

# Sieben „Sünden“ des Sachverständigen aus der Sicht des Richters – Praxisbeispiele

## 1. Einleitung

Der Begriff der Sünde ist in seiner biblischen Definition, die ihre Begehung im vollen Bewusstsein und aus freiem Willen sowie in der alleinigen Verantwortung voraussetzt, auf Fehler, die im Zuge der gerichtlichen Sachverständigkeit vorkommen, nicht wörtlich anzuwenden. Auch ist der Richter zwar „Herr des Verfahrens“, aber nicht Gott und seine Interessen sind nicht immer von Selbstlosigkeit getragen. Es soll hier aber nicht der Richter, der in erster Linie sein persönliches Interesse im Auge hat und es als größte Verfehlung des Sachverständigen erblickt, wenn es diesem nicht gelingt, anlässlich der außergerichtlichen Befundaufnahme eine vergleichsweise Einigung zu erzielen, als Maßstab zählen, sondern derjenige, dessen Anliegen sich mit dem der Parteien deckt, nämlich einer möglichst raschen, kostengünstigen und fachlich richtigen Erledigung des Rechtsstreits.

Richter unterscheiden sich vom Weltenherrscher weiters dadurch, dass sie weder allmächtig noch allwissend, sondern selbst fehleranfällig und nicht frei von Sünden sind. Hier darf leider insbesondere *acedia*, die Faulheit, nicht unbeachtet bleiben. Wenn Richter auch selten aus bösem Willen Arbeit, die eigentlich ihnen zukommen würde, auf den Sachverständigen abwälzen, so kommt es – und hier kann ich mich keineswegs ausnehmen – doch immer wieder vor, dass unter Zeit- und Arbeitsdruck und zunehmender Aktendicke beim Gutachtensauftrag der Weg des geringsten Widerstands, insbesondere der Verweis auf ein nicht wirklich kritisch reflektiertes und auf Schlüssigkeit und rechtliche Relevanz geprüftes Vorbringen, gewählt wird. Die Analyse konkreter Fälle wird zeigen, wie sehr die ungenügende Vorbereitung durch die Parteienvertreter einerseits und den Richter andererseits für fehlerhafte oder verspätete Gutachten kausal ist, wobei die Folgen von den Parteien oder vom Sachverständigen zu tragen sind, selten von den Parteienvertretern und noch viel seltener vom Richter.

Von der Auswirkung her würde ich zwei „Todsünden“ bezeichnen, während die restlichen fünf, die ich aufgreifen möchte, als „lässliche Sünden“ zu werten wären.

Als „Todsünden“ müssen das falsche und das unverwertbare Gutachten gelten.

## 2. Die sieben „Sünden“ des Sachverständigen im Einzelnen

### 2.1. Das falsche Gutachten

In diesem Fall werden die Folgen irdischer Gerechtigkeit freilich nur dann schlagend, wenn – wie es § 923 ABGB im Zusammenhang mit falschen Versprechungen so schön formuliert – das Widerspiel hervorkommt. Das mag bereits in dem Verfahren geschehen, in dem das Gutachten erstattet wurde, doch ist dies eher die Ausnahme.

Die Frage, ob der Richter einem Sachverständigengutachten folgt, ist eine der Beweiswürdigung (so schon OGH 14. 9. 1949, 1 Ob 222/49; zuletzt etwa OGH 27. 5. 2015, 6 Ob 78/15m). Ein Sachverständigengutachten kann durch Zeugenbeweis nicht widerlegt werden (OGH 2. 7. 2002, 8 Ob 110/02p), ebenso wenig („*Ich verwende diese Technik seit 30 Jahren ohne jedes Problem.*“) durch Parteienaussage.

Häufig versuchen Parteien, das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen durch ein Privatgutachten zu erschüttern. Der Richter wird bei einem Privatgutachten in der Regel davon ausgehen, dass damit der Standpunkt des Auftraggebers unterstützt werden soll, und es damit automatisch mit Misstrauen betrachten, auch wenn es von einem seriösen Gutachter erstellt ist. Die Erfahrung zeigt ja, dass dergleichen oft nur vorgelegt wird, um den Prozess zu verzögern und/oder den Richter und den Sachverständigen zu verunsichern. Bleibt der Gerichtssachverständige bei seinen Schlüssen, muss das Privatgutachten schon sehr starke Argumente liefern. Wenn das Gerichtsgutachten in der Erörterung schlüssig erscheint, braucht kein weiteres Gutachten eingeholt werden (OGH 7. 5. 2002, 7 Ob 53/02y; 14. 6. 2016, 11 Os 26/16g).

Es wird daher nur in wenigen Fällen der Richter (selbst wenn man *acedia* ausklammert) Anlass finden, einen weiteren Gutachter zu bestellen. In meiner nun 38-jährigen Richtertätigkeit waren es nur drei Fälle, in denen ich mich veranlasst sah, ein zweites Gutachten einzuholen. In zwei Fällen hatte ich Zweifel, ob der Sachverständige wirklich über die für den gegebenen Spezialfall erforderliche Fachkenntnis verfüge, im dritten war das Gutachten schlechthin unbrauchbar – ein seltener Fall.

