

# Die gerichtliche Verwertung von Privatgutachten

## 1. Einleitung

Privatgutachten dienen der Untermauerung des eigenen Standpunkts in einem Gerichtsverfahren, wenngleich auch außergerichtliche Anwendungsmöglichkeiten bestehen. Sie werden vor allem eingesetzt, wenn aufgrund der Sachlage besondere Fachkunde erforderlich ist. Steht der Ausgang eines Rechtsstreits „auf Messers Schneide“, so kann das richtige Gutachten zur richtigen Zeit den Unterschied zwischen Prozessgewinn und -verlust ausmachen.

Materiell-rechtlich ist Sachverständiger gemäß § 1299 ABGB, „*wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert*“, also ein Experte in seinem Spezialgebiet. Die Beratung bzw. Gutachtenerstattung waren schon immer typische Betätigungsfelder von Experten verschiedenster Fachrichtungen. Ihre Expertisen können sowohl außerhalb als auch in einem laufenden Straf- oder Zivilverfahren Verwendung finden. Der vorliegende Beitrag soll sich mit der Verwendung von Privatgutachten in einem laufenden Verfahren beschäftigen und die Verwertungs- und Zurückweisungspraxis kritisch analysieren.

## 2. Die Rechtsgrundlage des Privatgutachtens

Ein Privatgutachten stellt im Gegensatz zu einem gerichtlichen Gutachten ein Werk im Sinne des § 1151 Abs 1 ABGB dar. Anzuwenden sind somit die allgemeinen Regeln über Werkverträge nach den §§ 1165 ff ABGB.<sup>1</sup> Die *essentialia negotii* des Gutachtensvertrags bilden einerseits das Gutachtensthema und andererseits das Honorar. Wurde kein Entgelt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.<sup>2</sup> Werke hat der Ersteller gemäß § 1165 ABGB grundsätzlich persönlich auszuführen oder unter persönlicher Verantwortung ausführen zu lassen. Entscheidet sich der Gutachter, Hilfskräfte einzusetzen, sollte er selbst aber stets den ordnungsgemäßen Ablauf „in der Hand behalten“. Das entscheidende Ziehen rechtserheblicher Schlüsse sollte ihm jedenfalls selbst vorbehalten bleiben.<sup>3</sup> Gerichtlich bestellte Sachverständige werden demgegenüber auf Basis des § 1 GebAG entlohnt und aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung tätig. Bei wiederholter Weigerung vor der Bestellung kann die Eigenschaft eines „*allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen*“ gemäß § 10 Abs 1 Z 2 SDG sogar entzogen werden.

## 3. Die rechtliche Ausgestaltung der Heranziehung im Prozess

### 3.1. Zivilprozessuale Privatgutachten

Zivilprozessrechtlich ist gemäß § 362 Abs 1 ZPO Sachverständiger, wer für ein Gericht oder eine andere Behörde Personen, Sachen, Örtlichkeiten oder Ähnliches beschreibt. Ein Privatgutachten, das in einen Zivilprozess eingebracht wird, ist jedoch nicht als Sachverständigen-gutachten im Sinne eines von einem gerichtlichen Sachverständigen erstellten zu sehen, sondern als bloße Urkunde.<sup>4</sup> Nach der Lehre sei dieser Begriff zu erweitern, da der Privatsachverständige selbst auch zum Inhalt seines Gutachtens befragt werden kann. Es sei daher von einem sogenannten „*urkundlich belegten Parteivorbringen*“ zu sprechen, auf welches gewisse Bestimmungen über den gerichtlich bestellten Sachverständigen analog anzuwenden seien. So sei auf die beabsichtigte Verwertung des Gutachtens hinzuweisen und den Parteien zu ermöglichen, den Gutachter persönlich zu befragen.<sup>5</sup> Privatsachverständige müssen aber im Gegensatz zum Strafprozess (siehe unten) nicht vernommen werden. Das Gericht kann sich bei der Entscheidungsfindung auch bloß auf die schriftliche Ausfertigung stützen.

