

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 deskopischen 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

nicht geeignet, in einer Sachverständigenfrage für sich allein die Entscheidung zu stützen.

4. Für die Beurteilung einer besondere Fachkunde erfordernden Tatsachenfrage ordnet die ZPO eine bestimmte Vorgangsweise an: Entweder ist ein Sachverständiger zu bestellen oder das Gericht verwertet mit Zustimmung der Parteien seine eigene Fachkunde (§ 364 ZPO). Diese Regelung des § 364 ZPO wäre nicht erforderlich, wenn der Beweis daneben auch durch bloße Privatgutachten möglich wäre. Anders als im Sicherungsverfahren, wo bloße Bescheinigung genügt, hat es im Zivilprozess dabei zu bleiben, dass Feststellungen in einer Sachverständigenfrage nicht allein aufgrund von Privatgutachten getroffen werden können.
5. Nach der Literatur kann ein Privatgutachten unter gewissen Umständen als „urkundlich belegtes Sachvorbringen“ verwertet werden. Das kann aber nur dann gelten, wenn dieses Sachvorbringen wegen einer Außerstreitstellung für wahr zu halten ist, wofür nach § 267 ZPO in Ausnahmefällen auch das Fehlen einer substantiierten Bestreitung genügen kann.
6. Erhebt der Prozessgegner aber substantiierte Einwände, so wäre es eine Umgehung der Regeln über den Sachverständigenbeweis, wenn das Gericht das Privatgutachten dennoch seiner Entscheidung zugrunde legte. Dadurch würde in einer Sachverständigenfrage die Richtigkeit von urkundlich belegtem Sachvorbringen in Wahrheit aufgrund eigener richterlicher Fachkunde bejaht, ohne dass die Voraussetzungen des § 364 ZPO vorliegen. Das Gericht durfte daher das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten nicht ohne Zustimmung der Beklagten verwerten.

### OGH vom 12. April 2011, 17 Ob 21/10b

Die Parteien erzeugen und vertreiben Tabakwaren. Sie streiten über die Frage, ob der bevorstehende Marktauftritt der Beklagten in Markenrechte der Klägerin eingreift.

Die Klägerin ist Inhaberin zweier für Tabakwaren registrierter Wortmarken „EVE“ mit Priorität vom 19. 10. 1989 (IR 544.259 und CTM 64113) und der ebenfalls für Tabakwaren registrierten Wortbildmarke „EVE >120<“ mit Priorität vom 7. 11. 1989 (IR 551.868).

Die Zigarettenpackungen der Klägerin sind nach dem Muster dieser Wortbildmarke gestaltet. Sie sind seit längerer Zeit auch auf dem österreichischen Markt.

Die Beklagte ist Inhaberin der Wortbildmarke „Slims eva“ mit Priorität vom 5. 2. 2007 (AT 237.611).

Die Beklagte vertreibt im Ausland Zigaretten in entsprechend gestalteten Verpackungen, der Vertrieb in Österreich steht unmittelbar bevor. Die Zigaretten beider Parteien haben einen geringeren Durchmesser als üblich, wofür sich die Bezeichnung „Slims“ eingebürgert hat.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verpflichten, den Vertrieb und/oder Verkauf von Zigaretten unter dem Zeichen „eva“, insbesondere in der derzeit im Ausland verwendeten Verpackung, wodurch in die internationale Wortmarke Nr 544.259 „EVE“, in die Gemeinschaftswortmarke Nr 64113 „EVE“ und in die internationale Wortbildmarke Nr 551.868, jeweils der Klägerin, eingegriffen wird, zu unterlassen.

Weiters begehrt sie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in zwei Fachzeitschriften. Der unmittelbar bevorstehende Vertrieb durch die Beklagte verletze ihre älteren Markenrechte. „EVE“ und „EVA“ stimmten als Frauennamen im Wortsinn überein; zudem verwende die Beklagte ebenso wie die Klägerin Blumenmotive. Die Marken der Klägerin seien in Österreich bekannt. Daher bestehe Verwechslungsgefahr, zudem nutze die Beklagte die Bekanntheit und den guten Ruf der älteren Marken aus.

Die Beklagte wendet ein, „EVE“ sei ein (originär) schwaches Zeichen, weswegen schon die Abweichungen in der graphischen Gestaltung, im Wortbild und im Wortklang Verwechslungsgefahr ausschließen. Erhöhte Bekanntheit liege nicht vor.