Ist es der unterlegenen Partei nach rechtskräftigem Urteil möglich, die Unrichtigkeit des zugrunde liegenden Gutachtens nachzuweisen, haftet der Sachverständige für die

Folgen des auf seiner Grundlage ergangenen Fehlurteils, unter Umständen auch eines auf Basis des Gutachtens geschlossenen Vergleichs, einschließlich der Kosten (zB OGH 28. 4. 2016, 1 Ob 17/16f). Die Wiederaufnahme des ersten Verfahrens kann nämlich nicht beantragt werden, wenn ein Sachverständigengutachten nachträglich als unrichtig erkannt wurde (OGH 3. 3. 2015, 1 Ob 3/15w). Zu bemerken ist, dass – wenn das unrichtige Gutachten nicht Basis eines Urteils wird, weil der Richter einen weiteren Sachverständigen bestellte, der zu einem anderen Ergebnis kam – zwar Gebühren nach dem GebAG zuzusprechen sind (zB OGH 18. 7. 2002, 3 Ob 284/01p), die Partei, die damit belastet wurde, sie jedoch als nutzlosen Aufwand zurückverlangen kann (OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 180/08x).

Wie kommt es nun in der Praxis zu einem falschen Gutachten? Welche „Sünden“ haben die Sachverständigen begangen?

Fallweise wird *superbia*, die Überheblichkeit, also die Überschätzung der eigenen Fachkunde, manchmal in Kombination mit *avaritia*, der Habgier, maßgeblich sein.

Die Standesregeln der Gerichtssachverständigen sehen in Punkt 2.2. vor, dass der Sachverständige seine Sachkompetenz für alle Teile des Gutachtensauftrags unverzüglich zu überprüfen hat.

Zur Fehleinschätzung der eigenen Befähigung kommt es am ehesten, wenn es sich um Spezialgebiete handelt. Bei einem der Fälle, in denen ich einen zweiten Sachverständigen bestellt habe, handelte es sich um einen Mangel an einer faltbaren Treppe, der den bestellten Schlosser offenbar überfordert hatte. In einem zweiten Fall zeigte sich, dass der bestellte Sachverständige zwar auf seinem Fachgebiet, der Asbestentsorgung, sehr gut beschlagen, aber zu einer Nachkalkulation der marktkonformen Entsorgungskosten nicht in der Lage war.

Ein Internist, der eingetretene Gesundheitsschäden auf eine Bleivergiftung durch Wasserleitungsrohre zurückführte, beschränkte die Untersuchungen auf die für sein Fachgebiet, wo er hoch qualifiziert war, üblichen Tests und bejahte den Zusammenhang, worauf ein Teilvergleich geschlossen wurde. In einem spätere Gesundheitsschäden betreffenden Verfahren ergab sich eine andere Ursache. Im Haftungsprozess (OGH 30. 7. 2015, 10 Ob 50/15y) konnte die Gemeinde nachweisen, dass auf den Spezialgebieten der Arbeits- und Umweltmedizin für Metallvergiftungen Untersuchungsmethoden bekannt sind, die in Österreich klinisch nicht angewandt werden, jedoch als wesentlich zuverlässiger gelten. Diese Methoden brachten ein abweichendes Ergebnis. Dem Sachverständigen wurde angelastet, die Beschränkung seines Fachgebiets nicht erkannt und es unterlassen zu haben, Subgutachter heranzuziehen bzw deren Beziehung anzuregen. Der Klage wurde in zwei Instanzen stattgegeben, vom OGH wurde die Haftung jedoch verneint, da im Zeitpunkt der Gutachtenserstattung die vom Beklagten angewandte Methode (gerade) noch zum Stand der Technik zu rechnen war, die Lehrmeinung war zwar nicht mehr einhellig, die Methode

des Beklagten wurde aber auch auf dem Gebiet der Umwelt- und Arbeitsmedizin noch als geeignet vertreten.

Gerade aus diesem Fall ist zu erkennen, dass bei sehr speziellen Sachverhalten der Sachverständige seine Fachkunde kritisch und ehrlich hinterfragen und Aufträge ablehnen sollte, wenn er sich nicht sicher ist, ob seine Kenntnisse genügen. Der Ärger eines Richters, der sich nun mühsam einen Spezialisten, vielleicht auch im Ausland, suchen muss, sollte in Kauf genommen werden.

Ein Arbeitsinspektor, der den Mangel an einer Laserschneidemaschine begutachtete, musste nach Vorlage des Gutachtens zugestehen, dass er zwar eine theoretische Ausbildung genossen, aber keinerlei praktische Erfahrungen erworben hatte. Das Gutachten samt Erörterung wurde zunächst honoriert, der Sachverständige aber im weiteren Verfahren ausgetauscht, wobei der neue Sachverständige ein abweichendes Gutachten erstattete. In einem Folgeprozess musste er die empfangenen Gebühren zurückzahlen (OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 180/08x). Die Vermutung, dass er „Stammssachverständiger“ des zunächst zuständigen Richters gewesen sei, ist nicht von der Hand zu weisen. Auch wenn ein Richter, mit dem man öfter zusammenarbeitet, auf die Übernahme eines Auftrags drängt, sollte eingehend geprüft werden, ob die Fachkenntnis tatsächlich ausreicht.

In diesem Fall berief sich der Sachverständige überdies darauf, dass er im Zeitpunkt der Gutachtenserstattung nicht alle erforderlichen Informationen gehabt habe. Diese hätten sich erst in den folgenden Verhandlungen ergeben, doch sei ihm keine Gelegenheit mehr gegeben worden, sein Gutachten zu verbessern.