Das Gericht darf sich bei der Wahrheitsfindung weiters nicht nur auf ein Privatgutachten stützen, jedoch sehr wohl nur auf ein Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen.<sup>6</sup> Auch dies wird in der Lehre mit dem Argument der der ZPO immanenten Forderung nach einer erschöpfenden Erörterung des Parteivorbringens kritisiert.<sup>7</sup> Und auch wenn ein Privatgutachten Eingang in das Prozessgeschehen findet, gesteht ihm die Judikatur kaum Beweiswert zu.<sup>8</sup>

Hat ein Privatsachverständiger im Zuge eines Verfahrens – oder auch davor – bereits ein Privatgutachten für eine Partei abgegeben, so ist damit seine Bestellung als gerichtlicher Sachverständiger ausgeschlossen.<sup>9</sup> Ebenfalls keine Bedeutung wird eine Privatexpertise bei allzu enger Beziehung zum Auftraggeber erlangen, etwa wenn der Gutachter gleichzeitig gewerberechtlicher Geschäftsführer einer Prozesspartei war. In diesem Fall wird dem Gutachten von der Rechtsprechung keine Beweiskraft zuerkannt.<sup>10</sup>

Somit ist es zwar möglich, dass Privatgutachten in zivilrechtliche Prozessakten aufgenommen werden, jedoch ist dies und der daraus durch das Gericht gewonnene Beweiswert als äußerst gering einzustufen, da das Gericht in der Regel ein zusätzliches Gutachten eines Gerichtssachverständigen einholen wird,<sup>11</sup> auf dessen Ergebnis er sich

bei seiner Beweiswürdigung – nach der Judikatur auch ausschließlich – stützen kann.<sup>12</sup>

### 3.2. Strafprozessuale Privatgutachten

Das Wesen von Privatgutachten im Strafprozess gestaltet sich oft ähnlich, hält jedoch auch Unterschiede bereit:

Sachverständiger ist gemäß § 125 Z 1 StPO, wer beweiserhebliche Tatsachen feststellt und aus ihnen rechtsrelevante Schlüsse zieht bzw diese begründet. Jedoch fallen auch im Strafverfahren Privatgutachter nicht unter die gesetzliche Definition des Sachverständigen. Aufgrund der veränderten Parteiensituation (nicht Kläger bzw Beklagter, sondern Staatsanwalt/Privat-/Subsidiarankläger bzw Angeklagter) wird ein Privatgutachten in der Praxis nahezu ausschließlich vom Angeklagten (allenfalls vom Privatbeteiligten oder Privatankläger)<sup>13</sup> in den Prozess eingebracht. Dieser hat die Möglichkeit ein gerichtliches Gutachten unter Berufung auf ein Privatgutachten überprüfen zu lassen, indem er die Beiziehung eines weiteren (gerichtlichen) Sachverständigen beantragt. Es muss jedoch gelingen, Unklarheiten, Widersprüche oder sonstige Mängel aufzuzeigen.<sup>14</sup> Im Extremfall kann die Abweisung eines derartigen Antrags ein Nichtigkeitsgrund gemäß § 281 Abs 1 Z 4 StPO sein.<sup>15</sup> Wie im Zivilprozess kann ein Sachverständiger nicht vom Gericht bestellt werden, wenn er bereits für einen Prozessbeteiligten als Privatgutachter tätig war.<sup>16</sup>

Im Ermittlungsverfahren obliegt seit dem Inkrafttreten der neuen StPO mit 1. 1. 2008 (BGBl I 2007/109) die Bestellung von Sachverständigen der Staatsanwaltschaft. Nach der neuesten Rechtsprechung ist es dem Angeklagten gestattet, sich schon in diesem frühen Verfahrensstadium von einem Privatsachverständigen „unterstützen“ zu lassen, um so einen besser begründeten Anklageeinspruch gemäß § 212 StPO einbringen zu können.<sup>17</sup> Ob mit dieser „Unterstützung“ jedoch die formale Einbringung eines Privatgutachtens gemeint ist, bleibt fraglich. Ebenso lässt sich die Judikatur derart interpretieren, dass die Argumente des Privatsachverständigen vom Beschuldigten bzw dessen Verteidiger als ihre eigenen ausgegeben werden sollen und der Sachverständige selbst dabei im Hintergrund bleibt.

Gemäß § 249 Abs 3 StPO ist es dem Angeklagten gestattet, der Befragung des gerichtlich bestellten Sachverständigen einen Privatsachverständigen beizuziehen.<sup>18</sup> Auch diese eingeschränkte Kompetenz wird kritisiert und ein direktes Fragerecht des Privatsachverständigen gefordert.<sup>19</sup> In Finanzstrafverfahren ist es gemäß § 199 Abs 2 FinStrG einem Wirtschaftstreuhänder als beigezogenem Experten gestattet, selbst Fragen an den Sachverständigen zu richten.<sup>20</sup>

