

Die Rechtsstellung der Beteiligten beim Sachverständigenbeweis



1. Einleitung

Aufgrund der Fortschritte in Wissenschaft und Technik und der damit verbundenen Spezialisierung in den einzelnen Fachgebieten ist es heute mehr denn je in vielen Fällen geradezu unmöglich, dass ein Richter bei der Feststellung des Sachverhalts mit seinem eigenen Erfahrungsschatz auskommt. Auf die damit einhergehende Gefahr, dass der

Richter nicht mehr in der Lage ist, den Sachverständigen wirkungsvoll zu kontrollieren, hat schon *Fasching* hingewiesen.¹ Umso wichtiger ist es, dass bei der Auswahl des Sachverständigen auf **Sachkunde, Neutralität und Unabhängigkeit** geachtet wird.² Es wird aber auch immer wieder Fälle geben, in denen es einer sorgfältigen Prüfung bedarf, ob die Sachlage tatsächlich die Beiziehung eines Sachverständigen erfordert bzw. ob ein Sachverständiger überhaupt Ergebnisse liefern kann, die zur Sachverhaltsfeststellung beitragen können.³

Geregelt ist der Beweis durch Sachverständige im Fünften Titel des Zweiten Teils der österreichischen ZPO (§§ 351 bis 367). Diese Vorschriften entsprechen – abgesehen von einigen wenigen Modifikationen – der Stammfassung der ZPO.

Dieser Beitrag soll einen Überblick über die Rechtsstellung der beim Sachverständigenbeweis Beteiligten, also des Sachverständigen selbst, des Richters und der Parteien, geben.

2. Die Rechtsstellung des vom Gericht bestellten Sachverständigen

Gemäß § 367 ZPO sind auf den Sachverständigenbeweis – soweit nichts anderes angeordnet ist – die Vorschriften über den Zeugenbeweis anzuwenden. Dies könnte dafür sprechen, dass (auch) der Sachverständige die Funktion eines Zeugen hat. Aus der Gesamtheit der Vorschriften wird aber deutlich, dass die **Stellung des Sachverständigen im Zivilprozess der des Richters angenähert** ist und sich die Gemeinsamkeiten mit dem Zeugenbeweis in Grenzen halten.⁴ Dies wird einerseits an der Unterschied-

lichkeit der faktischen Rolle des Zeugen klar, der Wahrnehmungen von Tatsachen vermitteln soll, ohne diese zu werten und Schlüsse daraus zu ziehen (wenngleich dies in der Praxis oft unmöglich ist und daher regelmäßig vorkommt). Im Gegensatz dazu ist es Aufgabe des Sachverständigen, aus den Erfahrungssätzen seiner Fachkenntnis Schlussfolgerungen zu ziehen oder streitige Tatsachen festzustellen.⁵ Aufgrund dieser verschiedenen Rollen ist der Zeuge nicht ersetzbar, der Sachverständige hingegen schon.⁶ Andererseits wird die Nähe zur richterlichen Position anhand einer Reihe von Vorschriften deutlich: Auf den Sachverständigen finden gemäß § 355 Abs 1 ZPO die **Ablehnungsgründe**, die auch die Ablehnung eines Richters rechtfertigen (§§ 19 f JN), – mit der Einschränkung, dass der Sachverständige nicht wegen einer früheren Vernehmung als Zeuge in derselben Sache erfolgreich abgelehnt werden kann – Anwendung; § 359 Abs 1 ZPO gibt dem Sachverständigen das Recht auf Mitteilung der für die Erstellung des Gutachtens notwendigen **Gegenstände, Aktenstücke und Hilfsmittel**; § 359 Abs 2 und § 362 Abs 1 ZPO erlauben ihm gleich einem Richter, Parteien und Dritte zu vernehmen sowie Augenscheingegenstände zu besichtigen. Letztlich hat der Sachverständige gemäß § 362 ZPO sein Gutachten zu begründen.

In den Materialien zur ZPO wird der Sachverständige als jemand beschrieben, der den Richter bei der Würdigung eines bestimmten Sachverhalts unterstützt.⁷ Schon der historische Gesetzgeber betrachtete daher den Sachverständigen als einen Gehilfen oder Helfer⁸ (zeitgemäßer ist die Bezeichnung: **Mitarbeiter⁹ des Gerichts**, der insofern zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen soll, als der Richter nicht über die dafür notwendigen Sachkenntnisse verfügt. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Sachverständigen nach angloamerikanischem Verständnis, nach dem der Sachverständige Gehilfe der Partei ist und folglich auch von jeder Partei zur Unterstützung ihres Standpunkts bestellt wird.¹⁰ Freilich bedeutet dies nicht, dass ein Sachverständiger nach angloamerikanischer Prägnanz Gefälligkeitsgutachten erstellen dürfte.

Die Tätigkeit des Sachverständigen im Zivilprozess ist also eine den Richter unterstützende und das Gutachten ein Hilfsmittel, das zur Sachverhaltsermittlung beitragen soll und daher ein **Beweismittel** darstellt.¹¹ Dies zeigt sich vor allem daran, dass die Beurteilung, ob das erstattete Gutachten ausreichend und schlüssig ist, im Rahmen der **freien Beweiswürdigung** des Richters überprüft wird.¹²

Daher kann der Richter dem Sachverständigen auch die Ergänzung des Gutachtens auftragen, wenn dieses nicht vollständig ist, oder den Gutachter zur Erläuterung verhalten. Die gesetzliche Einordnung des Gutachtens als Beweismittel und die Beurteilung desselben im Rahmen der freien Beweiswürdigung hat zur Folge, dass der Richter das Gutachten auch verwerfen kann und ihm keinen Glauben schenken muss. In der Praxis kommt es allerdings nicht allzu häufig vor, dass ein Richter einem Gutachten von sich aus nicht folgt, weil ein Sachverständiger ja grundsätzlich nur dann bestellt wird (bzw. bestellt werden sollte), wenn der Richter das Fachwissen des Sachverständigen benötigt.

Die Stellung des Sachverständigen als Mitarbeiter des Gerichts könnte vermuten lassen, dass der Sachverständige ein Organ im Sinne des AHG ist. Die Diskussion dieser Frage braucht hier nicht nachgezeichnet zu werden, zumal die herrschende Meinung den Sachverständigen **weder als Organ noch als Amtsperson im Sinne des AHG** betrachtet. Der Sachverständige haftet daher den Parteien nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts – freilich nach dem erhöhten Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB. Zu begründen ist das mit der unbestreitbaren Tatsache, dass der Sachverständige – obwohl sein Einfluss auf die richterliche Entscheidung nicht zu leugnen ist – selbst kein richterliches Entscheidungsorgan ist.¹³ Vorschläge bzw. Überlegungen, den gerichtlich bestellten Sachverständigen in das System der Amtshaftung einzubauen, blieben vom Gesetzgeber daher bisher auch unbeachtet.¹⁴

3. Der Richter als Sachverständiger

Im Zusammenhang mit der Bestellung eines Sachverständigen muss auch die Bestimmung des § 364 ZPO näher beleuchtet werden, die vorsieht, dass es dann keiner Beziehung eines Sachverständigen bedarf, wenn das Gericht über die notwendigen fachmännischen Kenntnisse verfügt. Seit der durch die ZVN 1983¹⁵ erfolgten Änderung der Bestimmung hängt dieses Vorgehen nach dem Gesetzeswortlaut von der Zustimmung der Parteien ab. Diese Regelung hat in der Literatur verbreitet Kritik hervorgerufen. So kritisiert *Fasching* die Regelung als eine widersinnige Vorschrift, die es der Beurteilung der Parteien überlasse, ob ein Richter über die notwendige Sachkenntnis verfügt. Außerdem stelle die Bestimmung die Kompetenz des Richters zur freien Würdigung des Gutachtens in Frage, da ja ein allfälliges Abweichen vom Gutachten Fachkenntnisse voraussetze. Darüber hinaus führe die Bestimmung die Kausalgerichtsbarkeit *ad absurdum*. Aus sozialer Sicht bevorzuge § 364 ZPO eine finanzkräftige Partei, da dieser damit ein Mittel zur Prozessverzögerung zur Hand gegeben werde. Aus all diesen Gründen müsse die Bestimmung dahingehend teleologisch reduziert werden, dass der Richter sein Fachwissen **ohne Zustimmung der Parteien** verwenden und auf die Beziehung eines Sachverständigen verzichten könne. Der Richter müsse nur zuvor gegenüber den Parteien sein Fachwissen offenlegen und mit ihnen erörtern, warum er davon Gebrauch macht. Weiters müsse

er den Parteien Gelegenheit zur Fragestellung geben.¹⁶ Auch *Jelinek* kritisiert § 364 ZPO als verfehlt, bezweifelt aber im Gegensatz zu *Fasching*, dass die Bestimmung lediglich eine Offenlegungspflicht des Richters gegenüber den Parteien normiere, da es dem Gericht auch schon vor Einführung des § 364 ZPO nach herrschender Ansicht verwehrt gewesen sei, eigenes Fachwissen gegen den Willen einer Partei zu verwerten. Daher sei es durchaus möglich, dass eine Partei auf die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises beharre und sich das Gericht nur dann darüber hinwegsetzen könne, wenn die Partei den Kostenvorschuss nicht erlegt oder das Verhalten der Partei dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht.¹⁷

