

# Entscheidungen und Erkenntnisse

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

## Recht der Parteien auf mündliche Erörterung eines schriftlichen Gutachtens (§ 357 Abs 2 ZPO) – Verfahrensmangel (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO) – die Erörterung des Sachverständigengutachtens darf nicht vom Erlag eines ergänzenden Kostenvorschusses abhängig gemacht werden (§ 365 iVm § 332 Abs 2 ZPO)

1. Nach § 357 Abs 2 ZPO sind Sachverständige verpflichtet, auf Verlangen über das schriftlich erstattete Gutachten mündliche Aufklärungen zu geben oder dieses bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern. Dadurch werden gewisse Elemente der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit bewahrt.
2. Die Parteien haben ein Recht darauf, vom Sachverständigen Vervollständigungen des schriftlichen Gutachtens zu verlangen und ihm alle Fragen zu stellen, die ihnen zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig erscheinen. Ein solcher Antrag muss nicht die konkreten Fragen anführen, doch muss dem Antrag zu entnehmen sein, welche Aufklärungen und Erläuterungen sich der Antragsteller erwartet.
3. Lädt das Gericht trotz begründeten Parteiantrags den Sachverständigen nicht zur mündlichen Streitverhandlung, so liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, wenn er abstrakt geeignet ist, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO).
4. Dass die Klägerin entgegen dem gerichtlichen Auftrag den Antrag auf Ladung des Sachverständigen nicht binnen 14 Tagen, sondern erst nach 11 Wochen gestellt hat, führt zu keiner Präklusion dieses Beweises. Im Übrigen wurde der Antrag auf Ladung des Sachverständigen fast vier Wochen vor dem Termin der mündlichen Streitverhandlung gestellt.
5. Es ist zwar zweckmäßig, wenn das Gericht von den Parteien für die mündliche Gutachtenserörterung eine Ergänzung der Kostenvorschüsse fordert, jedoch darf es die Anberaumung der Verhandlung zur Beweiserörterung nicht vom Erlag des ergänzenden Vorschusses abhängig machen (§ 365 iVm § 332 Abs 2 ZPO), weil nach § 357 Abs 2 ZPO die mündliche Erörterung eines schriftlich erstatteten Gutachtens ein wesentlicher Teil der Beweisaufnahme beim Sachverständigenbeweis ist.

...

§ 357 Abs 1 ZPO normiert, dass das erkennende Gericht auch die schriftliche Begutachtung anordnen kann. Abs 2 legt lautet: „Wird das Gutachten schriftlich erstattet, so sind die Sachverständigen verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten mündliche Aufklärungen zu geben oder dieses bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern.“

Die Anordnung des § 357 Abs 2 ZPO will dem Sachverständigenbeweis auch im (Regel-)Fall der schriftlichen Begutachtung gewisse Elemente der Mündlichkeit (und – damit verbunden – der Unmittelbarkeit) bewahren (*Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 357 ZPO Rz 4).

Nach Auffassung des OGH sind die Parteien dazu befugt, das „Verlangen“ nach Ladung des Sachverständigen zur Erörterung seines Gutachtens zu stellen. Die Parteien haben ein Recht darauf, vom Sachverständigen Vervollständigungen seines schriftlichen Gutachtens zu verlangen und ihm alle Fragen zu stellen, die ihnen zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig erscheinen (stRSpr; vgl 1 Ob 116/08b; RIS-Justiz RS0040376; SZ 51/134).

Ein derartiger Antrag muss nicht die konkreten Fragen anführen, die an den Sachverständigen gerichtet werden, doch muss dem Antrag schon zur Verhinderung von möglichen Prozessverschleppungen zu entnehmen sein, welche Aufklärungen und Erläuterungen im Sinne des § 357 Abs 2 ZPO sich der Antragsteller erwartet (*Rechberger*, aaO; 6 Ob 345/07h; 9 Ob 47/08i).

Die Verletzung des Rechts der Parteien, die Ladung der Sachverständigen zwecks Gutachtenserläuterung zu beantragen, stellt eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens dar, wenn das Gericht den Sachverständigen trotz gegenteiligen (begründeten) Parteiantrags nicht zur mündlichen Streitverhandlung lädt (*Rechberger*, aaO, Rz 5 mwN). Es muss der Rechtsmittelwerber dartun, welches andere Verfahrensergebnis durch die mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens hätte herbeigeführt werden können, denn nur so kann beurteilt werden, ob es sich um einen wesentlichen Verfahrensmangel handelt, also einen Verfahrensmangel, der abstrakt geeignet ist, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO).

OLG Wien vom 26. Mai 2014, 2 R 90/14s

Diese Wesentlichkeit des Unterlassens der Ladung des Sachverständigen zur Gutachtenserörterung hat die Berufungswerberin ausführlich dargelegt, indem sie argumentierte, dass bei der Erörterung des Gutachtens sämtliche im Akt erliegenden Fotos der gegenständlichen Metalltür einer gutachterlichen Beurteilung unterzogen worden wären, und dies den Sachverständigen zum Schluss hätte kommen lassen, dass die Tür durch Gewalteinwirkung aufgebrochen worden sei.