Im Strafverfahren muss der Privatsachverständige aufgrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 13 StPO) in der Hauptverhandlung immer auch persönlich aussagen – jedoch nur über seine Befundaufnahme und nicht sein Gut-

achten im engeren Sinn,<sup>21</sup> weshalb das Vorbringen nicht wie im Zivilprozess als Urkunde (siehe oben), sondern als Zeugenvernehmung zu werten ist.<sup>22</sup> Eine Verlesung des Gutachtens gegen den Widerspruch des Anklägers ist nach der Judikatur sogar ausdrücklich unzulässig.<sup>23</sup> Der Beweisführende hat deshalb einen Antrag auf Vernehmung zu stellen, wenn er das Gericht zwingen will, sich mit dem Befund auseinanderzusetzen.<sup>24</sup>

### 4. Die Praxis der Zulassung durch das Gericht

Grundsätzlich sind bei im Prozess eingebrachten Privatgutachten Vorgehensweisen von der regelmäßigen Zurückweisung als ein *nullum* bis zur vollständigen Heranziehung und Verwertung denkbar.<sup>25</sup>

Eine Zurückweisung in jedem Fall wäre zu vertreten, wenn man – im Gegensatz zum gerichtlich bestellten Sachverständigen – strikt von der mangelnden Garantie der Unparteilichkeit und gerichtlichen Kontrolle ausgeht. So gesehen wäre das Privatgutachten ebenso wenig zulässig wie eine Äußerung einer beliebigen außenstehenden Person über den Gegenstand des Verfahrens. In anderen Rechtskreisen ist jedoch sogar dies möglich.<sup>26</sup>

Nach Ansicht von *Barfuß* sollte zumindest die allgemein feststellbare „Zurückhaltung gegenüber der prozessualen Bewertung privater Sachverständigengutachten“ gelockert werden. Er begründet dies mit einer diesbezüglich falschen Auslegung<sup>27</sup> der erschöpfend aufgezählten Beweismittel in der ZPO sowie der Furcht mancher Richter vor einer Flut an Gutachten und der davon beeinträchtigten Findung der materiellen Wahrheit.<sup>28</sup> Auch *O. F. Müller* gesteht Privatgutachten eine bedeutende Rolle im Prozess zu und fordert, dass diese schon aufgrund des Zwecks der Kontrolle gerichtlich bestellter Sachverständiger nicht „*a limine und generell*“ zurückgewiesen werden dürften.<sup>29</sup> Zumindest in Bezug auf die Flut an Gutachten wird jedoch auch angemerkt, dass daran vielfach die Richter selbst Schuld treffe, da diese aufgrund einer Angst vor Urteilsanfechtungen wegen mangelnder Beweiserhebung dazu geneigt sind, mehr Sachverständige gerichtlich zu bestellen, als dies eigentlich nötig wäre.<sup>30</sup> *Deixler-Hübner* tritt deshalb dafür ein, dass Richter grundsätzlich auch mehr Beweislastentscheidungen treffen sollen, also ganz ohne Sachverständige oder auch bei nicht vollkommen feststellbaren Sachverhalten ihrer Funktion als Organ der Beweiswürdigung nachkommen sollen.<sup>31</sup>

Im Strafverfahren kann eine übertriebene Zurückweisungspraxis privater Gutachter hingegen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich sein. Insbesondere aus Gründen der Waffengleichheit sollte an die Möglichkeit der Entkräftung der Argumente des gerichtlich bestellten Sachverständigen durch einen Privatsachverständigen gedacht werden. Die Tendenzen in Lehre und Praxis in diese Richtung sind zahlreich.<sup>32</sup> Die gesetzliche Fiktion nach § 126 Abs 4 letzter Satz StPO, dass Sach-

verständige im Hauptverfahren nicht bloß durch die zuvor im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft erfolgte Bestellung befangen sein könnten, dient nach der Rechtsprechung nämlich gerade dazu, nicht jede Beweisaufnahme zwingend wiederholen zu müssen,<sup>33</sup> womit der Angeklagte schon mit einem gewissen Handicap in die Hauptverhandlung gehen muss.

Auch wenn man ein zunehmendes beiderseitiges Verständnis zwischen Juristen und Sachverständigen feststellen will,<sup>34</sup> ist dies wohl für die Ersteller von Privatgutachten so nicht immer zu übernehmen. Dies mag schon darin begründet sein, dass das bestellende Gericht bzw die bestellende Staatsanwaltschaft den selbst bestellten Gutachter besser kennen, denn nicht zuletzt wird ein Sachverständiger aufgrund guter Erfahrungen mit ihm zu Rate gezogen.<sup>35</sup> So können – möglicherweise tatsächlich – dessen Aussagen in Kenntnis seiner „Vor-urteile“ besser interpretiert werden.<sup>36</sup> Die Bedenklichkeit der zitierten „Vor-urteile“ ergibt sich aber von selbst, was Privatgutachten trotz des ihnen anhaftenden Anscheins der Parteilichkeit in einem anderen – helleren – Licht erscheinen lässt.