Im Unterschied zu *Fasching* und *Jelinek* meint *Deixler-Hübner*, dass die Einschränkung auf die Zustimmung der Parteien nur auf den ersten Blick widersinnig sei. Das Zustimmungserfordernis sei ein Schutz für die Parteien, da die notwendige Zustimmung impliziere, dass der Richter die „Quelle seines Fachwissens und die wissenschaftlichen Schlussfolgerungen darlegt und ihnen [den Parteien] die Gelegenheit gibt, dies mit ihm zu erörtern.“¹⁸ Durch diese Offenlegung seitens des Richters könnten die Parteien einschätzen, ob sein Fachwissen ausreiche; damit würde das rechtliche Gehör der Parteien – wie von den Materialien zur ZVN 1983 als Motiv angeführt – sichergestellt. *Schumacher* unterstützt *Deixler-Hübner*; dieser Autor führt als Grund für das Zustimmungserfordernis unter anderem die effektive Ausübung der den Parteien zustehenden **Kontrollrechte** (Fragen an den Sachverständigen, Verlangen einer schriftlichen Gutachtenserörterung) an. Die Beurteilung einer Fachfrage durch den Richter berge die Gefahr in sich, dass die Parteien Fragen zurückhalten oder nicht „ausreichend scharf“ formulieren, um den Richter nicht zu verstimmen. Nur wenn die Parteien der Verwertung des richterlichen Fachwissens zustimmten, nähmen sie diese Gefahr in Kauf. Auch *Rüffler* führt das Praxisargument an, durch das Zustimmungserfordernis werde vermieden, gegen ein Mitglied des Entscheidungsorgans argumentieren und polemisieren zu müssen.¹⁹ Unter Berufung auf *Rüffler* verweist *Schumacher* auch darauf, dass dem Zustimmungserfordernis eine verfassungsrechtliche Komponente innewohne, nämlich der Schutz des *fair trial* nach Art 6 EMRK.²⁰

Rüffler kritisiert nicht nur die Ausführungen von *Fasching*, sondern auch das von *Jelinek* vorgetragene Argument, dass der Richter dann von der Bestellung eines Sachverständigen absehen könne, wenn eine Partei treuwidrig die Zustimmung nach § 364 ZPO verweigert, weil er – freilich ohne dies überzeugend zu begründen – meint, dass der Grundsatz von Treu und Glauben bei der Auslegung zivilprozessualer Normen nicht heranzuziehen sei.²¹

Das von *Schumacher* vorgebrachte Praxisargument, das Zustimmungserfordernis diene auch dazu, die effektive Ausübung der Kontrollrechte zu sichern, ist zweifellos nicht ganz von der Hand zu weisen.²² Dagegen kann aber vorgebracht werden, dass die Verweigerung der Zustimmung nach § 364 ZPO einen Richter genauso, wenn

nicht sogar mehr, verstimmen könnte. Dazu kommt, dass Sinn und Zweck der kritischen Beleuchtung eines jeden Sachverständigengutachtens darin liegt, auf allfällige Widersprüche, Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten hinzuweisen. Und das muss sich auch ein sachverständiger Richter gefallen lassen, ja er wird normalerweise dafür sogar dankbar sein, weil er ein Interesse an einer inhaltlich richtigen Entscheidung haben wird. Sollte ein sachverständiger Richter die Beantwortung von Fragen verweigern, läge überdies ein wesentlicher Verfahrensmangel vor.

Die Judikatur hält sich – was wenig überrascht – an den Gesetzeswortlaut und macht die Zulässigkeit der Verwertung richterlichen Fachwissens von der Zustimmung der Parteien abhängig. In seiner Entscheidung vom 20. 10. 1993, 3 Ob 543/93, führte der OGH aus, dass die Frage, „[o]b die Richterin ohne Zuziehung des Sachverständigen nach § 364 ZPO entscheiden durfte, weil die eigene Fachkunde oder das eigene Wissen diese Zuziehung überflüssig machte, ... schon deshalb nicht erörtert werden [braucht], weil es jedenfalls an der Zustimmung beider Parteien fehlte“. In der Entscheidung vom 28. 1. 1997, 4 Ob 2341/96k, begründete der OGH die Aufhebung der Berufungsentscheidung allerdings damit, dass das Berufungsgericht weder dargelegt habe, woher es das zur Beurteilung der Behebbarkeit von Baumängeln benötigte Fachwissen hatte, noch dass es diese Frage mit den Parteien erörtert habe; auf das Zustimmungserfordernis ging der OGH nicht ein. Das LG St. Pölten bezog sich später auf diese Entscheidungen des OGH und meinte, dass dieser am Zustimmungserfordernis der Parteien unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut festgehalten habe.²³

Aus den genannten Entscheidungen wird ersichtlich, dass die Judikatur der von *Fasching* vorgeschlagenen teleologischen Reduktion des § 364 ZPO nicht folgen will, wobei allerdings festzuhalten ist, dass sich der OGH mit den Argumenten der dieser Bestimmung gegenüber kritisch eingestellten Lehre (noch) nicht wirklich beschäftigt hat. Immerhin schloss sich das LGZ Wien in seiner Entscheidung vom 23. 7. 2001, 42 R 164/01f,²⁴ wörtlich einer Formulierung des Autors an, wonach der Richter sein Fachwissen oder die mit dessen Hilfe getroffenen Feststellungen mit den Parteien zu erörtern hat – womit eigentlich zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die Zustimmung nicht notwendig sei. Letztlich ist das Zustimmungserfordernis aber – wie vom Autor bereits an anderer Stelle angeführt – als **Unterstreichung des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör** zu akzeptieren.²⁵ Bemerkenswert ist jedenfalls, dass die Parallelbestimmung zu § 364 ZPO im neuen AußStrG, nämlich § 31 Abs 3 AußStrG, keine Zustimmung der Parteien (mehr) verlangt.²⁶

4. Die „Einvernehmung“ der Parteien vor der Bestellung des Sachverständigen

Die Auswahl des Sachverständigen ist, wie schon eingangs erwähnt, von wesentlicher Bedeutung, weil es dabei um die Sicherung der **Zweckdienlichkeit und Qualität**

des Sachverständigengutachtens geht. Es ist leicht erklärlich, dass das Gesetz dabei auch den Parteien eine Einflussnahme einräumt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Parteien **keinen Einfluss** auf die Entscheidung des Richters bezüglich der Notwendigkeit eines Sachverständigenbeweises haben; im Unterschied zum Urkunden- und Zeugenbeweis können sich die Parteien nicht gegen die Aufnahme eines Sachverständigengutachtens aussprechen (§ 183 Abs 2 ZPO *e contrario*). Gemäß § 363 Abs 2 ZPO können die Parteien auch nicht wirksam auf die Begutachtung verzichten. Es ist nur konsequent, dass die Entscheidung über die Frage der Notwendigkeit des Sachverständigenbeweises **allein dem Richter** obliegt, da ja nur dieser beurteilen kann, ob er selbst die notwendige Fachkenntnis zur Beurteilung der fraglichen Umstände besitzt (was allenfalls ein Vorgehen nach § 364 ZPO rechtfertigen würde) oder ob er einen Sachverständigen benötigt. Der Beschluss, mit dem ein Sachverständiger bestellt wird, ist nach ständiger Rechtsprechung daher auch nicht mit einem selbständigen Rechtsmittel anfechtbar.²⁷

§ 351 Abs 1 ZPO räumt nun den Parteien vor Bestellung eines Sachverständigen die **Möglichkeit zur Stellungnahme** ein; das Gesetz spricht von der „*Einvernehmung der Parteien über deren Person*“. Diese – von der Judikatur als reine Sollvorschrift²⁸ interpretierte – Bestimmung gibt sohin den Parteien nur die Möglichkeit, sich zur Person des Sachverständigen zu äußern. Einen Einfluss auf die endgültige Wahl und Bestellung des Sachverständigen haben sie dagegen nicht, wenngleich die Richter in der Praxis auf allfällige – substantiierte – Einwände Rücksicht nehmen. In der Parallelbestimmung des § 31 Abs 3 AußStrG wird den Parteien vor der Bestellung des Sachverständigen übrigens kein Recht auf „Einvernehmung“ zugestanden, weshalb sie allfällige Einwände erst im Nachhinein durch einen Enthebungsantrag geltend machen können.²⁹

Wenn das Gericht schlussendlich zum Sachverständigen bestellt, ist eine **Ermessensentscheidung**.³⁰ Auch die Eintragung in die Sachverständigenliste ist keine Voraussetzung der Ernennung. Das Ermessen wird aber naturgemäß dadurch eingeschränkt, dass der zu bestellende Sachverständige über das notwendige Fachwissen verfügen muss, wofür die Eintragung in die Liste der Sachverständigen Indizwirkung hat.³¹ Dennoch kann das Gericht, sollte es eine nicht in die Sachverständigenliste eingetragene Person für die Erstattung von Befund und Gutachten als geeigneter ansehen als eine eingetragene, diese andere zum Sachverständigen bestellen.