Darauf erwiderte der OGH:

*„Insoweit der ... [Sachverständige] meint, ihm seien im Zeitpunkt der Beauftragung mit dem Gutachten gar keine Beweiserhebungen und auch nicht ausreichend Unterlagen zur Verfügung gestanden, ist darauf zu verweisen, dass es Aufgabe des gerichtlich bestellten Sachverständigen selbst ist, den Gutachtensauftrag kritisch zu hinterfragen, seine Terminologie klarzustellen und den Beurteilungsgegenstand eindeutig abzugrenzen. Es ist auch seine Aufgabe, allenfalls notwendige weitere Unterlagen beizuschaffen und die allfällige Durchführung eines Ortsaugenscheins oder von Beweisaufnahmen anzuregen, die zur Durchführung des Gutachtensauftrags notwendig sind. Tut er dies nicht, begründet dies ein Verschulden ...“* Der Sachverständige darf sich auch nicht darauf verlassen, dass es ihm ermöglicht werde, sein Gutachten im Zuge der Erörterung zu korrigieren oder zu ergänzen (OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 180/08x).

Merke daher: Für den Sachverständigen gilt nicht der Satz „*Wer schläft, sündigt nicht!*“ Die meisten Sünden werden durch Nichtstun begangen. Es gibt durchaus Richter, die für Rückmeldungen, dass der Akt für ein Gutachten noch nicht reif sei, dankbar sind.

Ein Sachverständiger hatte die erbrachten Leistungen eines Haustechnikplaners zu überprüfen, der sein Werk infolge Baustopps nicht vollenden konnte, und erhielt den Auftrag, ein Gutachten darüber zu erstatten, „*ob die vom Kläger erbrachten Leistungen mängelfrei seien und die erstellte Abrechnung nachvollziehbar und schlüssig ist bzw. den vertraglichen Grundlagen entspricht.*“ Allfällige benötigte Unterlagen habe der Sachverständige von den Parteien direkt einzuholen. Nach Einlangen der Unterlagen bestätigte der Richter über Rückfrage, dass der Sachverständige „*aus Kostengründen nicht jedes einzelne Detail nachprüfen sollte, sondern nur insoweit, als es für eine seriöse Aussage erforderlich ist und zwar auf Basis seiner bisherigen Überprüfung der Pläne.*“ Die Parteien hatten dem Sachverständigen nur Pläne im PDF-Format und nicht als DWG-Datei, in welcher sie ursprünglich erstellt waren, vorgelegt. Diese Pläne waren aber nur zum geringen Teil leserlich und prüfbar. Der Sachverständige verfügte selbst nicht über die Einrichtung zur Darstellung von DWG-Dateien. Nach stichprobenweiser Prüfung bestätigte er die Richtigkeit der Honorarberechnung und hielt diese Meinung in der Erörterung aufrecht. Erst danach holte die Beklagte ein Privatgutachten ein, das einen wesentlich geringeren Fertigstellungsgrad ergab. Im Sinne der bereits oben angeführten Judikatur wurde der Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens abgewiesen. Im Haftungsprozess stellte der dort bestellte Sachverständige fest, dass die Unterlagen teilweise nachträglich gelöscht bzw. verändert worden seien. Um die Abrechnung des Planers im Detail prüfen zu können, hätten die Pläne in Form einer DWG-Datei eingesehen und Zugriff auf den Server genommen werden müssen, wo sich die ursprüngliche Fassung noch gefunden hätte. Das Argument des beklagten Sachverständigen, dass er ja offengelegt habe, auf welcher Basis seine Berechnungen erfolgt seien, zog nicht, da er dem Richter nicht hinreichend deutlich gemacht hatte, wie unzuverlässig diese Grundlagen seien. Der Sachverständige wurde für den im Vorverfahren zu viel zuerkannten Betrag und die zugehörigen Kosten haftbar gemacht. Dass die Bauherrin selbst Architektin gewesen sei und erst ganz zuletzt ein Privatgutachten vorgelegt habe, wurde ihr vom OGH nicht als Mitverschulden angelastet, da sie sich darauf habe verlassen können, dass der Sachverständige ein vollständiges und richtiges Gutachten erstatten respektive Fehler in der Erörterung eingestehen werde (OGH 28. 4. 2016, 1 Ob 17/16f).

Der Fall zeigt, dass es nicht genügt, die Gutachtensgrundlagen offenzulegen und die Zustimmung des Richters dazu, sich aus Kostengründen auf diese zu beschränken, einzuholen, und zwar selbst dann nicht, wenn fachkundige Parteien in der Lage wären, die Aussagekraft dieser Grundlagen einzuschätzen. Der Sachverständige muss berücksichtigen, dass der Richter nicht beurteilen kann, welche Bedeutung die Beschränkung auf die Zuverlässigkeit des Gutachtens hat. Hier kommt dazu, dass der Sachverständige hätte offenlegen müssen, dass er über die erforderliche Ausstattung nicht verfügt. In diesem Fall wäre es auch zweckentsprechend gewesen, die Sachlage

und die Grundlagen für die Begutachtung in einer mündlichen Verhandlung mit den Parteien zu erörtern. Das ist insbesondere bei unklarem Vorbringen und entsprechend unklaren Aufträgen ein sehr sinnvoller Weg. Sachverständige sollten sich nicht scheuen, in komplexen Fällen diese Vorgangsweise beim Richter anzuregen.