Ein Gutachten kann zunächst grundsätzlich immer objektiv richtig oder falsch sein. Aber auch wenn einem von einer Partei eingebrachten Gutachten im Prozess grundsätzlich der Eindruck der – wie aus dem Begriff schon hervorgeht – „Parteilichkeit“ anhaftet, kann dieses nicht von vornherein als inhaltlich falsch betrachtet werden, wenngleich selbstverständlich nur jene Gutachten vorgelegt werden, die dem Auftraggeber nützen.<sup>37</sup> Dass das gewünschte Ergebnis mit dem Auftrag der Erstellung eines Gutachtens mitgeliefert oder sogar „oktroziert“ wird, soll nach Ansicht mancher Praktiker nicht unüblich sein.<sup>38</sup> Privatgutachten sind daher nicht selten höchst „verdächtig“,<sup>39</sup> was nach mancher Ansicht zur Neigung der Gerichte führen kann, Privatgutachter stets als befangen anzusehen.<sup>40</sup> Die Vorgänge im Hintergrund, also etwa ob sich das gewünschte Ergebnis erst nach mehrmaligem Gutachtensauftrag an verschiedene Sachverständige herausgestellt hat, bleiben dem Gericht dabei nämlich verborgen.

Privatsachverständige sehen sich meist mit Sachverhalten konfrontiert, die einen gewissen Ermessensspielraum bereithalten. Sie bewegen sich daher oft im Graubereich zwischen einem Gutachten zugunsten oder zuungunsten des Auftraggebers, dessen Ziel es freilich ist, die für ihn günstigere Position zu beweisen. Mangels Garantie der Unparteilichkeit wird daher Privatgutachtern die Stellung als Sachverständiger im Sinne des Gesetzes verwehrt.<sup>41</sup> Ansonsten wäre bei Widersprüchen zwischen Privatgutachten und solchen von gerichtlich bestellten Gutachtern immer auch ein Obergutachten einzuholen.<sup>42</sup>

Wenn allerdings davon ausgegangen wird, dass Gerichte dem (gerichtlich bestellten) Sachverständigen tatsächlich gerne mehr Entscheidungsverantwortung zukommen lassen, als diesem nach seiner gesetzlichen Definition zukommen sollte,<sup>43</sup> entstehen gewisse Widersprüche:

Zum einen erhalten private Sachverständige einige Privilegien, die gerichtlich bestellten Sachverständigen zukommen, nicht, zum anderen komme gerichtlichen Sachverständigen jedoch stillschweigend Entscheidungskompetenz in rechtlichen Belangen zu, die ihnen eigentlich nicht übertragen werden dürfte. Dies alleine mit dem Anschein der Voreingenommenheit privater Sachverständiger zu begründen, scheint überzogen.<sup>44</sup> Zudem werden im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren Sachverständige seit 1. 1. 2008 (BGBl I 2007/109) gemäß § 126 Abs 3 Satz 1 StPO nicht mehr vom Gericht, sondern von der Staatsanwaltschaft beauftragt, weshalb man die Möglichkeit nicht ausschließen kann, dass dadurch im Einzelfall auch deren Objektivität, zu der sie gemäß § 3 StPO verpflichtet ist, geschmälert werden könnte, da für den Gutachter das erhoffte Ergebnis damit offensichtlich ist. Schon der jeweilige Staatsanwalt selbst könnte im Einzelfall dazu neigen, eher nach solchen Beweismitteln zu suchen, die seine Hypothesen stützen. Außerdem ist es nicht unüblich, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte oft sogenannte „Haus-sachverständige“ zu Rate ziehen, also stets denselben Experten aufgrund guter Erfahrungen mit ihm bestellen,<sup>45</sup> was im Einzelfall ebenso dazu führen kann, dass diese oft zu großes Augenmerk darauf legen, dem bestellenden Organ wohlgesonnen zu sein, um auch weiterhin die erste Wahl zu bleiben und sich erst in zweiter Linie auf ihre Pflicht zur Objektivität besinnen.<sup>46</sup> Eine solche „ständige Geschäftsbeziehung“ kann aber andererseits auch bloß ein Zeichen besonderer Vertrauenswürdigkeit sein<sup>47</sup> oder bloß aus Mangel an Alternativen bestehen.<sup>48</sup>