Da die Bestimmung des § 351 ZPO lediglich als Sollvorschrift betrachtet wird und das Gericht an allfällige Parteivorschläge nicht gebunden ist, stellt eine Verletzung dieser Vorschrift nach der Judikatur keinen erheblichen Verfahrensmangel dar.³² Die Praxis zeigt dennoch, dass das die Vorschrift nicht sinnlos macht. In aller Regel erörtert das Gericht mit den Parteien (vertretern), wer als Sachverständiger in Frage kommt, und Letztere können ihre Erfahrungen mit bestimmten Sachverständigen einbringen

und auf allfällige besser geeignete Personen hinweisen, worauf zumeist auch Rücksicht genommen wird.

Die Befugnis des erkennenden Gerichts, einen Sachverständigen frei zu wählen, birgt auch eine gewisse **Gefahr** in sich, nämlich jene, dass der Richter in ähnlich gelagerten Fällen **immer die gleichen Sachverständigen** auswählt. Allerdings ist vor allem in kleineren (Bezirks-)Gerichtssprengeln die Auswahlmöglichkeit praktisch von vornherein beschränkt. Daraus ist natürlich nicht zu schließen, dass die Qualität von Befund und Gutachten an sich nicht den gewünschten Anforderungen entspreche, doch kann eine dauernde Zusammenarbeit und das Entstehen einer Vertrauensbasis zwischen Richter und Sachverständigem die kritische Würdigung des Gutachtens durch den Richter beeinträchtigen. Wenn das Gericht aber das Gutachten ungeprüft seinen Feststellungen zugrunde legt, wird dadurch das Recht der Parteien auf ein faires Verfahren insofern verletzt, als der Gutachter damit quasi selbst zum Richter wird. Nicht zu Unrecht wird das in der Literatur auch als Verletzung des Rechts der Parteien auf den gesetzlichen Richter gemäß Art 82 Abs 2 B-VG qualifiziert.³³ Aus der Warte des Sachverständigen besteht bei (zu) häufiger Beauftragung durch denselben Richter die Gefahr, dass seine eigene Objektivität beeinträchtigt wird, wenn er sich den „*Wünschen seines Auftraggebers nach einfachen und gut verwertbaren Gutachten allzu willfährig anpasst*.“³⁴ Andererseits darf nicht unerwähnt bleiben, dass die routinemäßige Bestellung desselben Sachverständigen durchaus positive Effekte haben kann, weil diese Vorgangsweise die Qualität der Gutachten auch durchaus zu heben und das Verfahren zu beschleunigen vermag.³⁵

Um der Problematik entgegenzuarbeiten, wurde vorgeschlagen, eine **feste Geschäftsverteilung** für Sachverständige einzuführen.³⁶ *Krammer* hielt diesen Vorschlag wegen des administrativen Aufwands und der Schwierigkeit der Durchsetzung und Kontrolle eines derartigen Systems für nicht praktikabel.³⁷ Meines Erachtens sind diese Argumente heute angesichts der Möglichkeiten der Informationstechnologie weitgehend überholt. Der Vorschlag einer festen Geschäftsverteilung ist aber aus anderen Gründen **nicht zielführend**: Er nimmt dem Richter die Flexibilität, auch auf nicht von der Geschäftsverteilung erfasste Sachverständige zurückzugreifen, wenn dies im Einzelfall sinnvoll wäre, weil für eine bestimmte Frage ein anderer Sachverständiger besser geeignet wäre, als der durch die Geschäftsverteilung bestimmte.³⁸ Freilich könnte diese Problematik durch Einführung von Ausnahmebestimmungen, wann ein Gericht auch einen anderen Sachverständigen bestellen kann, abgeschwächt werden. Dann stellt sich aber die Frage, ob der dadurch entstehende zusätzliche Administrationsaufwand allfällige Vorteile des Geschäftsverteilungssystems nicht zunichtemachen würde.

5. Reformbedarf hinsichtlich § 351 ZPO?

Aus dem Umstand, dass der Sachverständige als Mitarbeiter des Gerichts zu qualifizieren ist, könnte die Forderung

abgeleitet werden, das Gericht müsse sich einen solchen Mitarbeiter auch selbst aussuchen können. Dann wäre es nur folgerichtig, dass der in § 351 ZPO normierten Anhörung der Parteien keine entscheidende Bedeutung zukommt und der Richter insbesondere nicht an Vorschläge der Parteien gebunden ist. Nun darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die Wertschätzung eines Rechtsschutzsystems ganz wesentlich auf dem subjektiven Empfinden der Rechtsunterworfenen beruht. Je mehr diese in prozessuale Entscheidungen eingebunden sind, desto eher werden sie sich gerecht und fair behandelt fühlen. Daher ist zu überlegen, ob nicht die **Rechte der Parteien** bei der Bestellung des Sachverständigen **gestärkt** werden sollten.

In der Parallelbestimmung der deutschen ZPO (§ 404 dZPO) findet sich die Regelung, dass dann, wenn sich die Parteien auf eine oder mehrere Personen als Sachverständige geeinigt haben, das Gericht an diese Wahl gebunden ist. Das Gericht kann nur hinsichtlich der Anzahl der Sachverständigen beschränkend eingreifen. Äußert das Gericht Bedenken hinsichtlich der Fachkunde der von den Parteien gewählten Person, können die Parteien entweder einen anderen Sachverständigen benennen oder auf ihrer ursprünglichen Entscheidung beharren.³⁹ Strittig ist, ob das Gericht zusätzlich einen weiteren Gutachter bestellen kann;⁴⁰ zum Teil wird vertreten, dass das jedenfalls im Fall der Unergiebigkeit des Gutachtens möglich ist.⁴¹

Die deutsche Regelung schafft eine Kontrollmöglichkeit der Parteien gegenüber dem Gericht, die der beschriebenen Praxis, dass immer die gleichen Sachverständigen ernannt werden, obwohl sie in manchen Fällen nicht die beste Wahl darstellen, Einhalt gebietet.⁴² Meines Erachtens wäre eine Änderung der österreichischen Bestimmungen nach dem Vorbild der deutschen Regelung durchaus sinnvoll. Einem möglichen Missbrauch könnte dadurch begegnet werden, dass dem Richter die Möglichkeit eingeräumt wird, im Fall der Unzulänglichkeit des erstatteten Gutachtens einen weiteren Sachverständigen zu bestellen. Die damit verbundenen weiteren Kosten und die Zeitverzögerung werden umsichtige Parteien dazu bewegen, von vornherein auf die Kompetenz und fachliche Eignung des Sachverständigen zu achten.⁴³

6. Die Ablehnung des Sachverständigen

Können die Parteien auch *de lege lata* in den Sachverständigenbestellungsprozess nicht entscheidend eingreifen, so stehen sie einem bestellten Sachverständigen doch nicht gänzlich machtlos gegenüber, weil sie ihn – wie schon eingangs erwähnt – gemäß §§ 355 f ZPO grundsätzlich **aus denselben Gründen**⁴⁴ ablehnen können **wie den Richter**. Dabei ist zu beachten, dass Zweifel an der Kompetenz des Sachverständigen und/oder an der Qualität seines Gutachtens an sich keine Ablehnungsgründe darstellen.⁴⁵ Es kommt darauf an, dass das Verhalten des Sachverständigen im Verfahren selbst ein **berechtigtes Misstrauen in die Unparteilichkeit** hervorruft, etwa wenn er bei der Erstellung des Befundes nur eine Partei berücksichtigt.⁴⁶

Wichtig ist, dass die Ablehnung bei erster Gelegenheit geltend gemacht werden muss und die Gründe hierfür anzugeben und auf Verlangen des Gerichts im Sinne von § 274 ZPO zu bescheinigen sind. Somit kann die Ablehnung auch noch nach Gutachtenserstattung oder im Verfahren zweiter Instanz erfolgen,⁴⁷ wenn sich der Ablehnungsgrund erst zu diesem Zeitpunkt, etwa aus dem Gutachten, ergibt. Der Ablehnungsantrag muss nicht als solcher bezeichnet sein; es reicht das begründete Vorbringen, der Sachverständige sei voreingenommen.⁴⁸

Wird der Ablehnung stattgegeben, gibt es dagegen kein Rechtsmittel (§ 366 Abs 2 ZPO). Wird der Ablehnungsantrag verworfen, ist dagegen kein abgesondertes Rechtsmittel statthaft (§ 366 Abs 1 ZPO).⁴⁹ Ist ein Sachverständiger erfolgreich abgelehnt worden, so darf sein Gutachten nicht berücksichtigt werden, widrigenfalls ein sonstiger Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO vorliegt.⁵⁰

7. Die Pflicht zur Übernahme des Gutachtensauftrags

Das Gesetz (§ 353 ZPO) nennt zwei Personenkreise, die verpflichtet sind, der Bestellung zum Sachverständigen Folge zu leisten: Einerseits sind dies die in die Sachverständigenliste (nach dem SDG) eingetragenen Personen und andererseits Personen, welche „die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der geforderten Begutachtung ist, öffentlich als Erwerb“ ausüben oder „zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder ermächtigt“ sind.