Im Sicherungsverfahren wiesen die Vorinstanzen den Sicherungsantrag ab, weil keine Verwechslungsgefahr bestehe. Erhöhte Bekanntheit der Marken der Klägerin nahmen sie (erkennbar) nicht an. Der Senat wies einen außerordentlichen Revisionsrekurs der Klägerin zurück (17 Ob 13/08y).

Im Hauptverfahren legte die Klägerin zwei demoskopische Untersuchungen zur Bekanntheit ihrer Marke in Österreich vor, gegen deren methodische Richtigkeit die Beklagte detaillierte Einwendungen erhob. Die Klägerin beantragte daraufhin, den Verfasser einer dieser Studien als Zeugen zu vernehmen, und zwar auch zum Beweis dafür, dass beide lege artis erstellt worden seien.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung führte es aus, erhöhte Bekanntheit der Marken der Klägerin sei nicht erwiesen. Privatgutachten oder Vernehmungen seien insofern keine tauglichen Beweismittel. Zudem stießen sie „zwangsläufig“ auf jene Bedenken, die hier die Beklagte eingewendet habe (fehlende Repräsentativität, methodische Mängel). Die Verwechslungsgefahr sei im Rahmen der rechtlichen Beurteilung abstrakt zu prüfen. Im konkreten Fall bestehe sie aus näher dargestellten Gründen nicht.

Das Berufungsgericht gab dem Unterlassungsbegehren zur Gänze und dem Antrag auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung teilweise statt; das Veröffentlichungsmehrbegehren wies es ab. Weiters sprach es aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 30.000,- übersteige und die ordentliche Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig sei.

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr sei unter anderem der Bekanntheitsgrad der Marke maßgebend. Das Ersturteil enthalte dazu keine Feststellungen, was

einen sekundären Feststellungsmangel begründe. Die Vorlage einer demoskopischen Untersuchung sei insofern ein taugliches Beweismittel. Daher könnten aufgrund einer der beiden von der Klägerin vorgelegten Untersuchungen entsprechende Feststellungen getroffen werden. Gegen die methodische Richtigkeit dieser Untersuchung bestünden aus näher dargestellten Gründen keine Bedenken. Insbesondere sei sie von „einem renommierten Marktforschungsinstitut“ durchgeführt worden, weswegen ihr ohne gegenteilige Beweisergebnisse zur Frage der methodischen Richtigkeit „nicht so ohne Weiteres“ mangelnde Aussagekraft unterstellt werden könne. Die Beklagte habe zur Widerlegung der Aussagekraft weder ein eigenes Gutachten vorgelegt noch ein solches beantragt. Aufgrund der Ergebnisse der Umfrage sei erwiesen, dass die Wortmarke „EVE“ im angesprochenen Verkehrskreis eine bekannte Marke sei. Daher genüge schon eine geringere Übereinstimmung in den Zeichen zur Bejahung der Verwechslungsgefahr. Zwar unterschieden sich Wortklang und Wortbild. Die angesprochenen Kreise verstünden aber den Wortbestandteil der Marke der Beklagten „e a“ wegen des dazwischen abgebildeten Herzens als den weiblichen Vornamen „Eva“ und das Zeichen „EVE“ als englische Form dieses Vornamens. Damit stimme der Wortsinn der Zeichen überein. Der Wortbestandteil „Eva“ („E♥a“) sei in der Wortbildmarke der Beklagten prägend. Da die Wortmarke der Klägerin bekannt sei und Warenidentität bestehe, sei die Verwechslungsgefahr zu bejahen, obwohl die Wortmarke der Klägerin nicht unverändert in die Wortbildmarke der Beklagten übernommen worden sei und auch die sonstige grafische Gestaltung erhebliche Unterschiede aufweise.

In ihrer außerordentlichen Revision macht die Beklagte unter anderem geltend, dass das Berufungsgericht ohne Durchführung einer Berufungsverhandlung ein Privatgutachten verwertet habe, das vom Erstgericht zutreffend als absolut untaugliches Beweismittel bezeichnet worden sei. Darin liege ein Mangel des Berufungsverfahrens.