### 5. Ergänzende Bemerkungen

Die jederzeitige Überprüfbarkeit von Gutachten gerichtlich bestellter Sachverständiger durch Privatgutachten trüge zweifellos dazu bei, die Findung der materiellen Wahrheit zu unterstützen.<sup>49</sup> Die durch Privatgutachten möglicherweise einst hervorgerufene Verwirrung unter Richtern<sup>50</sup> dürfte mittlerweile nicht mehr derart gravierende Auswirkungen haben, dass dieser Grund zur Ablehnung einer Expertise ausreicht. Gerade in Strafverfahren ist der Grundsatz der Wahrheitserforschung Prozessmaxime (§ 3 Abs 1 und § 2 Abs 2 StPO).<sup>51</sup>

Daneben sollte jedoch nicht auf den Prozessgrundsatz der Verfahrensökonomie vergessen werden, der in § 9 Abs 1 StPO kodifiziert, doch auch im Zivilverfahrensrecht etabliert ist,<sup>52</sup> wenngleich die Prozessökonomie nicht zum Selbstzweck werden darf.<sup>53</sup> In Verbindung mit gerichtlich bestellten Sachverständigen wird etwa bemängelt, dass es durchaus üblich sei, dass diese einen Gutachtensauftrag überhaupt erst nach einiger Zeit zu bearbeiten beginnen.<sup>54</sup> Für die Einholung von Privatgutachten im Prozess sind derartige Verzögerungen nicht zu befürchten.

Vereinbaren ließen sich die Argumente für und gegen die Beziehung privater Sachverständiger etwa durch eine Möglichkeit, jederzeit einen eingetragenen Sachverständi-

gen als privaten beziehen zu können.<sup>55</sup> Schon aufgrund der Verpflichtung für allgemein beeedete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige, sich gemäß Punkt 1.2 der Ständeregeln auch bei von ihnen erstellten Privatgutachten an ihre mit dem geleisteten Eid übernommenen Pflichten zu halten, würde der Anschein der Parteilichkeit erheblich eingeschränkt.<sup>56</sup>

Unzweifelhaft wird das Verfahren durch die Einholung von Gutachten, Gegengutachten und eventuell sogar weiteren Gutachten jedoch immer verzögert, weshalb auch im Prozess ergänzend zur Ansicht *Deixler-Hübners*<sup>57</sup> (vgl oben) stets die – wenn auch schwierig zu beantwortende – Frage gestellt werden muss, ob ein weiteres Gutachten überhaupt weitere sachdienliche Aufschlüsse geben kann oder nicht. Diese Frage wäre durch den Richter quasi als Vorüberlegung zu jener, ob überhaupt ein Sachverständigengutachten eingeholt werden muss oder er gar selbst entscheiden kann, zu stellen.<sup>58</sup>

### Anmerkungen:

- <sup>1</sup> Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1166 Rz 57 und 119; vgl auch *Sporn*, Das Rechtsverhältnis des Sachverständigen zum Auftraggeber – Honorarfragen, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 25 (30).
- <sup>2</sup> Vgl etwa *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch des Sachverständigenrechts (2006) Rz 4.008 und auch OGH 3. 9. 1968, 1 Ob 190/68, EvBl 1969/3.
- <sup>3</sup> *Schmidt*, Privatgutachten im Spannungsfeld von Ständeregeln, Wirtschaftlichkeit, Beweismaß und Rechtsrahmen, SV 2010/1, 1 (4); *derselbe* in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten (2012) 83 (86). Dies ist auch gerichtlichen Sachverständigen erlaubt; vgl RIS-Justiz RS0119962.
- <sup>4</sup> Etwa OGH 10. 9. 1959, 9 Os 121/59, RIS-Justiz RS0098088; OLG Wien 14. 3. 1978, 5 R 30/78, EFSlg 32.030.
- <sup>5</sup> *Deixler-Hübner*, Fortschreitender Einsatz von Sachverständigen (Teil I), RZ 1992, 251 (253); *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12 mwN; vgl auch *Schmidt* in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige, 89; *Tanczos* in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige, 73; vgl auch *Oberlauer*, Der US-amerikanische „amicus curiae-brief“, ZfRV 2013, 229 (231).
- <sup>6</sup> OGH 18. 9. 1986, 8 Ob 629/86; 29. 9. 2011, 8 Ob 75/11d.
- <sup>7</sup> *Krammer*, Die „Allmacht“ des Sachverständigen (1990) 29; *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozeß, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 45 (55); *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 253; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12 mit Nachweisen zur Judikatur; *Schmidt* in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige, 89; zusammenfassend *Rüffler*, Der Sachverständige im Zivilprozeß (1995) 209 mwN.
- <sup>8</sup> Kritisch hierzu etwa schon *Lackner*, Die prozessuale Relevanz außerprozessualer Sachverständigengutachten, ÖJZ 1983, 518.
- <sup>9</sup> OGH 15. 3. 1989, 3 Ob 545/88.
- <sup>10</sup> OLG Wien 2 R 10/96x, SV 1996/4, 34.
- <sup>11</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12 mwN.

