütting/Gehrlein, ZPO⁵ (2013) § 357 Rz 1.
- ⁷⁰ Krammer, „Allmacht“, 23.
- ⁷¹ Neumayr in Resch/Wallner, Medizinrecht, Kap IX Rz 35; Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos, Sachverständige, 75; Jelinek, Befangenheit des Sachverständigen im Zivilprozess, in FS 100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 319 (324); OLG Wien, SV 1983/2, 21; idS BGH 15. 4. 1975, X ZR 52/75, NJW 1975, 1363; 23. 10. 2007, X ZR 100/05, GRUR 2008, 191.
- ⁷² Im Bereich des Strafprozesses hielt § 122 StPO idF vor der StPO-Reform 2008 fest, dass die Gegenstände des Augenscheins von den Sachverständigen in Gegenwart der Gerichtspersonen (mit Ausnahmen) zu besichtigen und zu untersuchen sind. Die Rspr (RIS-Justiz RS0096652) wies darauf hin, dass die StPO keine Vorschriften darüber enthalte, wonach die Erstellung des Befunds durch den Sachverständigen, also die Darstellung seiner dem Gutachten zugrunde gelegten Untersuchungen, einen gerichtlichen Augenschein, mithin eine unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht mit Parteiöffentlichkeit, notwendig zur Voraussetzung hätte. Daraus wurde geschlossen, dass der vom Gericht beauftragte Gutachter im Rahmen seiner Befundaufnahme auch allein etwa Auswärtsbesichtigungen durchführen, erforderliche Informationen einholen und selbst Personen befragen könne, ohne die Grenzen der ihm übertragenen Befundaufnahme zu überschreiten; seine Tätigkeit werde damit nicht zu einem Augenschein. Das ergibt sich auch aus § 149 Abs 2 StPO idF, wonach ein Sachverständiger im Rahmen der Befundaufnahme mit der Durchführung eines Augenscheins beauftragt werden kann.
- ⁷³ Nach verständiger Würdigung ist diese Bestimmung derart zu verstehen, dass den Parteien eine Ausfertigung des Gutachtens zuzustellen ist (vgl auch § 39 Abs 6 ASGG); idS auch Jelinek, Sachverständige, 68, der die Bestimmung auf überholte schreibtechnische Voraussetzungen zurückführt (ihm folgend Ruffler, Sachverständige, 166). Dem ist zuzustimmen, zumal viele Sachverständige in den letzten Jahren die Möglichkeit zur elektronischen Einbringung des Gutachtens nutzen. Mit der relativ unproblematischen elektronischen Übermittlung solcher Gutachten ist der für alle Beteiligten verhältnismäßig große Aufwand einer Akteneinsicht nicht zu vergleichen. In der Praxis ist § 360 Abs 2 ZPO totes Recht.
- ⁷⁴ Krammer, Allmacht, 23.
- ⁷⁵ Jelinek, Sachverständige, 67.
- ⁷⁶ Jelinek, Sachverständige, 70.
- ⁷⁷ Fasching, Kommentar III, 472; ders, Lehrbuch², Rz 1005; ders, Ermittlung, 104; Deixler-Hübner, Fortschreitender Einsatz von Sachverständigen (Teil I), RZ 1992, 251 (253); Jelinek, Sachverständige, 70; Obermaier, Tarifpost 2, 3 und § 11 RATG, RZ 2008, 222 (223); Rechberger, SV-Sonderausgabe 2012, 30; Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos, Sachverständige, 66 und 74; Krammer, Zur Beweiskraft des Sachverständigenbeweises, in FS 100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 267 (277); Koller, Sachverständigenbeweis, 120 mwN; OLG Wien, SV 1983/2, 21; vgl allgemein auch EGMR 6. 5. 1985, Bsw 8658/79, Bönisch gegen Österreich.
- ⁷⁸ „Soweit ihm der vom Gericht ... erteilte Auftrag keine besondere Vorgangsweise vorschreibt, hat der Sachverständige bei der Befundaufnahme stets den fundamentalen Verfahrensgrundsatz des beiderseitigen Gehörs zu wahren. Bei den vom Sachverständigen im Auftrag des Gerichts ... selbständig geleiteten Ermittlungen hat er auf eine unparteiliche Verfahrensführung und die Einhaltung der Prinzipien eines fairen Verfahrens zu achten.“
- ⁷⁹ Entsprechendes wird in Deutschland zur vergleichbaren Bestimmung des § 357 dZPO vertreten; vgl Berger in Stein/Jonas, ZPO²², § 357 Rz 9; Heinrich in MünchKomm ZPO⁴ (2012) § 357 Rz 8.