Ein Sachverständiger für Holzbau, der die Ursachen eines Sturmschadens zu ermitteln hatte, gewann beim Betrachten der Schadensfotos offenbar den Eindruck, dass hier extreme Windstärken geherrscht hätten, sodass er Details der Konstruktion des Dachstuhls, die bemängelt wurde, keine hinreichende Aufmerksamkeit schenkte. Er sah es nicht für erforderlich an, die Beiziehung eines Statikers sowie eines Meteorologen anzuregen, sondern beurteilte die Mängel des Dachstuhls als unwesentlich für die vorgeschriebene Windbeständigkeit und errechnete die Sturmwindwirkung als weit darüber liegend.

Im Haftungsprozess führte der bestellte Statiker aus, dass die auf eine Dachtraufe einwirkende Windsoglast auf acht Anker umgerechnet, aber nicht beachtet worden sei, dass die Ankerabstände völlig ungleich waren und Haken und Schlaufen der Fußpfettenverankerung praktisch keine Biegezugsspannung aufnehmen konnten; der Dachstuhl hätte somit die Normwindstärke bei Weitem nicht ausgehalten. Das führte in erster Instanz zur Verurteilung des Sachverständigen. Der im zweiten Rechtsgang bestellte Meteorologe bezeichnete zwar auch die Berechnungen der Windstärke als nicht nachvollziehbar, räumte aber ein, dass die Endwerte nicht unwahrscheinlich seien. Der Sachverständige obsiegte, da auch normgerechte Anker nicht gehalten hätten und damit der übersehene Mangel für den Sturmschaden nicht kausal gewesen war (OGH 16. 3. 2016, 3 Ob 258/15k).

Er hatte also den richtigen „Riecher“ gehabt. Dennoch hätte er darauf hinweisen müssen, dass er kein qualifizierter Meteorologe sei und die Windfestigkeit der Konstruktion nur durch einen Statiker mit ausreichender Sicherheit berechnet werden könne. Gerade in komplexen Bauprozessen ist die Zusammenarbeit mehrerer Gutachter durchaus sinnvoll.

So wie der Sachverständige, der den für die Verschrottung von Transformatoren erzielbaren Erlös begutachtete, sollte man es allerdings nicht machen. Er ersuchte, einen als Sachverständigen nicht eingetragenen Fachmann aus dem Gebiet „Sekundärrohstoffhandel“ als Hilfgutachter beiziehen zu dürfen, was ich nach Anhörung der Parteien genehmigte. Bei der Erörterung stellt sich heraus, dass alle nützlichen Ausführungen von diesem „Hilfgutachter“ stammten. Gutachten sind grundsätzlich persönlich zu erstatten.

Oft tritt der Versucher in Form des Richters an den Sachverständigen heran, indem er ihn bewegen will, eine Frage, die nicht in sein Fachgebiet fällt, mitzubehandeln. Das kann nun durchaus im Interesse der Parteien sein, wenn die Erfahrung des Sachverständigen ausreicht, um dem Richter zu einem solchen Nebenpunkt eine Grundlage



für sein richterliches Ermessen zu liefern. Vorsicht ist jedoch geboten und auf jeden Fall muss offengelegt werden, dass die Frage nicht in das Fachgebiet gehört, für das der Sachverständige bestellt ist, und welche Erfahrungen er tatsächlich hat.

Ich habe einem Sachverständigen für Straßen-, Brücken- und Eisenbahnbau, der diversen Aufwand für die Sanierung der Strecke nach einer Zugsentgleisung beurteilen sollte, die Frage gestellt, ob der von der Infrastrukturgesellschaft für Leistungen von Subunternehmen verrechnete Aufschlag angemessen sei, und diese vorsichtshalber mit dem Zusatz *„soweit dies vom Sachverständigen beurteilt werden kann“* versehen. Es war mir bewusst, dass es sich eigentlich um eine betriebswirtschaftliche Frage handelt, doch dachte ich, dass ein Eisenbahnbaufachmann hier Erfahrungswerte haben könnte, zumal dieser Teil der Forderung nicht ins Gewicht fiel. Der Sachverständige beantwortete die Frage zum Nachteil der Klägerin, wobei er als Begründung lediglich die im Akt erliegende Rechnung einer anderen Eisenbahngesellschaft mit geringerem Zuschlag heranzog, worauf die Klägerin in helle Empörung geriet (Überschreitung des Fachgebiets! Scheinbegründung! Vorurteil!) und eine Ablehnung gerade noch abgewendet werden konnte.

In einem anderen Fall hat sich jedoch der Auftrag an einen Baumeister, im Zuge einer Beweissicherung die Raumtemperaturen zu messen und die Wirkung einer WC-Spülung zu beschreiben, als durchaus sinnvoll erwiesen.

Folgender Fall eines unrichtigen Gutachtens entwickelte sich geradezu zur griechischen Tragödie:

Hintergrund des Prozesses war ein Rechtsstreit wegen unlauteren Wettbewerbs. Der Beklagten wurde vorgeworfen, zu Unrecht behauptet zu haben, dass Abwasserreinigungsanlagen der Klägerin *„schwere fachliche Mängel aufwiesen, über keine Sicherheit verfügten und Pflanzen und Tiere gefährdeten.“* In einem solchen Fall hat die Beklagte zu beweisen, dass ihre Aussagen stimmen. Aus einem Schriftsatz der Klägerin war zu entnehmen, dass sie 24 verschiedene Anlagen anbietet. Der Richter bestellte umgehend einen Sachverständigen mit dem Auftrag, binnen sechs Wochen ein Gutachten darüber zu erstatten, *„1.) ob und bejahendfalls welche technischen Mängel die biologischen Abwasserreinigungsanlagen der Klägerin aufweisen und 2.) ob an der Tropfkörperfilteranlage keine Sicherheitsmaßnahme eingebaut ist, wodurch es zu Wasseraustritt und Umweltgefährdung kommen könne.“* Letzteres hatte er aus dem inkriminierten Schreiben abgeleitet.

