

---

# Entscheidungen und Erkenntnisse

bearbeitet von Dr. Harald Kramer, Präsident des Oberlandesgerichtes Wien i.R.

---

## § 4 Abs 3 Satz 2 und § 6 Abs 2 letzter Satz SDG europarechtswidrig (?)

1. Die Beauftragung eines gerichtssachverständigen Übersetzers ist eine Dienstleistung im Sinne von Art 50 EG (heute: Art 57 AEUV).
2. Tätigkeiten der Gerichtssachverständigen auf dem Gebiet der Übersetzung sind keine Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art 45 Abs 1 EG, heute: Art 51 Abs 1 AEUV).
3. Eine nationale Regelung, wonach die Eintragung in eine Liste gerichtssachverständiger Übersetzer von Qualifikationsvoraussetzungen abhängt, ohne dass die Betroffenen von der Begründung der ihnen gegenüber ergangenen Entscheidung Kenntnis nehmen können und ohne dass gegen diese Entscheidung ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf gegeben ist, der es ermöglicht, deren Rechtmäßigkeit insbesondere im Hinblick auf die Beachtung des aus dem Unionsrecht folgenden Erfordernisses zu überprüfen, dass die in anderen Mitgliedstaaten erworbene und anerkannte Qualifikation der Betroffenen angemessen berücksichtigt wurde, widerspricht Art 49 EG (heute: Art 56 AEUV).
4. Qualifikationsvoraussetzungen des nationalen Rechts, die Eintragungswerber in die Landesliste der Gerichtssachverständigen nicht nachweisen können, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, widersprechen Art 49 EG (heute Art 56 AEUV), wenn nicht die von dieser Person in dem anderen Mitgliedstaat erworbene und anerkannte Qualifikation angemessen bei der Eintragungsentcheidung berücksichtigt wird.
5. Die Aufträge, die von in einer Landesliste eingetragenen Sachverständigen erledigt werden, fallen nicht unter den Begriff „reglementierter Beruf“ im Sinne von Art 3 Abs 1 Buchst a der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 9. 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

**EuGH vom 17. März 2011, verb Rs C-372/09 und C-373/09, Josep Peñarroja Fa (Frankreich)**

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

1. Ein Auftrag, mit dem ein Fachkundiger in seiner Eigenschaft als gerichtssachverständiger Übersetzer einzel-fallbezogen von einem Gericht im Rahmen eines diesem

unterbreiteten Rechtsstreits betraut wird, stellt eine Dienstleistung im Sinne von Art 50 EG dar, dem heute Art 57 AEUV entspricht.

2. Die Tätigkeiten der Gerichtssachverständigen auf dem Gebiet der Übersetzung wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden sind keine Tätigkeiten im Sinne von Art 45 Abs 1 EG, dem heute Art 51 Abs 1 AEUV entspricht, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

3. Art 49 EG, dem heute Art 56 AEUV entspricht, steht einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegen, wonach die Eintragung in eine Liste gerichtssachverständiger Übersetzer von Qualifikationsvoraussetzungen abhängt, ohne dass die Betroffenen von der Begründung der ihnen gegenüber ergangenen Entscheidung Kenntnis nehmen können und ohne dass gegen diese Entscheidung ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf gegeben ist, der es ermöglicht, deren Rechtmäßigkeit insbesondere im Hinblick auf die Beachtung des aus dem Unionsrecht folgenden Erfordernisses zu überprüfen, dass die in anderen Mitgliedstaaten erworbene und anerkannte Qualifikation der Betroffenen angemessen berücksichtigt wurde.

4. Art 49 EG, dem heute Art 56 AEUV entspricht, steht einem Erfordernis wie dem in Art 2 des Gesetzes Nr 71-498 vom 29. 6. 1971 über die Gerichtssachverständigen in der durch das Gesetz Nr 2004-130 vom 11. 2. 2004 geänderten Fassung, wonach nicht als Übersetzer in die Landesliste der Gerichtssachverständigen aufgenommen werden kann, wer nicht nachweist, dass er in einer von einer Cour d'appel geführten Gerichtssachverständigenliste während dreier aufeinanderfolgender Jahre eingetragen war, entgegen, wenn sich herausstellt, dass ein derartiges Erfordernis bei der Prüfung des Antrags einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Person, die eine derartige Eintragung nicht nachweisen kann, verhindert, dass die von dieser Person erworbene und in diesem anderen Mitgliedstaat anerkannte Qualifikation angemessen bei der Feststellung berücksichtigt wird, ob und in welchem Umfang sie der Sachkunde gleichkommen kann, die normalerweise von einer Person erwartet wird, die während dreier aufeinanderfolgender Jahre in einer von einer Cour d'appel geführten Gerichtssachverständigenliste eingetragen gewesen ist.

5. Die Aufträge der gerichtssachverständigen Übersetzer, die von Sachverständigen erledigt werden, die in einer Liste wie der bei der Cour de cassation geführten Landeslis-

te der Gerichtssachverständigen eingetragen sind, fallen nicht unter den Begriff „reglementierter Beruf“ im Sinne von Art 3 Abs 1 Buchst a der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 9. 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

### Anmerkung:

Die hier nur in einem kurzen Auszug wiedergegebene **Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)** in Luxemburg behandelt zwar zwei **Rechtsfälle aus Frankreich**, sie ist aber auch für Österreich von großer Bedeutung, weil in der Europäischen Union auch Urteile des EuGH für die anderen Mitgliedsländer eine **maßgebliche Rechtsquelle des Europarechts** sind. Die Entscheidung betrifft einen **Übersetzer**, doch werden diese in Frankreich in die **Landesliste der Gerichtssachverständigen** aufgenommen, wobei bestimmte Qualifikationsvoraussetzungen erfüllt sein müssen. Eine **weitgehende Vergleichbarkeit mit dem österreichischen Eintragungs- und gerichtlichen Zertifizierungsverfahren für Sachverständige und Dolmetscher** ist meines Erachtens nach gegeben.