- <sup>12</sup> Vgl zum Ganzen auch *Koller*, Der Sachverständige im Zivilprozess, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Sachverständige im Wirtschaftsrecht (2013) 97 (107 ff).
- <sup>13</sup> *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 125 Rz 18; vgl dazu §§ 67, 71 f StPO.
- <sup>14</sup> *Hinterhofer*, Sachverständigenbeweis, ÖJZ 2008, 397 (401); *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 125 Rz 20; *O. F. Müller*, Privatgutachten als Beweismittel im Strafverfahren, SV 2000/2, 52.
- <sup>15</sup> *E. Steininger*, Handbuch der Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>5</sup> (2008) 216; *Hartl*, Beweismittel und Sachverständiger, SV 1997/4, 34 (34 f) mwN zur Judikatur.
- <sup>16</sup> OGH 17. 12. 1992, 15 Os 42/92.
- <sup>17</sup> OGH 23. 1. 2014, 12 Os 90/13x, im Anschluss an *Riffel*, Der Sachverständigenbeweis und die diesbezüglichen Garantien der aktuellen StPO zur Wahrung der Verfahrensfairness, RZ 2013, 232 (242).
- <sup>18</sup> Vgl dazu etwa *Bertel* in *Bertel/Venier*, StPO (2012) § 249 Rz 2; *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>12</sup> (2012) Rz 429.
- <sup>19</sup> *Ratz*, Der Oberste Gerichtshof in Österreich als Grundrechtsgericht, AnwBl 2013, 274 (277), der auf einen Vorschlag *Wolffs* verweist. Nach *Ratz* sei § 126 Abs 4 letzter Satz StPO eine „[grundrechtliche] Schiefelage“; so auch *Birkbauer*, Privatsachverständige und Waffengleichheit, JSt 2013, 163 (168); *Bruckmüller/Schumann*, Zur Beiziehung von Sachverständigen und PrivatgutachterInnen im Strafprozess, juridikum 2008, 72 (74 f).
- <sup>20</sup> Zur Diskussion, ob auch ein direktes Fragerecht des Fachmanns an den gerichtlichen Sachverständigen ermöglicht werden sollte, siehe *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 125 Rz 23 mwN; *B. Davy*, Sachverständigenbeweis und Fairness des Verfahrens, ZfV 1986, 310 (312 f).
- <sup>21</sup> *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 125 Rz 19.
- <sup>22</sup> RIS-Justiz RS0118421; vgl *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>12</sup>, Rz 428; *Schild*, Stellung und Aufgaben des Sachverständigen, WiPoBl 1972, 317 (321).
- <sup>23</sup> OGH 26. 3. 1987, 12 Os 6/87; vgl *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 125 Rz 25 (schon gemäß § 252 Abs 1 StPO).
- <sup>24</sup> *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 125 Rz 19.
- <sup>25</sup> Vgl auch *Lackner*, ÖJZ 1983, 518.
- <sup>26</sup> Der US-amerikanische *amicus curiae* etwa ist ein unbeteiligter Dritter, der zu zivil- oder strafrechtlichen Verfahren Stellung nehmen kann, wenn die Parteien dem zustimmen, sie nicht ausreichend rechtsfreundlich vertreten sind und/oder weil der *amicus* selbst ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat – etwa weil er eine Interessengemeinschaft repräsentiert, der eine Partei angehört; vgl dazu etwa *Oberlauer*, ZfRV 2013, 229 ff mwN.
- <sup>27</sup> Nach älterer Lehre und Judikatur sind diese taxativ aufgezählt, sie werden nach neuerer Ansicht jedoch um jene Beweismittel erweitert, die zur Zeit der Erlassung der ZPO am Ende des 19. Jahrhunderts noch unbekannt waren, wie etwa Bild- und Tonträger, sowie Daten auf EDV-Trägern; vgl statt vieler *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor §§ 266 ff ZPO Rz 99 ff; siehe zur aktuellen Ansicht über die Einstufung von Privatsachverständigen und -gutachten in der ZPO oben.
- <sup>28</sup> *Barfuß*, Verfahrens- und Kostenersatzfragen vorprozessualer Gutachten, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 81 (90 f).
- <sup>29</sup> *O. F. Müller*, SV 2000/2, 52.
- <sup>30</sup> *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 252 mwN.