Die in die Sachverständigenliste eingetragenen Personen müssen einer gerichtlichen Bestellung Folge leisten, da diese Personen schon durch die freiwillige Eintragung in diese Liste ihre Bereitschaft zur Übernahme gerichtlicher Gutachtensaufträge dokumentieren.⁵¹ Für den zweiten von § 353 Abs 1 ZPO genannten Personenkreis besteht dagegen keine uneingeschränkte Pflicht zur Übernahme eines Gutachtensauftrags. Mit *Krammer* ist nur dann eine Pflicht zur Gutachtenserstattung anzunehmen, wenn das Gericht genau geprüft hat, ob die Fachkenntnisse des Gutachters, der gegen seinen Willen herangezogen werden soll, den notwendigen Erfordernissen für die Gutachterfähigkeit genügen. Bei dieser Beurteilung sind auch die räumlichen und ausstattungsgemäßen Gegebenheiten zu berücksichtigen.⁵²

Selbst wenn eine prinzipielle Verpflichtung zur Übernahme des Gutachtensauftrags besteht, kann der Sachverständige die **Enthebung** von seiner Tätigkeit begehren. Was die Begründung dafür angeht, so verweist § 353 Abs 2 ZPO bloß auf die Gründe, die den Zeugen zur Aussageverweigerung berechtigen (§ 321 ZPO). Einerseits überzeugt diese – vom Gesetz mehrfach vorgenommene – undifferenzierte Gleichstellung mit dem Zeugen nicht unbedingt, andererseits versteht es sich von selbst, dass ein Sachverständiger auch dann seine Enthebung beantragen kann, wenn ein Grund vorliegt, der die Vernehmung eines Zeugen unzulässig machen würde (§ 320 ZPO). Praktische Bedeutung hat dies vor allem bei Staatsbeamten, denen

die Verwendung als Sachverständiger sogar ausdrücklich, und zwar im Einzelfall durch Weisung oder generell durch Erlass bzw Verordnung, untersagt werden kann.⁵³

Dienen die Enthebungsgründe dem Schutz der Interessen des Sachverständigen (oder seiner Dienstbehörde), so dient die **Selbstablehnung** dem Schutz der Interessen der Parteien. Eine Pflicht zur Anzeige von Ablehnungsgründen ist zwar im Gesetz nicht geregelt, jedoch von Lehre und Judikatur anerkannt, entspricht dies doch der richterähnlichen Stellung des Sachverständigen.⁵⁴ So meint der OGH, dass der Sachverständige zwar nach dem Wortlaut des § 355 ZPO nicht zu einer Selbstablehnung verpflichtet sei, er jedoch wegen seiner Verpflichtung zur Unparteilichkeit und „wegen der Unannehmlichkeiten einer begründeten Ablehnung durch die Parteien“ selbst auf alle Gründe hinweisen müsse, die eine unparteiische Führung seiner Amtes auch nur theoretisch in Zweifel ziehen könnten.⁵⁵ Sanktioniert ist die Verpflichtung zur Selbstablehnung dadurch, dass der Sachverständige seinen **Gebührenanspruch verliert**, wenn er einen Ausschließungsgrund nicht sofort anzeigt und ihn daran ein Verschulden trifft. Da das Gutachten eines ausgeschlossenen Sachverständigen nicht berücksichtigt werden darf, hat der betroffene Sachverständige den gerichtlichen Auftrag nämlich nicht erfüllt.⁵⁶

8. Die Gutachtenspflicht

Den Kern der Sachverständigenpflichten bildet die Gutachtenspflicht, die sich in der **Erstattung eines Befundes** erschöpfen kann oder auch die **Erstattung eines Gutachtens** umfasst. Als Sanktion gegenüber dem „ungehorsamen“ Sachverständigen sieht § 354 Abs 1 ZPO die Auferlegung der durch die Weigerung entstandenen Kosten, die Verhängung einer Ordnungsstrafe und allenfalls einer Mutwillensstrafe vor. Außerdem erlegt § 354 Abs 3 ZPO dem Sachverständigen die Verpflichtung zum Ersatz allen den Parteien durch die Vereitlung oder Verzögerung der Beweisführung verursachten Schadens auf; dieser Schadenersatz ist mit selbständiger Klage nach den Regeln des allgemeinen Schadenersatzrechts geltend zu machen.⁵⁷ Dass nach § 354 Abs 2 ZPO anstelle des betroffenen Sachverständigen ein anderer bestellt werden kann, ergibt sich aus der Ersetzbarkeit des Sachverständigen.

Sofern dem Richter die in Frage kommenden Sachverständigen bzw deren Spezialgebiete (die aufgrund der generellen Umschreibung in der Sachverständigenliste oft nicht eindeutig festzustellen sind) nicht schon bekannt sind, wird er im Interesse der Verfahrensökonomie vorab mit diesen Personen Rücksprache halten, ob sie tatsächlich die im konkreten Fall erforderlichen Fachkenntnisse haben. Außerdem muss sich der Richter darüber informieren, ob ein in Frage kommender Gutachter die zeitlichen Ressourcen besitzt, um das Gutachten in angemessener Frist zu erstellen.

Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie ist auch die – durch die ZVN 2002⁵⁸ eingeführte – Anordnung des § 357 Abs 1 ZPO zu sehen, nach der der Richter dem

Sachverständigen im Fall der schriftlichen Begutachtung (die in der Gerichtspraxis die Regel darstellt)⁵⁹ eine **angemessene Frist** zu setzen hat, binnen derer er das schriftliche Gutachten zu erstatten hat. Ab Zustellung des Gerichtsauftrags hat der Sachverständige 14 Tage Zeit, um dem Gericht allenfalls mitzuteilen, dass ihm die Einhaltung der gesetzten Frist nicht möglich ist. Gleichzeitig muss er dem Gericht mitteilen, ob ihm die Gutachtenserstellung überhaupt bzw. binnen welcher Frist möglich ist. Das Gericht kann dann entweder die Frist verlängern oder aber den Gutachter von seiner Tätigkeit entbinden und einen anderen bestellen.⁶⁰ Aufgrund des *telos* der Bestimmung ist die genannte 14-Tages-Frist als Maximalfrist zu verstehen. Prinzipiell hat der Gutachter sofort, nachdem er erkannt hat, dass die zur Gutachtenserstellung gesetzte Frist zu kurz ist, Mitteilung an das Gericht zu machen.⁶¹ Damit der Gutachter so rasch als möglich einschätzen kann, ob die ihm gesetzte Frist ausreichend ist, müssen die Parteien zeitgerecht und präzise die Fragen, mit denen der Gutachter befasst werden soll, vortragen. Sodann ist es Aufgabe des Gerichts, den Gutachtensauftrag so präzise wie möglich zu formulieren, damit der Gutachter seinen Aufwand und die für die Gutachtenserstellung benötigte Zeit hinreichend genau einzuschätzen vermag.⁶²

Durch die Maßnahmen der ZVN 2002 wird die Gefahr einer Verzögerung freilich nicht gänzlich gebannt, da sich ein erhöhter Zeitaufwand auch erst im Zuge der Befundaufnahme herausstellen kann. Das Gesetz sieht für diesen Fall weder eine Pflicht zur Anzeige noch eine Möglichkeit der Fristverlängerung vor; angeordnet wird nur, dass eine durch die Parteien verursachte Zeitverzögerung nicht in die Frist einzurechnen ist (§ 359 Abs 2 ZPO). In allen anderen Fällen ist dem Sachverständigen jedenfalls zu raten, die Verzögerung anzuzeigen. Hinsichtlich der Reaktion des Gerichts auf diese Anzeige ist meines Erachtens zu unterscheiden: Ist die erst im Nachhinein erkennbare Verzögerung auf eine Ausweitung des Gutachtensauftrags (zusätzliche Fragen) zurückzuführen, dann ist dies wie ein eigenständiger Gutachtensauftrag zu behandeln, also wieder nach § 357 Abs 1 ZPO vorzugehen; damit verlängert sich die Frist für die Erstattung des Gesamtgutachtens dementsprechend. Ist die Verzögerung auf ein anderes Verhalten des Gerichts bzw. der Parteien zurückzuführen – etwa auf zusätzlich übermitteltes Befundmaterial, das aber nicht vom Gutachter nach § 359 Abs 2 ZPO angefordert wurde –, kann dies dem Gutachter nicht vorgeworfen werden; auch in diesem Fall ist die Frist analog § 357 Abs 1 ZPO zu verlängern. Wenn die ursprüngliche Fehleinschätzung der benötigten Zeit zur Gutachtenserstellung aber auf ein Verschulden des Gutachters zurückzuführen ist, dann kann die Frist nicht verlängert werden, sondern es kommen vielmehr die oben dargestellten Säumnisfolgen des § 354 ZPO zur Anwendung. Zusätzlich wird der Gebührenanspruch des Sachverständigen nach Maßgabe des § 25 Abs 3 GebAG gemindert.⁶³