Die vom EuGH beurteilten Rechtsfälle betreffen einen Konflikt, der seine Ursache in **unterschiedlichen Qualifikationsvoraussetzungen** für Gerichtssachverständige (Gerichtsdolmetscher) **in verschiedenen Mitgliedstaaten** der Europäischen Union (Frankreich, Spanien) hat, die von dem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Eintragungswerber nicht oder nur schwer erbracht werden können (hier: bestimmte dreijährige Vorpraxis im Eintragungsmittgliedstaat).

Über diese Besonderheiten des vorliegenden Falles hinaus hat aber der **EuGH festgehalten**, dass es **dem Unionsrecht** (Art 49 EG, heute: Art 56 AEUV) **widerspricht**, wenn der **Betroffene nicht von der Begründung** der ihm gegenüber ergangenen – offensichtlich negativen – Entscheidung **Kenntnis nehmen kann**, ihm also – nach der österreichischen Rechtsterminologie – **kein begründeter Bescheid** zugestellt wird, und ihm gegen diese Entscheidung **kein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf**, also – nach derzeitigem österreichischen Rechtsverständnis – kein Rechtszug an einen unabhängigen Verwaltungssenat oder ein Verwaltungsgericht oder den Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof zusteht. Europarechtlich geht es – selbstverständlich für den EuGH – um die Frage, ob die in einem anderen Mitgliedstaat erworbene und anerkannte Qualifikation des Eintragungswerbers angemessen berücksichtigt wurde.

**Durch diese Erkenntnis des EuGH** stehen nun **zwei Sätze des SDG, nämlich § 4 Abs 3 Satz 2** („Der Bewerber hat keinen Anspruch auf Eintragung.“) **und § 6 Abs 2 letzter Satz** („Auf Verlängerung des Eintrags besteht kein Anspruch.“) auf dem **Prüfstand des Europarechts**.

**Schon Kramer/Schmidt (SDG – GebAG<sup>3</sup>, § 4 SDG Anm 17 und § 6 SDG Anm 7)** haben sich bei der ausführlichen Kommentierung dieser Bestimmungen unter vielfältiger Zitierung von verwaltungsrechtlicher Literatur **recht schwergetan**, die negative Entscheidung über einen Eintragungs-

*antrag mit einem formlosen Schreiben und nicht mit einem begründeten Bescheid mit dem österreichischen Verwaltungsverfahrenrecht in Einklang zu bringen.*

Die hier referierte **Entscheidung des EuGH vom 17. 3. 2011** sollte nun **willkommener Anlass** sein, **diese Schwachstellen** des sonst für die Staaten der Europäischen Union vorbildlichen österreichischen Eintragungs- und gerichtlichen Zertifizierungssystems für Gerichtssachverständige und Gerichtsdolmetscher **zu reparieren**.

**Harald Kramer**

## Privatgutachten im Zivilprozess (§§ 351 ff ZPO)

1. Die Nichtverwertung vorliegender Beweismittel (Studien) oder die Nichtaufnahme eines beantragten Zeugenbeweises (Studienverfasser) zur Frage der Bekanntheit von Marken ist ein primärer Verfahrensmangel, den das Berufungsgericht durch Verwertung der angebotenen Beweise selbst ergänzt hat (§ 496 Abs 3 ZPO). Ein dabei unterlaufener Verfahrensmangel kann nach § 503 Z 2 ZPO mit Revision geltend gemacht werden. Hingegen wäre die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht reversibel. Damit ist entscheidend, ob das Berufungsgericht die strittigen Feststellungen über die Bekanntheit der Marken allein aufgrund der von der Klägerin vorgelegten deskriptischen Untersuchung treffen durfte. Wenn ja, ist es eine nicht reversible Frage der Beweiswürdigung, wenn nein, liegt ein im Revisionsverfahren wahrzunehmender Verfahrensmangel vor.
2. Ist der Bekanntheitsgrad einer Marke nach Auffassung der Tatsacheninstanzen nicht offenkundig (§ 269 ZPO) oder konnte er nicht in anderer Weise erwiesen werden, so sind im Zivilprozess die Regeln über den Sachverständigenbeweis (§§ 351 ff ZPO) anzuwenden. Denn nach § 351 ZPO hat das Gericht einen oder mehrerer Sachverständige zu bestellen, wenn diese Beweisaufnahme „notwendig“ wird, somit wenn das Gericht nicht über die zur Beurteilung eines Gegenstandes erforderlichen „fachmännischen Kenntnisse“ (§ 364 ZPO) verfügt. Die Durchführung einer Verbraucherbefragung erfordert zweifellos fachliche Kenntnisse, insbesondere auf dem Gebiet der Statistik; diese Kenntnisse werden dem Gericht im Regelfall fehlen.
3. Ein im Sinne der §§ 351 ff ZPO „notwendiges“ Gutachten kann nicht durch ein Privatgutachten ersetzt werden. Denn Privatgutachten sind nicht mehr als Urkunden, die die Meinung ihres Verfassers wiedergeben, wobei dieser Verfasser nicht den Pflichten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen unterliegt. Nach der Rechtsprechung sind sie daher