- <sup>31</sup> *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 253.
- <sup>32</sup> So etwa *Ainedter/Moringe/Rech/Ruhri/Soyer*, Grundsätze der Strafverteidigung, AnwBl 2007, 183 (186); *Soyer*, Sachverständige ohne Sachverstand? FORMAT vom 18. 10. 2012; *Moringe*, Der Sachverständige in Wirtschaftsstrafsachen und Probleme der Sicherung eines fairen Verfahrens, in FS Miklau (2006) 353 (361 und 363): Der von der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige sei „zweifelloso ein Beweismittel gegen den Angeklagten“; *Todor-Kostic*, Sachverständigenbeweis und Sachverständigenauswahl, AnwBl 2011, 132 (134); *Birkbauer*, JSt 2013, 168; *Wess*, JBl 2013, 64 (65); abwägend *Lewisch*, Der Sachverständigenbeweis im Strafprozess, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013) 77 (88 ff); vgl auch *Mayer/Haidenhofer*, Der Sachverständige als Gehilfe des Staatsanwalts im Strafprozess, AnwBl 2014, 100; siehe zum Begriff der Waffengleichheit auch *Soyer*, Kritik der Verlesungspraxis von Fakultätsgutachten, ÖJZ 1991, 493 (495 f).
- <sup>33</sup> OGH 23. 1. 2014, 12 Os 90/13x; kritisch zu § 126 Abs 4 letzter Satz StPO auch *Ratz*, AnwBl 2013, 277.
- <sup>34</sup> So *Schick*, Sachverständiger und Richter – in Teamarbeit zur Wahrheitsfindung, SV 1996/1, 2, für den Zeitraum von Anfang der 1980er- bis Mitte der 1990er-Jahre.
- <sup>35</sup> *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 252; vgl auch unten zur Problematik sogenannter „Haussachverständiger“ sowie Anmerkung 55.
- <sup>36</sup> *Von Hippel*, Pragmatische Aspekte zum Problem der Rollenverteilung beim Sachverständigenbeweis, in FS Karl Peters (1974) 285 (292) mit Verweis auf *K. Peters*, Strafprozeßlehre. Zugleich ein Beitrag zur Rollenproblematik im Strafprozeß, in *GedS Hans Peters* (1967) 891 (898 ff).
- <sup>37</sup> *K. Schima*, Der Sachverständige im Strafverfahren, RZ 1980, 253 (257); *Matscher*, Vom Wert und Unwert privater Rechtsgutachten, Die Presse – Rechtspanorama vom 21. 5. 2008; vgl auch *Rollwagen*, Tätigkeit der Sachverständigen in Strafverfahren – ein Konfliktpotential, SV 1991/1, 2.
- <sup>38</sup> So etwa *Psenner*, Vom Wert und Unwert privater (Rechts-)Gutachten, RdW 2005, 607; anderer Ansicht *Krejci*, Über den Wert von Rechtsgutachten, RdW 2006, 12 (15); vgl zu einem Fall, in dem ein Gutachter in einem Schiedsverfahren beiden Parteien zur selben Sachfrage konträre Gutachten erstattete, *Matscher*, Die Presse – Rechtspanorama vom 21. 5. 2008.
- <sup>39</sup> *Barfuß*, Verfahrens- und Kostenersatzfragen, 83; vgl auch *Lackner*, ÖJZ 1983, 519; ebenso für Privatgutachten in Verwaltungsverfahren *Gaisbauer*, Amtssachverständigengutachten kontra Privatgutachten, ÖGZ 1987/11, 15.
- <sup>40</sup> *Jelinek*, Sachverständige, 55; vgl auch *K. Müller*, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren<sup>2</sup> (1978) 42.
- <sup>41</sup> Siehe dazu schon oben; *Bruckmüller/Schumann*, Juridikum 2008, 75; vgl auch statt vieler *Hinterhofer/Tipold* in *Fuchs/Ratz*, StPO, § 125 Rz 18 mwN; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz<sup>2</sup>, Vor § 351 ff ZPO Rz 12.
- <sup>42</sup> *Schick*, Der Sachverständige im Wirtschaftsstrafrecht, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 151 (157).
- <sup>43</sup> Dieses Gefühl wird etwa *K. Schima* (RZ 1980, 255) „nicht los“.
- <sup>44</sup> Vgl dazu auch *Lackner*, ÖJZ 1983, 518.
- <sup>45</sup> *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 252; anderer Ansicht *Jarosch*, Sachverstand und Voreingenommenheit, RZ 2013, 53.