Zu erwähnen ist auch noch, dass den Gutachter zusätzlich eine **Klarstellungspflicht** trifft: Er hat den Gutachtensauftrag kritisch zu prüfen, seine Terminologie klarzustellen

und den Beurteilungsgegenstand eindeutig abzugrenzen. Er hat auch darauf hinzuweisen, wenn aus seiner Sicht ein Ortsaugenschein oder weitere Beweisaufnahmen zur Durchführung des Gutachtensauftrags notwendig sind.⁶⁴

9. Die Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen und die Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Befundaufnahme

Aus dem Umstand, dass dem Sachverständigen gemäß § 359 Abs 1 ZPO alle „*bei Gericht befindlichen Gegenstände, Aktenstücke und Hilfsmittel mitzuteilen [sind], welche für die Beantwortung der ... vorgelegten Fragen erforderlich sind*“, ergibt sich, dass der Sachverständige den für den Befund notwendigen Sachverhalt selbständig ermitteln muss. Anderes gilt nur, wenn der Gerichtsauftrag den Sachverständigen auf bestimmte aktenkundige Tatsachen beschränkt.⁶⁵

Mit der ZVN 2002 wurden darüber hinaus einerseits die **Befugnis zur selbständigen Ermittlung** durch den Sachverständigen und andererseits die **Mitwirkungspflicht der Parteien** bei der Befundaufnahme ausdrücklich im Gesetz festgelegt. § 359 Abs 2 ZPO regelt nun, dass der Sachverständige dem Gericht die „*erforderlichen Mitwirkungshandlungen*“ mitzuteilen hat, wenn die Parteien (oder auch dritte Personen) seiner Aufforderung zur Mitwirkung nicht Folge leisten. Das Gericht hat sodann mittels abgesondert nicht anfechtbaren Beschlusses das Erforderliche aufzutragen. Kommt die säumige Partei dem Mitwirkungsauftrag binnen der im Beschluss festgesetzten Frist nicht nach, ist das Gutachten ohne die fehlenden Informationen – soweit dies überhaupt möglich sein wird – zu erstatten. Gleichzeitig versucht die Regelung, eine Partei, die die Mitarbeit vorerst verweigert, über die **Kostenschiene** zur Mitarbeit zu motivieren. Wenn die fehlenden Informationen noch vor der Ausarbeitung nachgereicht werden, treffen die säumige Partei keine Kostenfolgen. Werden die Informationen zu einem späteren Zeitpunkt vor Schluss der mündlichen Streitverhandlung nachgereicht, trägt die Partei jedenfalls die Kosten des notwendigen Ergänzungsgutachtens.

Nach den Materialien zur ZVN 2002 sollte mit dieser Bestimmung eine weitere Verfahrensbeschleunigung erreicht werden, obwohl sich schon als Folge der Prozessförderungspflicht ein vernünftiger Umgang und eine förderliche Zusammenarbeit zwischen Sachverständigen und Parteien ergeben werde; sollte diese Zusammenarbeit aber nicht funktionieren, stelle die Bestimmung ein Werkzeug zur Abhilfe bereit. Das Korrektiv des § 359 Abs 2 ZPO wirke in zweifacher Richtung: Einerseits sollten dadurch überzogene Anforderungen des Sachverständigen reduziert werden, andererseits sollte ein Sanktionsmittel gegen ungerechtfertigte Verweigerungen der Parteien geschaffen werden. In den Materialien bleibt auch nicht unerwähnt, dass eine allfällige Weigerung zur Mitwirkung an der Befundaufnahme wohl seinen Niederschlag in der Beweiswürdigung finden werde. Gerade auch die Kostenfolgen würden die Verfahrenskonzentration verbessern.⁶⁶

Zunächst ist festzuhalten, dass der Sachverständige selbst keine Möglichkeit hat, die Mitwirkung der Parteien zu erzwingen, sondern sich deshalb an das Gericht wenden muss. Dem Gesetzestext zufolge ist der Aufforderung des Sachverständigen zur Mitwirkung „unverzüglich“ zu entsprechen. Das kann nur bedeuten, dass der Sachverständige den Parteien eine Frist zur Mitwirkung setzen muss, weil die Regelung andernfalls nicht praktikabel ist. Darüber hinaus muss die Aufforderung des Sachverständigen präzisieren, wozu die Mitwirkungshandlung benötigt wird; sie muss möglichst genau umschreiben, welchen Beitrag diese Mitwirkung für das Gutachten leisten soll. Andernfalls könnte das Gericht im Falle der Weigerung der Partei nicht beurteilen, ob es einen Mitwirkungsauftrag erteilen muss.⁶⁷

Überdies bedarf die Regelung des § 359 Abs 2 ZPO einer teleologischen Reduktion: Die Mitwirkungspflicht der Parteien findet dort ihre Grenze, wo den Parteien auch sonst ein **Weigerungsrecht** hinsichtlich der Mitwirkung im Erkenntnisverfahren zusteht. So darf sich die Partei auch gegenüber dem Sachverständigen auf das Nichtvorliegen der Pflicht zur Herausgabe einer Urkunde nach § 304 ZPO bzw das Vorliegen der Weigerungsgründe zur Herausgabe einer Urkunde nach § 305 ZPO berufen. Gleiches gilt für Auskunftssachen (§ 318 Abs 2 ZPO) und den Augenscheinbeweis (§ 369 ZPO). Auch bei einer Befragung durch den Sachverständigen kann sich die Partei auf die Aussageverweigerungsgründe berufen (§ 380 iVm § 321 ZPO).⁶⁸

Im Zusammenhang mit der Mitwirkungspflicht ist *Klicka* beizupflichten, wenn er meint, dass hier – wenn das Gesetz auch darauf nicht abstellt – eine **Interessenabwägung** geboten sei: Ein gerichtlicher Auftrag zur Mitwirkung muss immer dann unterbleiben, wenn die Interessen der Partei höher als das Informationsinteresse nach § 359 Abs 2 ZPO zu bewerten sind. Zu denken ist hier vor allem an Eingriffe in die körperliche Integrität, aber auch an unverhältnismäßige Vermögensnachteile.⁶⁹

Wenn die Verweigerung der Mitwirkung an der Befundaufnahme gerechtfertigt ist, dann darf dieser Umstand in der Beweiswürdigung natürlich keine negativen Folgen haben. Im Gegensatz dazu wird die Beweiswürdigung bei Nichtbefolgung eines vom Gericht erlassenen Mitwirkungsauftrags in aller Regel zum Nachteil der sich weigernden Partei ausschlagen.⁷⁰ Eine darüber hinausgehende Konsequenz zieht die Nichtbefolgung nicht nach sich, vor allem ist der Mitwirkungsauftrag nicht vollstreckbar.⁷¹

Wenn in den Materialien zur ZVN 2002 darauf hingewiesen wird, dass gerade Kostenregelungen zu den „*bislang vielleicht zu spärlich eingesetzten Motivationsfaktoren zählen, die erforderliche Verfahrenskonzentration zu verbessern*“,⁷² so erscheint die **Kostenregelung des § 359 Abs 2 ZPO** gerade unter diesem Gesichtspunkt **inkonsequent**. Wie *Klicka* überzeugend dargelegt hat, führt nämlich gerade diese Kostenregelung zu einem unerwünschten Ergebnis: Wenn sich die nicht beweispflichtige Partei weigert, an der Beweisaufnahme mitzuwirken, dann ist das Gutachten ja ohne die fehlenden Teile zu erstatten; die Weigerung ist al-

lenfalls – wie erwähnt – im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Dies kann zu einem für den Beweisführer negativen Gutachten oder aber zu einem *non liquet* führen. Wenn nun der Sachverständigenbeweis – wie in der Praxis häufig – das einzige Beweismittel ist, mit dessen Hilfe ein Anspruch durchgesetzt werden kann, dann würde die sich weigernde Partei obsiegen und hätte auch keine Kostenfolgen zu befürchten. Das bedeutet, dass die „standhafte“ Partei, die sich bis zum Schluss des Verfahrens der Mitwirkung widersetzt, im Gegensatz zu einer Partei, die schlussendlich den Mitwirkungsauftrag erfüllt, auch noch belohnt wird. Letztere muss ja die Kosten des Ergänzungsgutachtens tragen. Rechtspolitisch ist die Bestimmung daher mehr als bedenklich, da sie tatsächlich, wie *Klicka* es nennt, zu absurden Situationen führt.⁷³ Insgesamt scheint die Kostenbestimmung auch unter Berücksichtigung des § 48 ZPO überflüssig; die Bestimmungen über die Kostenseparation erlauben es ohnehin, flexibel auf das Verhalten der Parteien zu reagieren.⁷⁴ Außerdem würde es der Prozessökonomie mehr entsprechen, in einer Situation, in der ein Rumpfgutachten nichts zur Sachverhaltsfeststellung beitragen kann, von der Erstellung eines solchen überhaupt abzusehen und den Sachverständigen zu entheben.⁷⁵