Die Revision ist aus dem von der Beklagten aufgezeigten Grund zulässig und im Sinn des Aufhebungsantrags berechtigt.

1. Ob Verwechslungsgefahr besteht, ist nach einem unionsweit einheitlichen Maßstab unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Maßgebende Faktoren sind dabei die Identität oder der Ähnlichkeitsgrad der miteinander in Konflikt stehenden Zeichen, die Identität oder der Ähnlichkeitsgrad der jeweils erfassten Waren oder Dienstleistungen und die *Bekanntheit der Marke, in die angeblich eingegriffen wird* (EuGH Rs C-39/97, *Canon*, Slg 1998 I-05507; 4 Ob 124/06y = ÖBl 2007, 210 [*Gamerith*] – Hotel Harmonie mwN; RIS-Justiz RS0121482; zuletzt etwa 17 Ob 20/08b = ÖBl 2009, 180 [*Schnider/Kresbach*] – BOTOX). Das Rekursgericht hat daher zutreffend angenommen, dass die Behauptung der Klägerin, ihre Marken seien in Österreich bekannt, (auch) für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr relevant ist.

2. Das Erstgericht hat zur Bekanntheit der Marken der Klägerin im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung eine Negativfeststellung getroffen. Daher lag kein sekundärer Feststellungsmangel vor – auch die Feststellung, dass etwas nicht festgestellt werden kann, ist eine Tatsachenfeststellung (RIS-Justiz RS0043248) –, sondern allenfalls ein primärer Verfahrensmangel wegen Nichtverwertung vorliegender Beweismittel (Studien) oder Nichtaufnahme eines beantragten Zeugenbeweises (Studienverfasser). Das Berufungsgericht hat das Vorliegen eines solchen Mangels in der Sache bejaht und das Verfahren durch Verwertung eines der angebotenen Beweise selbst ergänzt (§ 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 revisibel (RIS-Justiz RS0043371), und zwar auch dann nicht, wenn das Berufungsgericht aufgrund einer Wiederholung – oder gegebenenfalls Ergänzung – des Beweisverfahrens eigene Feststellungen trifft (2 Ob 262/06b mwN; RIS-Justiz RS0123663). Damit ist von entscheidender Bedeutung, ob das Berufungsgericht die strittigen Feststellungen (allein) aufgrund der von der Klägerin vorgelegten demoskopischen Untersuchung treffen durfte. Wenn ja, ist die Richtigkeit dieser Feststellungen als Frage der Beweiswürdigung der Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof entzogen; wenn nein, liegt ein im Revisionsverfahren wahrzunehmender Verfahrensmangel vor.

3. Die Vorgangsweise des Berufungsgerichts war nicht mit den §§ 351 ff ZPO vereinbar.

3.1. Die Bekanntheit einer Marke, die in unterschiedlicher Weise auch für das Vorliegen einer durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft iSv § 4 Abs 2 MSchG und den Schutz nach § 10 Abs 2 MSchG relevant ist, kann offenkundig sein (§ 269 ZPO), sie kann sich aus Indizien ergeben (Dauer und Umfang der Benutzung, Marktanteil, Werbeaufwand etc), sie kann aber auch durch Umfragen ermittelt werden (*Ingerl/Rohnke*, Markengesetz<sup>3</sup> [2010] § 14 Rz 1343 ff mwN; vgl zur Feststellung der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft EuGH verb Rs C-108/97 und C-109/97, *Windsurfing Chiemsee*, Slg 1999, I-2779, Rz 51 ff, und 4 Ob 38/06a = ÖBl 2007, 22 [*Gamerith*] – Shopping City).

3.2. Ist eine solche Umfrage nach Auffassung der Tatsacheninstanzen erforderlich, weil der Bekanntheitsgrad einer Marke nicht offenkundig ist oder auf andere Weise erwiesen werden konnte, so sind im Zivilprozess die Regeln über den Sachverständigenbeweis anzuwenden. Denn nach § 351 ZPO hat das Gericht einen oder mehrere Sachverständige zu bestellen, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige „notwendig“ wird. Das ist immer dann der Fall, wenn das Gericht nicht über die zur Beurteilung eines Gegenstands erforderlichen „fachmännischen Kenntnisse“ (§ 364 ZPO) verfügt (*Rechberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, § 351 ZPO Rz 1). Die Durchführung einer Verbraucherbefragung erfordert zweifellos fachliche Kenntnisse, insbesondere auf dem Gebiet der Statistik; diese Kenntnisse werden dem Gericht im Regelfall fehlen.