Mit vorbildlicher Geschwindigkeit, nämlich bereits nach drei Wochen, langte das kurzgefasste Gutachten, erstellt *„anhand der im Gerichtsakt befindlichen Unterlagen und technischen Unterlagen der Klägerin für Planungsbüros und den Erfahrungen des Sachverständigen“*, ein. Der Sachverständige verzeichnete an Gebühren – vorschussgemäß – zirka € 1.700,-.

Den ersten allgemeinen Teil der Frage beantwortete der Sachverständige gar nicht, da er ihn offenbar – mutig, aber

zutreffend – als verfahrensunerheblich qualifizierte. Richtigerweise hätte er den unbestimmten Auftrag (welche Mängel, welche Anlagen?) hinterfragen müssen. Zum zweiten Teil führte er aus, dass Mängel an den Tropfkörperfilteranlagen der Klägerin dem Gutachter aus der Erfahrung nicht bekannt seien. Der tassenförmige Aufbau und die gewählte Randausbildung stellten Sicherungsmaßnahmen dar, die eine Gefährdung der Umwelt hintanhielten. Ein Überstau in der oberen Tasse werde in die untere abgeleitet. Vorausgesetzt sei freilich, dass die auf den jeweiligen Anwendungsfall (wie Benutzerverhalten und topografische Gegebenheiten) passende Anlage ausgewählt und entsprechende Wartungsintervalle vom Betreiber der Anlage eingehalten würden.

Erst nach Vorlage des Gutachtens wurde dem Sachverständigen ein inzwischen eingelangter Ablehnungsantrag übermittelt. Er äußerte zur Frage geschäftlicher Beziehungen, dass er *„mit der Klägerin keine Geschäftskontakte unterhalte.“*

Im Erörterungsantrag überraschte die Beklagte mit dem Vorbringen, dass die Klägerin gar keine *„Tropfkörperfilteranlagen“* herstelle, sondern *„Tropfkörperanlagen“* und *„Bodenkörperfilteranlagen“*. Den eher wirren technischen Ausführungen war immerhin zu entnehmen, dass ihr Geschäftsführer der Ansicht sei, dass bei der gegebenen Konstruktion Abwasser aus der oberen Tasse schwappe, ohne aber von der unteren sicher aufgefangen zu werden. Dazu legte sie undeutliche Lichtbilder vor. Nur in der Äußerung zum Gebührenanspruch wurde der Umstand, dass kein Augenschein an einer Anlage durchgeführt worden sei, kritisch erwähnt. Der Richter erörterte weder den technischen Gehalt des Vorbringens noch die gewünschten Anträge.

Der Sachverständige bestätigte beim Erörterungstermin, dass es keine *„Tropfkörperfilteranlagen“* im Sinne der ÖNORM gebe. Er habe diesen Begriff infolge des Gutachtensauftrags benutzt und damit die vom Beklagten beschriebenen Anlagen gemeint. Die behaupteten Effekte, wonach ungeklärtes Wasser in den Boden fließen könne, seien ihm, der selbst in der Branche tätig sei, nicht bekannt. Die Behörde überprüfe vor Genehmigung die Eignung der Anlage und schreibe Wartungsrichtlinien vor. Wartungsverträge seien abzuschließen und Anlagen einmal jährlich unabhängig zu überprüfen. Die Aussage, es bestehe keine Umweltgefahr, hielt er aufrecht. Zu dieser Gelegenheit räumte er ein, schon derartige Anlagen der Klägerin geplant zu haben. Der Beklagtenvertreter hinterfragte das nicht weiter.

Auf Basis des Gutachtens wurde der Beklagte zur Unterlassung der Äußerungen und zu Kostenersatz verurteilt. Der Berufung wurde nicht Folge gegeben.

Die Beklagte, nun mit neuem Rechtsvertreter, brachte Haftungsklage ein, zu welcher ein hoch qualifizierter Universitätslektor zum Sachverständigen bestellt wurde, der zur Frage der *„Richtigkeit des Vorgutachtens“* ein 38 Seiten umfassendes wissenschaftlich begründetes Gutachten er-

stellte und dessen Tätigkeit letztlich gegen € 20.000,- kostete. Er beurteilte die Terminologie des Vorgutachtens als unpräzise und untechnisch und die „Bodenkörperfilteranlagen“ als nicht sicher, da die Tassen nicht ÖNORM-gerecht groß seien. Sicherheit sei nur bei regelmäßiger Wartung gegeben, die jedoch infolge der Konstruktion der Anlage schwierig und nicht im notwendigen Umfang behördlich vorgeschrieben sei und mit der nur bei kostenpflichtiger Betrauung einer Wartungsfirma gerechnet werden dürfe.

Der beklagte Sachverständige argumentierte, dass er vom Richter telefonisch aufgefordert worden sei, das Gutachten kurz und populärwissenschaftlich zu halten und aus Kostengründen einen Augenschein zu unterlassen. Er kenne die Anlagen der Klägerin, da er sie dauernd plane. Hätte er allerdings alle Informationen gehabt, die dem neuen Sachverständigen vorlägen (zB Videoaufnahmen von „mangelhaften“ Anlagen und Berichte von Anwendern), wäre er möglicherweise auch zu einem anderen Ergebnis gekommen.