Mit der seit der ZVN 2002 ausdrücklich normierten Mitwirkungspflicht korrespondiert eine **Mitwirkungsbefugnis der Parteien an Ermittlungshandlungen** durch den Sachverständigen, die im Rahmen seines Gutachtensauftrags notwendig werden. Deshalb sind die Parteien nachweislich von Zeit, Ort und Art der Ermittlungshandlung zu verständigen, damit diese die Möglichkeit haben, an der Ermittlungshandlung teilzunehmen.⁷⁶ Dies erklärt sich auch dadurch, dass die Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen materiell als Beweisaufnahme zu qualifizieren ist und daher den gleichen Verfahrensgarantien entsprechen muss.⁷⁷ Das Recht zur Teilnahme an den Ermittlungshandlungen endet aber dort, wo berücksichtigungswürdige Interessen dagegenstehen. Zu denken ist dabei vor allem an medizinische Gutachten, die den höchstpersönlichen Bereich betreffen. Hier muss das Recht zur Teilnahme eingeschränkt sein.⁷⁸ Damit das rechtliche Gehör nicht verletzt wird, ist es aber in solchen Fällen notwendig, dass die nicht beigezogene Partei sich noch vor der Entscheidung zur Befundaufnahme äußern kann.⁷⁹ Daher ist es unerlässlich, dass die Ermittlungshandlungen umfassend dokumentiert werden.

10. Das Gutachten und seine Erörterung

Nach den Vorstellungen der ZPO sollte die mündliche Gutachtenserstattung in der Verhandlung die Regel und die schriftliche Gutachtenserstattung die Ausnahme darstellen. In der Praxis ist es freilich umgekehrt und die meisten Begutachtungen werden **auf schriftlichem Weg** erbracht. Dies liegt vor allem an der Komplexität der Fragen, die Gegenstand eines Gutachtens sind. Ein angenehmer Nebeneffekt des schriftlichen Gutachtens – von dessen Einlangen die Parteien in Kenntnis zu setzen sind (§ 360 Abs 2

ZPO) – ist, dass sich die Parteien schon vor einer Tagsatzung auf diese inhaltlich vorbereiten können. Eine schriftliche Gutachtenserstattung trägt somit auch dem Grundsatz der Prozessökonomie Rechnung. Unabhängig davon, ob das Gutachten mündlich oder schriftlich erstattet wird, muss dieses stets begründet werden (§ 362 Abs 1 ZPO).

Wird das Gutachten mündlich erstattet, steht den Parteien ein **Fragerecht** zu (§ 367 iVm § 341 Abs 1 und § 289 Abs 1 ZPO). In § 357 Abs 2 ZPO ist davon die Rede, dass bei schriftlicher Begutachtung „auf Verlangen“ eine mündliche Erläuterung stattzufinden hat. Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur interpretieren dies dahin, dass *auch den Parteien* ein Antragsrecht zur mündlichen Gutachtenserörterung zusteht.⁸⁰ Dies überzeugt nicht nur aufgrund der vom OGH in seiner Grundsatzentscheidung vorgenommenen systematischen Interpretation, sondern auch im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs. Freilich darf sich der Gutachter nicht darauf verlassen, dass ohnehin eine mündliche Erörterung stattfinden wird; vielmehr muss er das schriftliche Gutachten so erstellen, dass eine mündliche Erläuterung nicht unbedingt notwendig ist. Nach der Rechtsprechung mindert es den Gebührenanspruch des Sachverständigen nach § 25 Abs 3 GebAG, wenn das Gutachten aufgrund seiner mangelhaften Abfassung einer Erörterung bedarf.⁸¹

Der mündlichen Gutachtenserörterung und dem damit verbundenen Fragerecht der Parteien kommt eine wichtige **Kontrollfunktion** zu. Durch gezielte Fragen kann auf Widersprüche, Unschlüssigkeiten und Unvollständigkeiten hingewiesen werden, die das Gutachten erschüttern und als ungenügend erscheinen lassen können, was das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen dazu veranlassen kann, eine **neuerliche Begutachtung** durch denselben oder einen neu zu bestellenden Gutachter anzuordnen (§ 362 Abs 2 ZPO).

Nach der Rechtsprechung müssen die Parteien in einem Antrag auf mündliche Gutachtenserörterung die beabsichtigten Fragen noch nicht ausformulieren, doch muss sich aus dem Antrag entnehmen lassen, welche Aufklärungen oder Erläuterungen gewünscht werden. Ein unbegründeter Antrag ist jedoch nicht sofort zurückzuweisen, sondern zur Verbesserung zurückzustellen.⁸² An die Begründung des Antrags sind aber meines Erachtens im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs und den Grundsatz der Mündlichkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. In einem Gespräch, vor allem zwischen Laien und einem Fachmann, ergeben sich Fragen oft von selbst und lassen sich oft auch verständlicher beantworten. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo ein Antrag offensichtlich zur Prozessverschleppung gestellt wird.⁸³ Dies spricht natürlich nicht dagegen, dass Parteien ihre Fragen schriftlich ausformulieren, zumal dies dem Sachverständigen ermöglicht, sich entsprechend auf das Gespräch in der Tagsatzung vorzubereiten.

Eine Verletzung des Rechts der Parteien auf mündliche Gutachtenserörterung bewirkt eine **Mangelhaftigkeit des Verfahrens**. Sollte den Parteien niemals Gelegenheit ge-

geben worden sein, einen Antrag nach § 357 Abs 2 ZPO zu stellen, dann liegt eine Nichtigkeit im Sinne des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO vor.⁸⁴

11. Das Privatgutachten

Obwohl private Sachverständigengutachten keine Seltenheit darstellen – oft sind sie sogar der Ausgangspunkt einer Klage –, begegnet man immer wieder großer Skepsis gegenüber Privatgutachten. Grund dafür ist die Annahme, dass bei entsprechender Bezahlung jedes (Gefälligkeits-) Gutachten zu bekommen sei. Selbst wenn das nicht ganz von der Hand zu weisen ist, wird dabei einerseits das Berufsethos qualifizierter Sachverständiger unterschätzt und andererseits übersehen, dass ein Fachmann auch einen Ruf zu verteidigen hat. Man darf daher davon ausgehen, dass der Großteil der Privatgutachten von den Verfassern nach bestem Wissen und Gewissen erstellt wird. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass zwischen der Person eines Privatgutachters und einem gerichtlich bestellten Sachverständigen **wesentliche Unterschiede** bestehen. Der wesentliche Schwachpunkt des Privatgutachtens liegt nämlich darin, dass es ohne Beziehung des Prozessgegners zustande kommt, also in aller Regel nur auf den Informationen des Auftraggebers beruht.⁸⁵ Ein Privatgutachter hat in aller Regel auch nicht die dem gerichtlich bestellten Sachverständigen eingeräumten Ermittlungsmöglichkeiten.

Nach ständiger Rechtsprechung sind Privatgutachten lediglich **Privaturkunden**, die beweisen, dass ihr Inhalt der Ansicht des jeweiligen Gutachtenverfassers entspricht. Im Gegensatz zur Judikatur und zu manchen Stimmen in der Literatur⁸⁶ ist es meines Erachtens geboten, sich von der strikten Zuordnung zu einem der Beweismittel der ZPO zu lösen. Wird das Privatgutachten als Urkundenbeweis qualifiziert, dann gibt es keine gesetzliche Handhabe zur Ladung des Privatgutachters zwecks Erörterung dieses Gutachtens. Die bisweilen erwogene Ladung als sachverständiger Zeuge im Sinne des § 350 ZPO wird in der Regel daran scheitern, dass der Privatgutachter keine eigene Wahrnehmung von prozessrelevanten Tatsachen hat, weil er eben keine Ermittlungen tätigen kann.⁸⁷

Erst jüngst bestätigte der OGH auch seine Judikatur, dass Privatgutachten nicht geeignet seien, „für sich allein die Entscheidung zu stützen.“⁸⁸ Wenn die Beurteilung einer Tatsachenfrage besondere Fachkunde erfordere, dann ordne die ZPO eine bestimmte Vorgangsweise an, nämlich entweder die Bestellung eines Sachverständigen oder die Begutachtung durch den Richter selbst (§ 364 ZPO). Diese Regelungen wären laut OGH entbehrlich, wenn der Beweis auch ausschließlich durch Privatgutachten erbracht werden könnte. Anderes könne nur dann gelten, wenn das Privatgutachten als urkundlich belegtes Sachvorbringen wegen einer Außerstreitstellung für wahr zu halten sei. Wenn der Gegner jedoch substantiierte Einwände erhebe, dann bedeute es eine Umgehung der Bestimmungen über den Sachverständigenbeweis, wenn das Privatgutachten der Entscheidung zugrunde gelegt werde.