3.3. Ein iSd §§ 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. Sie sind daher nach der Rechtsprechung nicht geeignet, in einer Sachverständigenfrage „für sich allein die Entscheidung zu stützen“ (7 Ob 49/70 = JBl 1971, 144, RIS-Justiz RS0040363 für den Zivilprozess; 4 Ob 577/74 = EvBl 1975/80, RIS-Justiz RS0006282 für das Außerstreitverfahren; OLG Wien 16 R 209/86 = EvBl 1987/83; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup>, Vor § 351 Rz 8; *ders* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor § 351 ZPO Rz 12; weitere Nachweise bei *Rüffler*, Der Sachverständige im Zivilprozess [1995] 196 ff; ebenso bei vergleichbarer Rechtslage die deutsche Rechtsprechung: BGH III ZR 233/84 = BGHZ 98, 32; VIII ZR 62/92 = NJW-RR 1994, 255; *Zimmermann* in *MünchKomm ZPO*<sup>3</sup>, § 402 Rz 9 mwN).

Zwar betreffen die meisten Entscheidungen, die diesen Rechtssatz enthalten, andere Fallgestaltungen, nämlich den inhaltlichen Widerspruch zwischen einem gerichtlichen und einem Privatgutachten (zB 7 Ob 144/73; 3 Ob 224/74; 1 Ob 606/78) oder die Eignung eines Privatgutachtens zur Begründung einer Wiederaufnahmeklage (7 Ob 49/70; 1 Ob 128/02h). In 6 Ob 721/81 ging es allerdings tatsächlich um die Verwertung einer als Privatgutachten zu qualifizierenden Urkunde: Der gerichtliche Sachverständige hatte im erstinstanzlichen Verfahren aufgrund einer Blutgruppenanalyse einen Verstorbenen als Vater des Klägers ausgeschlossen. Die dafür erforderliche Blutprobe hatte ein Arzt einen Tag nach Eintritt des Todes abgenommen. In der Berufung hatte der Kläger ausgeführt, dass diese Vorgangsweise eine sichere Beurteilung ausschließe. Das Berufungsgericht hatte zu dieser Frage (nur) eine Stellungnahme jenes Arztes eingeholt, der das Blut abgenommen hatte, und auf dieser Grundlage die Entscheidung des Erstgerichts bestätigt. Der Oberste Gerichtshof sah darin einen Mangel des Berufungsverfahrens, weil der Arzt (als sachverständiger Zeuge iSv § 350 ZPO) nur über die Umstände der Blutabnahme zu vernehmen gewesen wäre, während die Frage, ob das so gewonnene Blut für eine Blutgruppenbestimmung geeignet war, ausschließlich vom gerichtlich bestellten Sachverständigen zu beurteilen sei. Die Vorgangsweise des Berufungsgerichts, die „schriftliche Äußerung eines Zeugen zu einer Sachverständigenfrage“ seiner Entscheidung zugrunde zu legen, würde auch in einem Verfahren, das nicht dem Untersuchungsgrundsatz unterliege, „einen erheblichen Verfahrensmangel“ bilden.

Gründe für ein Abgehen von dieser Rechtsprechung sind nicht ersichtlich. Erfordert die Beurteilung einer Sachfrage besondere Fachkunde, so ordnet die ZPO eine bestimmte Vorgangsweise an: Entweder ist ein Sachverständiger zu bestellen, oder das Gericht verwertet mit Zustimmung der Parteien seine eigene Fachkunde. Diese Regelungen wären nicht erforderlich, wenn der Beweis daneben auch durch bloße Privatgutachten möglich wäre. Anders als im Sicherungsverfahren, wo bloße Bescheini-

gung genügt, hat es daher im Zivilprozess dabei zu bleiben, dass Feststellungen in einer Sachverständigenfrage nicht allein aufgrund von Privatgutachten getroffen werden können.