Der Sachverständige verlor den Haftungsprozess mit der Begründung, dass er hätte mitteilen müssen, dass die ihm vorliegenden Unterlagen zu einer sicheren Begutachtung nicht ausreichten. Daraus ist zu ersehen, dass ein „Billigsdorfer-Gutachten“ auch bei anscheinend geringer Bedeutung des Verfahrens nicht erstattet werden sollte, und wenn, dann nur nach Warnung und über ausdrücklich dokumentierten Auftrag. Indem er der Warnpflicht des § 25 Abs 1 GebAG entspricht, hätte der Sachverständige das Seinige getan. Danach liegt es an der beweispflichtigen Partei, zu entscheiden, welchen Aufwand sie auf sich nehmen möchte. Wenn eine Begrenzung des Aufwands auf Kosten der Genauigkeit der Berechnungen oder der Zuverlässigkeit der Gutachtensgrundlagen geht, muss das in vollem Umfang klargestellt werden.

### 2.2. Das unverwertbare Gutachten

Das unverwertbare Gutachten ist eines, das zwar ordnungsgemäß erstattet wurde, aber im Verfahren nicht verwendet werden konnte. Abgesehen von dem Sachverständigen nicht vorwerfbaren Fällen wie Erkrankung oder Tod kommt hier in erster Linie die erfolgreiche Ablehnung in Betracht. Das Gutachten eines als befangen festgestellten Sachverständigen darf nicht benützt werden.

Gemäß § 355 Abs 1 ZPO kann der Sachverständige abgelehnt werden, wenn Gründe vorliegen, die an seiner vollständigen Unbefangenheit zweifeln lassen können. Dieser Passus enthält zwar keine ausdrückliche Verpflichtung zur „Selbstablehnung“, doch wird der Sachverständige schon wegen seiner eidlich übernommenen Amtspflicht zur Unparteilichkeit und der – wie es *Fasching* (Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III [1966] 487) so treffend formuliert – „Unannehmlichkeit einer begründeten Ablehnung durch die Parteien“ selbst auf alle Gründe hinweisen müssen, die seine Unparteilichkeit auch nur theoretisch in Zweifel ziehen könnten.

Gemäß Punkt 2.3. der Standesregeln der Gerichtssachverständigen hat der Sachverständige mögliche Befangenheitsgründe, insbesondere Vorbefasstheit, freundschaftliche oder enge geschäftliche Beziehungen mit einem Streitteil, sofort zu melden und während seiner Arbeit jeden Anschein der Befangenheit zu vermeiden.

Gerade hinsichtlich geschäftlicher Beziehungen zu einem der Streitteile sollte jeder Sachverständige sein Gewissen eingehend erforschen und auch Unternehmen, an denen er maßgeblich beteiligt ist oder wo er eine leitende Funktion hat, berücksichtigen, selbst wenn er persönlich nie eingebunden war.

Ein Sachverständiger für Eisenbahnbau erstellte ein für das beklagte Eisenbahntransportunternehmen nachteiliges Gutachten, worauf dieses das Internet zu Rate zog und herausfand, dass der Sachverständige Geschäftsführer und Gesellschafter eines Unternehmens war, das sich ebenfalls mit Gütertransporten mittels Bahn befasste. Ich musste den Sachverständigen entheben, obwohl er glaubhaft versicherte, dass es mehrere Mitbewerber gebe und er nicht operativ tätig sei. Weder sei ihm ein konkreter Auftrag, wobei das Unternehmen mit der Beklagten in Wettbewerb trat, bekannt und noch fühle er sich in irgendeiner Weise befangen. Für den Anschein der nicht völligen Unbefangenheit genügte es aber. Die enge Geschäftsbeziehung der Standesregeln der Gerichtssachverständigen ist mit Vorsicht zu genießen. Als Richter wird man bei der Auswahl des Sachverständigen nach Möglichkeit vermeiden, dass dessen Person schon im Vorfeld Anlass zu Streit gibt und die Stimmung vergiftet.

Befangenheit ist auch gegeben, wenn sich der Sachverständige im Zuge der Gutachtenserörterung oder der Stellungnahme zu scharf gefassten Äußerungen gegen das Gutachten oder den Gebührenanspruch dazu hinreißen lässt, einen Ablehnungsgrund zu setzen, worauf es Parteienvertreter manchmal gezielt anlegen.

So verlor ich einen Urheberrechtssachverständigen, gegen dessen ohnehin moderaten Gebührenanspruch sich die Beklagte heftig verwehrt hatte. Im Zuge der Erörterung rutschte ihm die Bemerkung heraus, dass er sich von einer Partei, die seinem berechtigten Gebührenanspruch entgegenrete, nicht mit unsachlichen Fragen schikanieren lasse und schon war der Sachverständige – mit Erfolg – abgelehnt und das Gutachten wertlos geworden.