Der Umstand, dass die Klägerin entgegen dem gerichtlichen Auftrag vom 10. 6. 2013 den Antrag auf Ladung des Sachverständigen in der Verhandlung nicht binnen 14 Tagen, sondern erst nach 11 Wochen stellte, führt zu keiner Präklusion dieses Beweises, da eine solche Präklusionsfolge gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Der Antrag wurde am 19. 9. 2013 gestellt, somit fast vier Wochen vor der mündlichen Streitverhandlung am 14. 10. 2013, sodass die Ladung des Sachverständigen auch keine Prozessverzögerung bedeutet hätte.

Das Erstgericht begründete die unterlassene Ladung des Sachverständigen auch damit, dass der der Klägerin dafür aufgetragene Kostenvorschuss nicht erlegt worden sei, weshalb die Gutachtensergänzung gemäß § 365 iVm § 332 Abs 2 ZPO nicht vorzunehmen sei.

Dem ist Folgendes zu entgegnen:

Nach § 365 ZPO hat das Gericht dem Beweisführer, dem nicht Verfahrenshilfe bewilligt ist, den Erlag eines Kostenvorschusses zur Deckung des mit der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige verbundenen Aufwands innerhalb einer bestimmten Frist aufzutragen, wobei im Falle des Nichterlages § 332 Abs 2 ZPO sinngemäß anzuwenden ist.

Beweisführer ist jene Partei, die den Sachverständigenbeweis beantragt (*Krammer in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 365 ZPO Rz 19). Der Verweis auf § 332 Abs 2 ZPO bewirkt, dass dann, wenn der nach § 365 ZPO aufgetragene Kostenvorschuss nicht rechtzeitig erlegt wird, der Sachverständigenbeweis präkludiert ist. Die Beziehung des Sachverständigen hat dann zu unterbleiben. Die Verhandlung ist jedoch auf Antrag des Gegners ohne Rücksicht auf den ausstehenden Sachverständigenbeweis fortzusetzen (*Krammer, aaO, Rz 32*).

Berücksichtigt man im Anlassfall, dass Beweisführer die Beklagte ist, da sie diesen Beweisantrag stellte, kann die Präklusionswirkung des § 332 Abs 2 ZPO nur sie treffen.

Darüber hinaus kann nach der Rechtsprechung der nach Durchführung des Sachverständigenbeweises einer Partei erteilte Auftrag, den durch den Kostenvorschuss nicht gedeckten Gebührenbetrag bei Gericht zu erlegen, weder auf § 365 ZPO noch auf § 3 GEG gestützt werden. Ein solcher Auftrag entfaltet keine Rechtswirkungen (*Krammer, aaO, Rz 17*).

Ein Auftrag zum Erlag eines ergänzenden oder weiteren Kostenvorschusses ist kein Auftrag im Sinne des § 365 ZPO und unterliegt daher auch nicht den Rechtsmittelbeschränkungen und sonstigen in § 332 Abs 2 ZPO normierten Folgen (*Klauser/Kodek, JN – ZPO*<sup>17</sup>, § 365 ZPO E 18). Die sinngemäße Anwendung des § 332 Abs 2 Satz 1 ZPO kommt ferner naturgemäß auch dann nicht in Betracht, wenn der Kostenvorschuss beiden Parteien aufgetragen wurde (*Rechberger in Rechberger, ZPO*<sup>3</sup>, § 365 Rz 4).

Es ist zwar zweckmäßig, wenn das Gericht von den Parteien für die mündliche Gutachtenserörterung eine Ergänzung der Kostenvorschüsse fordert, jedoch darf es die Anberaumung der Verhandlung zur Beweiserörterung nicht vom Erlag des ergänzenden Vorschusses abhängig machen, da nach § 357 Abs 2 ZPO die mündliche Erörterung eines schriftlich erstatteten Gutachtens ein wesentlicher Teil der Beweisaufnahme beim Sachverständigenbeweis ist (*Krammer, aaO, Rz 17*).

Das bedeutet, dass die Abstandnahme des Erstgerichtes von der Erörterung des Sachverständigengutachtens in der mündlichen Verhandlung mit der Begründung des nicht erlegten Kostenvorschusses sowohl aus der Überlegung unzulässig ist, dass die Klägerin nicht Beweisführerin im Sinne des § 365 ZPO dieses Beweises ist, als auch aus der Überlegung, dass beiden Parteien für die Erörterung ein Kostenvorschuss aufgetragen wurde und schon allein dadurch eine Anwendung des § 332 ZPO gar nicht möglich ist.

Demzufolge wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren die mündliche Gutachtenserörterung noch nachzuholen und die neuerliche Entscheidung unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Gutachtenserörterung zu treffen haben.

...