- <sup>46</sup> Vgl *Grafl*, Die Rolle des Sachverständigen im Prozess, Juridikum 2008, 24 (25 f); § 126 Abs 3 StPO sei „keine glückliche Lösung“; *Lewisch*, Sachverständigenbeweis, 91 f; anderer Ansicht *Jarosch*, RZ 2013, 53; vgl dazu auch *Bruckmüller/Schumann*, Juridikum 2008, 72 ff.
- <sup>47</sup> *Ratz*, AnwBl 2013, 277.
- <sup>48</sup> *Hintersteiner*, Schnittstellen und Zusammenarbeit im Umgang mit psychisch kranken Rechtsbrechern – Workshop im Rahmen der 3. Universitären Strafvollzugstage, 24. 9. 2013 (Linz); *Riffel*, RZ 2013, 233.
- <sup>49</sup> *Rollwagen*, Vom Nutzen und von den Gefahren der Privatgutachten, SV 1995/1, 2.
- <sup>50</sup> So noch KH Nr 2941, zitiert nach *Mayerhofer/Hollaender*, Das österreichische Strafrecht II<sup>6</sup> (2013) § 252 StPO Rz 176.
- <sup>51</sup> *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht<sup>8</sup> (2013) Rz 13. Im Zivilverfahren wird er durch die Möglichkeit von Anerkenntnis, Verzicht, Klagerücknahme bzw Klageeinschränkung und Prozessvergleich oder Ruhensvereinbarung durchbrochen; vgl *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 461 ff; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>8</sup> (2010) Rz 401. *Rollwagen* (SV 1991/1, 2) weist auch darauf hin, dass dieser Unterschied auch in der Arbeitsweise des gerichtlich bestellten Sachverständigen erkennbar sein kann. Während sich dieser in Zivilverfahren auf die vorgebrachten Beweise der Parteien zu beschränken hat, werde er sich in Strafverfahren an der Beschaffung der erforderlichen und geeigneten Beweise beteiligen.
- <sup>52</sup> Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup>, Rz 413; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup>, Rz 708.
- <sup>53</sup> *Bruckmüller/Schumann*, Juridikum 2008, 73; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup>, Rz 708.
- <sup>54</sup> *K. Schima* (RZ 1980, 256) schlägt weiters eine zwingende Fristsetzung durch das Gericht und eine Pflicht zur Ausschlagung des Auftrags durch den Sachverständigen, sollte sich dieser nicht in der Lage sehen, das Gutachten fristgerecht zu erstellen, vor und lehnt Prämien für rasches Arbeiten ab. *Wellmann/Hüttemann/Schneider/Weidhaas* (Der Sachverständige in der Praxis<sup>6</sup> [1997] Rz 17) weisen ebenfalls darauf hin, dass der Sachverständige zu prüfen hat, ob er das Gutachten in angemessener Zeit erstellen kann.
- <sup>55</sup> *Eder-Rieder/Mitterauer* (Die Beiziehung eines „Privatsachverständigen“ zur Befragung eines psychiatrischen Gerichtsgutachters im Strafprozess, JSt 2008, 11 [15]) stützen diesen Vorschlag auf das Argument, dass das Gericht an der Befundaufnahme eines gerichtlich bestellten Sachverständigen ebenso wenig mitwirke, wie an jener eines Privatsachverständigen und gerichtliche Kontrolle der Objektivität daher kein Argument für die grundsätzliche Ablehnung von Privatsachverständigen sei.
- <sup>56</sup> Vgl etwa auch *Schmidt*, SV 2010/1, 3 f; *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 253 mwN.
- <sup>57</sup> *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 253.
- <sup>58</sup> *Lewisch*, Sachverständigenbeweis, 82 f.

## Korrespondenz:

Univ.-Ass. Dr. Johannes Oberlauer

Johannes Kepler Universität, Institut für Strafrechtswissenschaften

Altenberger Straße 69, 4040 Linz

Tel.: +43 / 732 2468 – 9828

Fax: +43 / 732 2468 – 9828, 9823

E-Mail: [johannes.oberlauer@jku.at](mailto:johannes.oberlauer@jku.at)

Internet: <http://www.jku.at/strafrecht>