Ein anderer Sachverständiger äußerte sich zu einem Ablehnungsantrag dahin, dass die Ablehnende offenbar keine sachlichen Gründe gegen sein Gutachten finde und nun auf diese Weise versuche, ihn mittels falscher Behauptungen loszuwerden. Ein weiterer Sachverständiger antwortete auf Zweifel an seiner Qualifikation mit seitenlangen Ausführungen, wobei er die Befähigung und persönliche Integrität des Privatgutachters in kräftigen Formulierungen angriff. Die darauf erfolgten weiteren Ablehnungsanträge konnten zwar mit der Begründung, berechtigter Ärger sei vertretbar, verworfen werden, aber es ist allemal besser,

sich durch nichts zu unsachlichen Gegenäußerungen bewegen zu lassen.

Die Buße für verschuldete Ablehnungen findet sich in § 25 Abs 3 GebAG: der Verlust des Gebührenanspruchs. Richter und Parteien treffen der Zeitverlust und die Mehrarbeit.

In dem schon erwähnten Haftungsprozess gegen den Kläranlagensachverständigen ergriff der OGH die Gelegenheit, den beklagten Sachverständigen mit dem Hinweis, dass er das Verschweigen der Geschäftsbeziehung mit dem Kläger ebenfalls als haftungsbegründend erachte, endgültig zu zerschmettern; dies obschon der Beklagtenvertreter das Zugeständnis in Vorprozess, dass er „Anlagen der Klägerin plane“, weder hinterfragt noch zum Anlass einer Ablehnung dieses Sachverständigen gemacht habe.

Die folgenden „Sünden“, die ich teils aus eigener Erfahrung, teils aus Rückmeldungen von Kollegen gesammelt habe, fallen in die Kategorie der „lässlichen“, wenn sie auch in ihrer Konsequenz böse Strafen nach sich ziehen können.

### 2.3. Das erheblich verspätete Gutachten

Gemäß § 357 Abs 1 ZPO hat der Sachverständige es dem Gericht mitzuteilen, wenn ihm die Erstattung des Gutachtens in der gesetzten Frist nicht möglich ist, und zugleich bekannt zu geben, ob und in welcher Frist er es erstatten kann. Auch die Standesregeln der Gerichtssachverständigen enthalten in Punkt 2.1. den Hinweis, dass der Sachverständige unverzüglich zu prüfen hat, ob er den erteilten Auftrag innerhalb der gesetzten Frist verlässlich erfüllen kann, und dass er unvermeidliche Fristüberschreitungen rechtzeitig mitteilen muss.

Die Gewissenserforschung, ob unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere sonstiger Verpflichtungen, das Gutachten tatsächlich im vorgesehenen Zeitrahmen wird fertiggestellt werden können, unterbleibt – wie ich auch aus Rückmeldungen von Kollegen hörte – häufig. Irgendwann vor dem Abgabezeitpunkt oder über richterliche Urgezen erfolgt dann die Mitteilung, dass infolge gar nicht so unabsehbarer Gründe wie Überlastung mit weiteren Gerichtsaufträgen, Urlauben, Schwierigkeit bei der Abfassung des Gutachtens, die beim Studium des Aktes bereits abzusehen gewesen wäre, und dergleichen das Gutachten leider erst verspätet geliefert werden kann. Es muss durchaus zugestanden werden, dass Richter auf die Beachtung des § 357 Abs 1 ZPO nicht konsequent drängen und oft froh sind, wenn sie einen grausigen Akt längere Zeit nicht zu sehen bekommen, und dass auch die Beiträge der Parteienvertreter zu einer zügigen Erledigung häufig zu wünschen übrig lassen, zumal sie die Zeit für zusätzliche Schriftsätze, die das Verfahren weiter verkomplizieren, nutzen können. Dennoch sollten Sachverständige sich nach dem Gesetz richten. Die Mitteilung, dass die Gutachtenserstattung länger dauern wird, führt in der

Regel nicht zur Abnahme des Aktes, doch können sich alle Beteiligten auf den Ablauf einstellen.

Zu bedenken ist, dass die vom Sachverständigen zu vertretende Verzögerung des Gutachtens mit Bußen bedroht ist, nämlich Ordnungsstrafen oder dem Ersatz von durch die Verzögerung verursachten Kosten (§ 354 Abs 1 ZPO), sowie Minderung des Gebührenanspruchs (§ 25 Abs 2 GebAG).

Es gibt Sachverständige, die einen Gutteil ihres Geschäfts als Gerichtssachverständige ausüben. Gerade bei solchen Sachverständigen kommt es immer wieder vor, dass sie Gutachtensaufträge in der Besorgnis, einen laufenden Lieferanten zu verlieren, nicht ablehnen wollen, obwohl sie bereits ausgelastet sind.

Extremfälle wie der folgende Fall sind allerdings selten:

Das Erstgericht kontaktierte den Sachverständigen in einem Schadenersatzprozess im Juli, worauf der Sachverständige – noch halbwegs gesetzeskonform – erwiderte, dass er voraussichtlich erst zu Jahresende freie Kapazitäten haben werde. Er wurde mit Beschluss vom Jänner mit dem Auftrag, das Gutachten binnen drei Monaten zu erstatten, bestellt. Dass die Zwischenzeit für nützliche Verfahrensschritte genutzt wurde, ist zu hoffen. Am 20. 2. teilte der Sachverständige mit, dass er inzwischen fünf Akten erhalten habe und erst im Mai beginnen könne. Darauf wurde die Frist um zwei Monate verlängert. Am 29. 7. urteilte das Gericht den Akt, worauf der Sachverständige urlaubsbedingt die Fertigstellung mit Ende September anbot. Am 10. 10. setzte das Gericht eine letzte Frist bis 30. 10. und drohte mit Ordnungsstrafe. Am 20. 10. teilte der Sachverständige mit, dass er das nicht schaffen werde, und retournierte den Akt zwar ohne Gebührennote, aber unerledigt. Daraufhin verhängte das Gericht über ihn die Ordnungsstrafe. Der Rekurs des Sachverständigen blieb erfolglos. Das Rekursgericht führte aus, dass es nicht angehe, Gutachtensaufträge quasi auf Vorrat anzunehmen und dann darauf zu vertrauen, dass das Gericht wohl einer Fristverlängerung zustimmen werde (OLG Graz 8. 1. 2004, 2 R 108/03f). In diesem Fall liegt die Annahme nicht fern, dass ein Richterwechsel eingetreten war, der der vom Vorgänger gegenüber dem Sachverständigen – wahrscheinlich einem „Stammsachverständigen“ – geübten Toleranz ein Ende setzte.