3.4. In der Literatur wird zwar – wie Deutschland (BGH III ZR 233/84 = BGHZ 98, 32; VIII ZR 62/92 = NJW-RR 1994, 255) – die Auffassung vertreten, ein Privatgutachten könne unter gewissen Umständen als „urkundlich belegtes Sachvorbringen“ verwertet werden (*Deixler-Hübner*, Fortschreitender Einsatz von Sachverständigen. Notwendigkeit oder Gefahr? RZ 1992, 251 [253]; *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozess, in *Aicher/Funk* [Hrsg], Der Sachverständige im Wirtschaftsleben [1990] 45 [55]; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, Vor § 351 ZPO Rz 12; kritisch *Rüffler*, aaO, 206 ff). Das kann aber nur dann gelten, wenn dieses Sachvorbringen wegen einer Außerstreitstellung für wahr zu halten ist, wofür nach § 267 ZPO in Ausnahmefällen auch das Fehlen einer substantiierten Bestreitung genügen kann (RIS-Justiz RS0039927; zuletzt 17 Ob 1/11p mwN). Erhebt der Gegner aber – wie hier – substantiierte Einwände, so wäre es eine Umgehung der Regeln über den Sachverständigenbeweis, wenn das Gericht das Privatgutachten dennoch seiner Entscheidung zugrunde legte. Denn im Ergebnis würde es damit in einer Sachverständigenfrage die Richtigkeit von – wenn gleich „urkundlich belegtem“ – Sachvorbringen aufgrund eigener Fachkunde bejahen (vgl *Rüffler*, aaO, 209). Das stünde im Widerspruch zu § 364 ZPO.

4. Aus diesem Grund durfte das Berufungsgericht das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten nicht ohne Zustimmung der Beklagten verwerten. Sein Verfahren leidet daher an einem Mangel iSv § 503 Z 2 ZPO. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung in die zweite Instanz. Auf die Frage, ob wegen der Beweisergänzung eine Berufungsverhandlung erforderlich gewesen wäre, kommt es daher nicht an.

Soweit das Berufungsgericht weiterhin der Auffassung sein sollte, dass die unterbliebene Verwertung bzw Aufnahme der in erster Instanz beantragten Beweise einen Verfahrensmangel bildet (etwa wegen unterbliebener Erörterung von deren Untauglichkeit zur Beantwortung einer dem Sachverständigenbereich zuzuordnenden Frage), käme jedenfalls eine Beweisergänzung durch Verwertung eines Privatgutachtens – außer bei einer nachträglich erteilten Zustimmung der Beklagten – nicht in Betracht.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 ZPO.

**Anmerkung:**

*Die vorstehend abgedruckte Entscheidung des OGH über die Stellung eines Privatgutachtens in einem Zivilprozess, über die im „Rechtspanorama“ der Tageszeitung „Die Presse“ vom 1. 8. 2011 berichtet wurde, ist bei den Gerichtsachverständigen auf großes Interesse gestoßen und hat auch bereits eine Diskussion ausgelöst (vgl den Beitrag des emeritierten Rechtsanwalts und Sachverständigen Dr. Friedrich Knöbl im „Rechtspanorama“ vom 22. 8. 2011).*

Den Ausführungen des OGH ist **im Ergebnis zuzustimmen**, wenngleich die **Begründung der Entscheidung** durch den bloßen Hinweis auf die §§ 351 und 364 ZPO **sehr formal und positivistisch** und daher wenig überzeugend ausfällt. Dies gilt vor allem für den **aus § 364 ZPO gezogenen Schluss**, dass die Feststellung besondere Fachkunde erfordernder Tatsachen nur mit Hilfe des gerichtlichen Sachverständigenbeweises oder durch die eigene Fachkunde der Richter zulässig sei. Durch diese Argumentation entsteht möglicherweise der Eindruck, dass im österreichischen Zivilprozess  **feste Beweisregeln** gelten, und nicht der **Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 272 ZPO)**, nach dem als Beweismittel alles in Betracht kommt, was zur Aufklärung des Sachverhaltes geeignet ist, also auch Privatgutachten (Rechberger in Faching/Konecny, Zivilprozessgesetz<sup>2</sup>, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 12). Die meines Erachtens überaus **problematische Bestimmung des § 364 ZPO** (vgl dazu **meine Kritik** aus Anlass der Neufassung dieser Norm im Beitrag „Aktuelle Fragen zum Gebührenrecht“, **SV 1983/3, 2 ff**) ist für ein **argumentum e contrario** in dem Sinn, dass es nur zwei Wege der Beweisführung gebe, **ungeeignet**.