- ⁸⁰ Vgl Rechberger, SV-Sonderausgabe 2012, 30, wonach die Mitwirkungspflicht mit der Mitwirkungsbefugnis korrespondiert.
- ⁸¹ Für die Realexekution sieht § 141 Abs 3 EO die Parteiöffentlichkeit vor.

- ⁸² *Rechberger*, SV-Sonderausgabe 2012, 30 mwN.
- ⁸³ *Obermaier*, Kostenhandbuch² (2010) Rz 692; *ders*, RZ 2008, 223
- ⁸⁴ Vgl seinen Hinweis auf die „*bloße Verständigung des Gerichts vom Befundtermin zu Zwecken der Wahrung des Parteiengehörs*“ oder die Festlegung, dass die Anwesenheit der Parteien (vertreter) „*zur Wahrung des Parteiengehörs bei den Ermittlungen gewährleistet sein muss*.“
- ⁸⁵ *Thiele*, Aktuelle Entwicklungen und Judikatur im anwaltlichen Honorar- und Kostenrecht 2010, in *Heidinger/Jud-Zöchling*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011 (2011) 43 (55).
- ⁸⁶ ZB durch Gewährung des Zugangs in ein Gebäude.
- ⁸⁷ ZB *Fasching*, Ermittlung, 104; *Rüffler*, Sachverständige, 188 f; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 359 ZPO Rz 1; *ders*, SV-Sonderausgabe 2012, 30.
- ⁸⁸ *Rechberger*, SV-Sonderausgabe 2012, 30.
- ⁸⁹ Ähnlich *Jelinek*, Sachverständige, 70, wonach die Anwesenheit rechtlich möglich und angesichts der konkreten Maßnahmen auch sinnvoll sein muss.
- ⁹⁰ Vgl auch *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige, 137 („*ordnende, stoffsammelnde, konzeptive und ausarbeitende Vorbereitung des Gutachtens*“).
- ⁹¹ OLG Linz 15 R 48/04s („*Ermittlung von relevanten Unternehmensdaten aus den Buchhaltungsunterlagen*“).
- ⁹² *Berger* in *Stein/Jonas*, ZPO²², § 357 Rz 9.
- ⁹³ IdS wohl OLG Wien, SV 2003/3, 160 („*Hilfstatsachen*“); vgl auch *Koller*, Sachverständigenbeweis, 119, der sich auf die deutsche Terminologie bezieht, die derart festgestellte Tatsachen als „*Zusatzstatsachen*“ bezeichnet, während Ermittlungstätigkeiten, die Fachkenntnisse voraussetzen, mit „*Befundstatsachen*“ definiert werden (vgl *Zimmermann* in *MünchKomm ZPO*⁴, § 404a); zur identen Terminologie im österreichischen Strafprozess *Hinterhofer* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 127 Rz 11.
- ⁹⁴ Geheimnisse Dritter werden hier weitgehend ausgeblendet.
- ⁹⁵ Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², Einl II/1 Rz 28 („*Parteiöffentlichkeit dient dem Schutz des rechtlichen Gehörs*“).
- ⁹⁶ RIS-Justiz RS0117067.
- ⁹⁷ RIS-Justiz RS0005915, RS0119970; vgl auch RIS-Justiz RS0006036.
- ⁹⁸ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 305 ZPO Rz 2.
- ⁹⁹ OGH 2. 2. 2005, 9 ObA 7/04a; *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 298 ZPO Rz 7.
- ¹⁰⁰ OGH 7. 11. 2007, 6 Ob 245/07h.
- ¹⁰¹ *Rechberger*, SV-Sonderausgabe 2012, 30.
- ¹⁰² Vgl dazu *B. Schneider*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, *ecolex* 2011, 96; *dies*, Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch? ÖJZ 2013, 149; *Garber*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Zivilprozess – ein Überblick, ÖJZ 2012, 640; jüngst *McGuire*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Prozess (Vortragsunterlage, Veröffentlichung geplant).