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Abgesehen davon, dass der OGH mit dem Hinweis auf die mögliche Außerstreitstellung neuerlich das bedenkliche Dogma von der Bindungswirkung des Geständnisses⁸⁹ wiederholt, bringt die Entscheidung für die Frage des Stellenwerts des Privatgutachtens keine Lösung. Bei Verwertung eines Privatgutachtens kommt es nur darauf an, dass – dies sei hier wiederholt⁹⁰ – das Gericht **auf die beabsichtigte Verwertung hinweist** und so den Parteien die Gelegenheit gibt, die Vernehmung des Sachverständigen zu beantragen. Eine solche Verwertung des Privatgutachtens stünde keinesfalls im Widerspruch zu § 364 ZPO, zumal die Situation durchaus so gesehen werden kann, dass das Gericht hier die Richtigkeit des Sachvorbringens aufgrund eigener Fachkunde bejaht. Das ist dem Richter nach § 364 ZPO ja durchaus gestattet, solange er die Quelle des Fachwissens offenlegt, dieses mit den Parteien erörtert und somit deren rechtliches Gehör wahrt. Es ist nicht zu sehen, warum der Richter das eigene Fachwissen nicht aus einem Privatgutachten schöpfen können sollte.

Bei **Widersprüchen** zwischen einem Sachverständigengutachten nach den §§ 351 ff ZPO und einem Privatgutachten ist das Gericht nach ständiger Judikatur nicht verpflichtet, für eine Aufklärung dieser Widersprüche zu sorgen und allenfalls einen weiteren Gutachter zu bestellen; es kann sich vielmehr ohne weitere Erhebungen dem ihm als verlässlich erscheinenden Gutachten anschließen.⁹¹ Erst kürzlich sprach der OGH wiederum aus, dass sich das Gericht bei einem Widerspruch zwischen Privatgutachten und gerichtlichem Gutachten ohne Weiteres dem gerichtlichen Gutachten anschließen könne, wenn es dieses für schlüssig und sachlich begründet erachtet.⁹² Auch diese Judikatur ist, insbesondere im Lichte des Gebots der erschöpfenden Erörterung des Parteivorbringens, abzulehnen.⁹³ *Krammer* meint zu Recht, dass es sich dabei um eine Fehlinterpretation des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung und eine grobe Verletzung des Gebots eines fairen Verfahrens handle.⁹⁴ Richtigerweise ist der gerichtlich bestellte Sachverständige mit dem Inhalt des Privatgutachtens zu konfrontieren, um allfällige Widersprüche aufzuklären. Sollte dies nicht gelingen, bleibt als Ausweg nur die Bestellung eines weiteren Sachverständigen gemäß § 362 Abs 2 ZPO.

Da die erschöpfende Erörterung und Aufklärung des Sachverhalts zu den Grundanliegen der österreichischen ZPO gehört, erschiene es meines Erachtens sinnvoll, *de lege ferenda* die Möglichkeit dafür zu schaffen, dass ein Privatgutachter im Rahmen der Beweiserörterung mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen in einen fachlichen Diskurs treten kann.⁹⁵

12. Fazit

Der Sachverständige genießt im Zivilprozess eine herausragende Stellung, weil er aufgrund seines Fachwissens einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Prozesses hat. Für Parteien ist es in der Regel fast unmöglich,

seine Expertise in Zweifel zu ziehen. Gerade deshalb ist bei der Auswahl des Sachverständigen ein umsichtiges Vorgehen angezeigt.

De lege ferenda wäre anzustreben, dass sich die Parteien auf die Person des Sachverständigen einigen können. Der Bestellungsmodus der deutschen ZPO könnte diesbezüglich als Vorbild dienen.

Die Pflicht des Gutachters, binnen 14 Tagen ab Zustellung des Gutachtersauftrags darauf hinweisen zu müssen, dass ihm die Erstattung des Gutachtens in der ihm gesetzten Frist nicht möglich ist, dient der Verfahrensökonomie und liegt im Interesse aller Verfahrensbeteiligten.

Dass die Befugnis des Sachverständigen, selbständig Ermittlungen vornehmen zu können, mit der ZVN 2002 eindeutig im Gesetz verankert wurde, ist zu begrüßen. Auch die Möglichkeit des Gerichts, im Fall der Weigerung einen Mitwirkungsauftrag zu erlassen, ist an sich ein Fortschritt. Die Kostenregelung des § 359 Abs 2 ZPO ist dagegen wenig durchdacht und kann zu bedenklichen Ergebnissen führen. *De lege ferenda* wäre sie zu ändern bzw schlicht aufzuheben.

Es wäre wünschenswert, dem Privatgutachten in der täglichen Gerichtspraxis einen höheren Stellenwert einzuräumen. *De lege ferenda* sollte die Möglichkeit eröffnet werden, Widersprüche zwischen einem Sachverständigengutachten und einem Privatgutachten in der mündlichen Verhandlung mit beiden Gutachtern zu erörtern.

Anmerkungen:

- ¹ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 1007.
- ² *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², Vor §§ 351 ff ZPO Rz 4.
- ³ *Böhm/Hiller*, Gedanken zur freien richterlichen Beweiswürdigung und den Aufgaben eines Sachverständigen, RZ 1983, 87; *Deixler-Hübner*, Fortschreitender Einsatz von Sachverständigen (Teil I), RZ 1992, 251 (251).
- ⁴ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², Vor §§ 351 ff ZPO Rz 3.
- ⁵ RIS-Justiz RS0040535.
- ⁶ *Fasching*, Lehrbuch², Rz 968 und 996.
- ⁷ Materialien I (1897) 320.
- ⁸ So *Dienst*, Was erwarten sich Richter und Justizverwaltung vom Sachverständigen? SV 1984/1, 2 (2); *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 254.
- ⁹ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², Vor §§ 351 ff ZPO Rz 3.
- ¹⁰ Rule 706 der US Federal Rules of Evidence sieht dennoch ergänzend die Möglichkeit vor, dass ein Gericht einen Sachverständigen bestellt. Das Advisory Committee, welches den Entwurf für die Federal Rules of Evidence lieferte, gab in seinen Erläuterungen zu Rule 706 als Beweggrund für die Schaffung dieser Regelung an: „*The practice of shopping for experts, the venality of some experts, and the reluctance of many reputable experts to involve themselves in litigation, have been matters of deep concern.*“ Online abrufbar unter http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_706.
- ¹¹ Vgl hierzu auch *Funk*, Die Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen – Verfassungsfragen der Sachverständigentätigkeit, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1.
- ¹² RIS-Justiz RS0113643 (T3); RS0043163.
- ¹³ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², Vor §§ 351 ff ZPO Rz 5 mwN; anderer Ansicht *Zechner*, Der gerichtliche Sachverständige – Privater oder Beweisorgan im Sinne des § 1 Abs 2 AHG? JBI 1986, 415; *Schilcher*, Dogmatische und pragmatische Überlegungen zur Haftung der Gerichtssachverständigen, in FS Jelinek (2002) 241.
- ¹⁴ Nach *Deixler-Hübner* (RZ 1992, 254) ist die eingangs erwähnte Bezeichnung des Sachverständigen als Mitarbeiter oder Helfer des Gerichts der Bezeich-

nung als Gehilfen auch deshalb vorzuziehen, weil Letzteres zur Annahme verleiten könnte, der Sachverständige sei ein Organ im Sinne des AHG.