Für die Beantwortung der Frage, wann und inwieweit ein von einer Partei vorgelegtes Privatgutachten bei der Beweisführung im Zivilprozess herangezogen werden kann, ist eine **inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Wesen, aber auch der Problematik des Privatgutachtens erforderlich**.

Bei den **wichtigen, die Parteirechte sichernden Funktionen des Privatgutachtens**, bei der **Vorbereitung** eines Prozesses, der **Kontrolle** der „Allmacht“ der Gerichtsgutachter im Prozess – nämlich bei der **Gutachtenserörterung**, der **Rechtsmittelvorbereitung** und bei der **Würdigung der Rechtsmittelgründe** durch die Rechtsmittelinstanz – und letztlich bei der **Durchsetzung allfälliger Haftungsansprüche gegen Gerichtsgutachter** ist zwar der **Privatgutachter persönlich** ebenso wie der vom Gericht beauftragte Sachverständige zu **Objektivität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verpflichtet, doch fehlen** beim Privatgutachten **die gesetzlichen Garantien des beiderseitigen Parteiengehörs und die gerichtliche Kontrolle der Gutachtenserstellung** (vgl Krammer, Die „Allmacht“ des Sachverständigen [1990] 30). Deshalb kann das Privatgutachten für sich allein **kein selbständiges Beweismittel** sein, weil sonst **die das Parteiengehör sichernden Verfahrensvorschriften** der ZPO über den Sachverständigenbeweis **umgangen** würden.

Der **wahre Grund** dafür, dass das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten nicht zur Beweisführung für ihren Standpunkt herangezogen werden durfte, war somit meiner Meinung nach **nicht der formale Schluss aus § 364 ZPO**, sondern die sonst **drohende Verletzung der Grundsätze des fair trial im Sinne des Art 6 EMRK**, also des tragenden Grundprinzips unserer Verfahrensnormen, das **insbesondere auch für das Beweisverfahren gilt. Gegen den Widerspruch einer Partei können ohne gerichtliche Kontrolle von einer Partei außerhalb des Prozes-**

**ses erstellte Beweisergebnisse** – mögen sie qualitativ noch so ausgezeichnet erarbeitet sein – **nicht verwertet** werden, weil dadurch **das beiderseitige Parteiengehör verletzt** würde.

Dem **Ergebnis der Entscheidung** ist daher **vorbehaltenlos zuzustimmen**. Für eine **allgemeine Diskussion über den Stellenwert von Privatgutachten** für gerichtliche Verfahren **halte ich dieses Erkenntnis aber nicht geeignet**.

Harald Krammer

## Zur Bedeutung der Eintragung in die Sachverständigenliste für ein bestimmtes Fachgebiet (§ 351 ZPO, § 1 SDG) – zur Beeidigung des Sachverständigen (§ 358 ZPO, § 5 SDG) – Bestellung eines weiteren Sachverständigen (§ 362 Abs 2 ZPO)

1. Die Auswahl des Sachverständigen ist eine Ermessensentscheidung des Gerichts, das dabei nicht an Vorschläge der Parteien gebunden ist, das aber auch nicht verpflichtet ist, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten über ein bestimmtes Thema öffentlich bestellt sind.
2. Der Nichteintragung einer Person für ein bestimmtes Fachgebiet der Sachverständigenliste kommt keine Indizwirkung dahin zu, dass ihr die zur Erfüllung des in dieses Fachgebiet fallenden Gutachtensauftrages erforderliche Befugnis oder Fachkompetenz fehlt.
3. Die Eintragung in die Sachverständigenliste hat vielmehr nur Indizwirkung, dass der Sachverständige gerade auf diesem Gebiet eine besondere Sachkunde aufweist.
4. Die Eidespflicht (§ 358 ZPO) besteht auch bei Beauftragung des Sachverständigen mit einem schriftlichen Gutachten. Ist der Sachverständige allgemein beeidet (§ 5 SDG), so genügt nach § 358 Abs 2 ZPO die Erinnerung und Berufung auf den geleisteten Eid, und zwar auch dann, wenn der Sachverständige für ein anderes Fachgebiet allgemein beeidet ist.