- ¹⁰³ Dabei wird erörtert, ob etwa geheime Beweismittel und Tatsachen unter Einschränkung der Parteiöffentlichkeit in den Prozess und die Entscheidung (unter Zurückdrängung bzw Ausschluss der Parteiöffentlichkeit) derart einfließen dürfen, dass die Grundlagen der Entscheidung nicht allen Parteien offenstehen. Mit einem derartigen *in-camera*-Verfahren steht vor allem eine einschneidende Einschränkung der Parteiöffentlichkeit im Raum, weil gerade verhindert werden soll, dass der Gegner des Geheimnisträgers (oder des zur Verschwiegenheit Verpflichteten) (genaue) Kenntnis jener Umstände erlangt, die vom Geheimnis umfasst sind und die zwecks effektiver Rechtsverfolgung ins Verfahren fließen. Das kann ua die Teilnahmeberechtigung am Beweisverfahren, das Recht auf Akteneinsicht, aber auch die inhaltliche Begründung von Entscheidungen betreffen. Von den Befürwortern eines derartigen Verfahrens wird hervorgehoben, dass es eine Alles-oder-nichts-Situation zwischen den Polen der Geheimhaltung und des rechtlichen Gehörs mit Blick auf den Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung vermeidet. Die Gegner eines derartigen Verfahrens berufen sich im Wesentlichen auf das fundamentale Prinzip des rechtlichen Gehörs.
- ¹⁰⁴ Auch einige EU-Rechtsakte erfordern flexible Interessenabwägungen, zB die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 157 vom 30. 4. 2004, S 45 (Enforcement-Richtlinie); vgl auch *McGuire*, Schutz, unter Hinweis auf den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 28. 11. 2013, KOM (2013) 813 endg (Know-how-Richtlinie).
- ¹⁰⁵ Vgl auch RIS-Justiz RS0074920, RS0005915.
- ¹⁰⁶ *Rechberger*, SV-Sonderausgabe 2012, 30.
- ¹⁰⁷ Nach der nicht weiter begründeten Auffassung von *Jelinek* (Sachverständige, 70) dürfte der Sachverständige „*keinesfalls*“ nur eine Partei beiziehen. In der StPO fand sich von 2008 bis Mai 2009 in § 127 Abs 2 eine Regelung zum grundsätzlichen Anwesenheitsrecht der Beteiligten bei der Befundaufnahme, „*soweit dies von den Umständen her möglich ist und die Aufnahme des Befunds oder berechnete Interessen von Personen nicht gefährdet*.“ Vgl auch die bis 2007 geltende Fassung des § 122 Abs 1 StPO, wonach die Gegenstände des Augenscheins von den Sachverständigen in Gegenwart der Gerichtspersonen zu besichtigen und zu untersuchen sind, außer wenn diese aus Rücksichten des sittlichen Anstands für angemessen erachten, sich zu entfernen, oder wenn die erforderlichen Wahrnehmungen, wie bei der Untersuchung von Giften, nur durch fortgesetzte Beobachtung oder länger dauernde Versuche gemacht werden können.
- ¹⁰⁸ Zu denken ist vor allem an § 298 Abs 2 ZPO, wonach der Beweisführer irrelevante Urkundenteile zwar dem Gericht, aber nicht dem Gegner vorlegen muss. Nach § 75a ZPO sind die Angaben der Partei über ihren Wohnort vor der gegnerischen Partei unter Verschluss zu halten, zumal es sich hier idR um keine für den Streitgegenstand relevante Information handelt. Müsste man das aber bejahen und damit wohl ein überwiegende Interesse des Gegners, wäre die Adresse offenzulegen. § 214 UGB schützt wiederum die Geheimhaltungsinteressen des Buchführungspflichtigen, weil die Einsichtnahme (im Prozess) auf den Streitpunkt beschränkt ist, wobei (nur) das Gericht („*vom übrigen Inhalt*“) umfassende Einsicht hat. Auch die nach § 12 WettbG durch das Gericht unter Ausschluss der Parteien vorzunehmende Sichtung soll ua auch ermöglichen, die für das konkrete Verfahren unerheblichen Teile von den erheblichen Teilen zu trennen. Auch das europäische Mahnverfahren dokumentiert, dass der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit nicht unbeschränkt gilt. Der Verzicht des Antragstellers auf die Überleitung in das ordentliche Verfahren nach Art 7 Abs 4 EuMahnVO ist deshalb auf einer Anlage zum Antrag zu erklären, weil der Verzicht dem Antragsgegner zweckmäßigerweise nicht zur Kenntnis gebracht wird. Auch dieser Verzicht steht nicht im direkten Zusammenhang mit den im Verfahren zu prüfenden materiell-rechtlichen Bestimmungen und ist insoweit für die Rechtsverfolgung oder -verteidigung irrelevant.