- ¹⁵ Zivilverfahrens-Novelle 1983, BGBl 1983/135.
- ¹⁶ *Fasching*, Lehrbuch², Rz 856.
- ¹⁷ *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozeß, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 45 (47 f).
- ¹⁸ *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 277.
- ¹⁹ *Rüffler*, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995) 43.
- ²⁰ *Schumacher*, Das Fachwissen des Richters, ÖJZ 1999, 132.
- ²¹ *Rüffler*, Sachverständige, 46.
- ²² *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 364 ZPO Rz 3.
- ²³ LG St. Pölten 28. 2. 2002, 36 R 64/02h.
- ²⁴ EFSlg 98.281.
- ²⁵ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 364 ZPO Rz 3; *derselbe* in *Rechberger*, ZPO³ (2003) § 364 Rz 2.
- ²⁶ *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG (2006) § 31 Rz 5.
- ²⁷ Für die Zeit nach der ZVN 2002 grundlegend OGH 14. 12. 2004, 10 Ob 69/04a; zuletzt OGH 2. 9. 2008, 8 Ob 109/08z, Zak 2008/732; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 351 ZPO Rz 4 und § 366 ZPO Rz 1.
- ²⁸ RIS-Justiz RS0040631.
- ²⁹ *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG, § 31 Rz 5.
- ³⁰ *Dienst*, SV 1984/1, 3.
- ³¹ OGH 31. 8. 2006, 2 Ob 8/06z.
- ³² OGH 18. 2. 1992, 5 Ob 1006/92.
- ³³ *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 252.
- ³⁴ *Krammer*, Die „Allmacht“ des Sachverständigen (1990) 5 (18); *Steininger*, Der Sachverständige in der Gerichtsbarkeit, SV 1981/3, 9 (11); *Dolinar*, Der Sachverständigenbeweis – eine rechtsvergleichende Analyse, in FS Sprung (2001) 117 (132 f).
- ³⁵ So auch *Dolinar*, Sachverständigenbeweis, 121.
- ³⁶ *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 252.
- ³⁷ *Krammer*, „Allmacht“, 17.
- ³⁸ *Krammer*, „Allmacht“, 17.
- ³⁹ *Huber* in *Musielak*, ZPO³ (2012) § 404 Rz 6; anderer Ansicht *Scheuch* in *Vorwerk/Wolf*, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 404 Rz 10 f (<http://www.beck-online.beck.de>).
- ⁴⁰ *Jessnitzer/Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige¹¹ (2001) Rz 112.
- ⁴¹ *Zimmermann* in *Rauscher/Wax/Wenzel*, Münchener Kommentar zur ZPO I³ (2008) § 404 Rz 10; *Huber* in *Musielak*, ZPO³, § 404 Rz 6.
- ⁴² *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 255.
- ⁴³ Anderer Ansicht *Dolinar*, Sachverständigenbeweis, 119.
- ⁴⁴ Abgesehen von der in § 355 Abs 1 ZPO selbst genannten Ausnahme der früheren Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge kommt auch der Tatbestand des § 20 Z 5 JN nicht als analog heranzuziehender Ablehnungsgrund in Frage; vgl hierzu *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², §§ 355, 356 ZPO Rz 3 mwN.
- ⁴⁵ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², §§ 355, 356 ZPO Rz 5 mwN; *Ziehensack*, Die Ablehnung von Sachverständigen und das Ablehnungsverfahren, Zak 2006, 285 (286).
- ⁴⁶ OGH 26. 5. 2010, 7 Ob 81/10b (7 Ob 97/10f), iFamZ 2010/189 (*Fucik*).
- ⁴⁷ RIS-Justiz RS0040667; OGH 26. 5. 2010, 7 Ob 81/10b (7 Ob 97/10f).
- ⁴⁸ OGH 17. 3. 2010, 7 Ob 252/09y, Zak 2010/345.
- ⁴⁹ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², §§ 355, 356 ZPO Rz 9; *Ziehensack*, Zak 2006, 287; ausführlich zur Ablehnung *Rüffler*, Sachverständige, 108 ff.
- ⁵⁰ *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³, §§ 355, 356 Rz 6 mwN; zuletzt OGH 20. 10. 2011, 2 Ob 184/11i, SV 2012/2, 96.
- ⁵¹ *Krammer*, Allgemeine Pflicht zur Erstattung von Gerichtsgutachten für alle Fachleute? SV 1995/4, 45 (46).
- ⁵² *Krammer*, SV 1995/4, 46; insofern geht die Entscheidung des OLG Wien 23. 6. 1995, 17 R 128/95, zusammengefasst in SV 1995/4, 44, zu weit, wenn sie eine generelle Pflicht zur Begutachtung durch einen nicht in die Sachverständigenliste eingetragenen Fachmann annimmt.
- ⁵³ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 353 ZPO Rz 6 f.
- ⁵⁴ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², §§ 355, 356 ZPO Rz 10; *Jelinek*, Sachverständige, 64; *Rüffler*, Sachverständige, 147.
- ⁵⁵ OGH 22. 10. 2002, 10 ObS 316/02x.
- ⁵⁶ OLG Wien 30. 1. 2002, 12 R 2/02f.
- ⁵⁷ *Fasching*, Lehrbuch², Rz 1000.
- ⁵⁸ Zivilverfahrens-Novelle 2002, BGBl I 2002/76.
- ⁵⁹ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 357 ZPO Rz 1.
- ⁶⁰ ErlRV 962 BlgNR 21. GP, 36 f.
- ⁶¹ So wohl auch der Grundgedanke des Gesetzgebers; vgl dazu ErlRV 962 BlgNR 21. GP, 36 f.
- ⁶² *Höllwerth*, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002? ÖJZ 2004, 251 (253).
- ⁶³ *Höllwerth* (ÖJZ 2004, 254) schlägt bei nicht vorhersehbarer Fristüberschreitung vor, vorerst die Klärung von Detailfragen auszuklammern, dafür einen Subgutachter zu bestellen oder für abgegrenzte Themenbereiche einen weiteren Sachverständigen zu bestellen.
- ⁶⁴ RIS-Justiz RS0124313; OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 180/08x; 22. 3. 2011, 3 Ob 39/11y.
- ⁶⁵ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 359 ZPO Rz 2.
- ⁶⁶ ErlRV 962 BlgNR 21. GP, 37.
- ⁶⁷ *Beran/Klaus/Liebhart/Nigl/Pühringer/Rassi/Roch/Steinhauer*, (Franz) Klein, aber fein (Teil II), RZ 2003, 2 (7); *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 256.
- ⁶⁸ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 359 ZPO Rz 4.
- ⁶⁹ *Klicka*, Die österreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung, ZZPInt 2002, 179 (190); so auch *Rassi*, Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 2008, 165 (195 f).
- ⁷⁰ So auch *G. Kodek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 305 ZPO Rz 17 zur Verweigerung der Vorlage von Urkunden.
- ⁷¹ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 359 ZPO Rz 5; *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 259.
- ⁷² ErlRV 962 BlgNR 21. GP, 37.
- ⁷³ *Klicka*, ZZPInt 2002, 190; ebenso kritisch *Höllwerth*, ÖJZ 2004, 258 f.
- ⁷⁴ Vgl dazu auch *Beran* ua, RZ 2003, 8.
- ⁷⁵ *Beran* ua, RZ 2003, 7; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 359 ZPO Rz 5.
- ⁷⁶ *Fasching*, Lehrbuch², Rz 1005; *derselbe*, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozeß, in FS Matscher (1993) 97 (104 und 110); *Jelinek*, Sachverständige, 70; *Deixler-Hübner*, RZ 1992, 253.
- ⁷⁷ *Fasching*, Ermittlung, 106.
- ⁷⁸ Ebenso *Jelinek*, Sachverständige, 70; *Fasching*, Ermittlung, 105.
- ⁷⁹ OGH 29. 3. 2006, 3 Ob 27/06a.
- ⁸⁰ Grundlegend OGH 15. 4. 1971, 1 Ob 85/71, SZ 44/44 = EvBl 1972/26 = RZ 1971, 160; *Jelinek*, Sachverständige, 68; *Rüffler*, Sachverständige, 191; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³, § 357 Rz 5; anderer Ansicht *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen III¹ (1966) 491.
- ⁸¹ OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 180/08x.
- ⁸² OGH 20. 8. 2008, 9 Ob 47/08i.
- ⁸³ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 357 Rz 4; vgl zur nicht einheitlichen Judikatur und Kritik daran *Rüffler*, Sachverständige, 193 ff; *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozeßrechts, ÖJZ 1993, 10 (13 f).
- ⁸⁴ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 357 ZPO Rz 6.
- ⁸⁵ Vgl hierzu auch *Krammer*, „Allmacht“, 30; *Rüffler*, Sachverständige, 207.
- ⁸⁶ *Rüffler* (Sachverständige, 208 und 211) lehnt die Zulässigkeit der Heranziehung eines Privatgutachtens als Beweismittel überhaupt ab und meint, dass dieses von den Parteien nur als Bestandteil des Vorbringens in den Prozess eingebracht werden könne; zur Übersicht über den Meinungsstand der Kommentatoren vgl ebenda.
- ⁸⁷ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12; zu § 350 ZPO siehe auch *Rüffler*, Sachverständige, 208; *Lackner*, Die prozessuale Relevanz außerprozessualer Sachverständigen Gutachten, ÖJZ 1983, 518 (519).
- ⁸⁸ OGH 12. 4. 2011, 17 Ob 21/10b.
- ⁸⁹ Siehe dazu nur *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², §§ 266, 267 Rz 6 ff.
- ⁹⁰ Vgl schon *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12.
- ⁹¹ RIS-Justiz RS0040592.
- ⁹² RIS-Justiz RS0040363; zuletzt OGH 29. 9. 2011, 8 Ob 75/11d, Zak 2011/756.
- ⁹³ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze², § 351 ZPO 13.
- ⁹⁴ *Krammer*, „Allmacht“, 29.
- ⁹⁵ Im Detail siehe *Dolinar*, Sachverständigenbeweis, 123 ff; zu den guten Erfahrungen im internationalen Schiedsrecht mit vergleichbaren *expert conferences* vgl *Aschauer*, Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht, SV 2007/2, 67 (73).