- ¹⁰⁹ *Rassi*, Fragen zum Datenschutz, 425 f.
- ¹¹⁰ OGH 29. 3. 2006, 3 Ob 27/06a.
- ¹¹¹ *Fasching*, Ermittlung, 105; *Rüffler*, Sachverständige, 188; *Schiller*, SV 2001/1, 13; *Neumayr* in *Fesch/Wallner*, Medizinrecht, Kap IX Rz 36; für Deutschland *Berger* in *Stein/Jonas*, ZPO²², § 357 Rz 10; *Stadler* in *Musielak*, ZPO¹⁰ (2013) § 357 Rz 4; *Greger* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO³, § 357 Rz 2; OLG München 8. 8. 1990, 1 W 1996/90, NJW-RR 1991, 896; OLG Köln 25. 3. 1992, 27 W 16/92, NJW 1992, 1568; vgl aber *Heinrich* in *MünchKomm ZPO*⁴, § 357 Rz 8 („*Teilnahme in seltenen Ausnahmefällen möglich*“).
- ¹¹² Anerkannt ist hingegen die Möglichkeit der untersuchten Person, eine Person ihres Vertrauens (*Stadler* in *Musielak*, ZPO¹⁰, § 357 Rz 4) oder – falls erforderlich – einen sachkundigen Berater beizuziehen (*Berger* in *Stein/Jonas*, ZPO²², § 357 Rz 10; *Heinrich* in *MünchKomm ZPO*⁴, § 357 Rz 6).
- ¹¹³ OLG Frankfurt 10. 1. 2011, 22 U 174/07, NJOZ 2011, 1489.
- ¹¹⁴ Sofern die Untersuchung mit Blick auf § 289b Abs 1 ZPO grundsätzlich zulässig ist.
- ¹¹⁵ Wenn also die Untersuchung das Wohl der minderjährigen Person unter Berücksichtigung ihrer geistigen Reife, des Gegenstands der Untersuchung und ihres Naheverhältnisses zu den anderen Parteien durch die Untersuchung in Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter gefährdet würde.
- ¹¹⁶ Das Gesagte bezieht sich hier nicht auf Dritte (auch potenzielle Zeugen), die eine Befundaufnahme gegen ihren Willen nie (auch nicht indirekt) dulden müssen, was ua daraus abgeleitet werden kann, dass selbst ein gerichtlicher Augenschein am Widerstand Dritter scheitern muss (§ 369 ZPO verweist nicht auf § 308 ZPO).
- ¹¹⁷ AA offenbar *Eichele* in *Saenger*, ZPO⁵ (2013) § 357 ZPO Rz 2.
- ¹¹⁸ IdS OLG Innsbruck, SV 2007/4, 201.
- ¹¹⁹ *Rassi*, Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZJP 121 (2008), 165 (199).
- ¹²⁰ Vgl *Jelinek*, Sachverständige, 70.
- ¹²¹ Demgegenüber entschied das OLG Innsbruck (SV 2007/4, 201), dass der beschlussmäßige Auftrag an eine Partei, auch ihrem Gegner Zutritt zum Objekt zu gewähren, „*in ungebührliche Weise und ohne gesetzliche Grundlage*“ in die Rechte der Partei eingreife.
- ¹²² *Krammer*, „Allmacht“, 22 und 24; *Schiller*, SV 2001/1, 10.
- ¹²³ Etwa indem sie eine körperliche Untersuchung in Anwesenheit des Gegners verweigert, diesem den Zutritt in ihre Wohnung oder die Einsicht in Unterlagen verwehrt.

Korrespondenz:
Dr. Jürgen C. T. Rassi
 Richter des OLG Wien und Universitätslektor an der Universität Wien
 E-Mail: juergen.rassi@justiz.gv.at