Dass es im Zuge der Gutachtenserstattung zu Verzögerungen kommt, insbesondere weil die Parteien nur schlep-pend mitwirken oder immer neue Unterlagen vorlegen oder sich ein technisches Problem als komplexer erweist als abzusehen, ist dem Sachverständigen nicht vorzuwerfen. Zu beachten ist aber, dass § 359 Abs 2 ZPO als Verpflichtung des Sachverständigen, die Unterstützung des Gerichts anzufordern, wenn die Parteien seiner Aufforderung zur Vorlage von Unterlagen oder Informationen nicht unverzüglich Folge leisten, formuliert ist. Ein konsequentes Vorgehen ist – wie ich aus Erfahrung bestätigen kann – geeignet, die Verzögerung des Verfahrens durch die Parteien wirksam zu unterbinden.



### 2.4. Die Überschreitung des Gutachtensauftrags

Inhalt und Umfang des Gutachtens werden durch den gerichtlichen Auftrag bestimmt. Ist dessen Inhalt zweifelhaft, ist das Gericht um Präzisierung zu ersuchen (Punkt 2.10.1. der Standesregeln der Gerichtssachverständigen über das Verhalten bei Erstattung von Befund und Gutachten).

Bei Befundaufnahmen kommt es immer wieder vor, dass Anwälte bestimmte Feststellungen wünschen, die nicht durch den Gerichtsauftrag gedeckt sind. So bemerken die Partei oder der Parteienvertreter etwa Mängel oder fehlende Leistungen, die bisher noch nicht vorgebracht und deswegen in den Beststellungsbeschluss auch nicht aufgenommen wurden. Ist die Gegenpartei einverstanden, ist es sinnvoll und sachgerecht, Befund zu diesen weiteren Umständen aufzunehmen. Auch wenn der Gegenvertreter sich mit dem Argument, dass dieser Umstand bisher nicht Gegenstand des Verfahrens sei, gegen eine zusätzliche Befundaufnahme verwehrt, erscheint sie – schon aus dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit, die der Sachverständige zu beachten hat – jedenfalls dann berechtigt, wenn dadurch keine zusätzlichen Kosten entstehen, was etwa durch einen ansonsten notwendigen weiteren Termin der Fall wäre. Auch das Risiko der Befangenheit ist, wenn die Wahrnehmungen an Ort und Stelle objektiv dokumentiert werden, nicht gegeben. Zum Gegenstand des Gutachtens dürfen solche Erweiterungen aber nur im Einvernehmen mit dem Gericht gemacht werden. Es obliegt nämlich der beweispflichtigen Partei, diese zunächst in den Prozess einzubringen, also mit Schriftsatz das Vorbringen zu ergänzen. Daraufhin hat der Richter zu entscheiden, ob er den Sachverständigen mit einem Gutachten zu diesem Punkt beauftragt. Wird die Partei nicht aktiv, ist der zusätzliche Befund hinfällig und nicht zu beachten.

Aus der Kollegenschaft ist mir mehrfach das Problem genannt worden, dass Sachverständige anlässlich des Augenscheins auf Mängel hinweisen, die ihnen selbst aufgefallen sind, ohne dass eine Partei dazu ausdrücklich zusätzliche Feststellungen gewünscht hätte. Hier ist äußerste Vorsicht geboten. Bemerkte ein Sachverständiger Mängel, die dem Auftraggeber und seinem Rechtsvertreter mangels Sachkunde entgangen sind, gerät er nicht nur in eine Konfliktsituation, sondern auch in eine Lage, die für ihn nur schwer einzuschätzen ist. Es kann sein, dass dieser Mangel von der Partei im Prozessvorbringen zwar nicht explizit bezeichnet wurde, sich aus dem Zusammenhang aber ergibt, dass er davon erfasst ist und ein ausdrücklicher Hinweis kein „neues“ Vorbringen darstellen würde. Der beklagte Bauherr macht etwa Wassereintritte im Bereich einer Terrasse geltend und bringt vor, dass die Isolierung nicht fachgerecht aufgebracht und hochgezogen sei. Entsprechend ergeht der Auftrag („Mängel im Sinne des Vorbringens in der Klagebeantwortung“). Der Sachverständige bemerkt an Ort und Stelle, dass das Problem am nicht vorhandenen Gefälle liege. Einen solchen Mangel kann er meines Erachtens ohne Weiters aufzeigen, da ihn die Rüge „Wasser dringt durch die Terrasse“ einschließt.

Sieht er jedoch etwa anlässlich des Terrassenbefundes, dass Fenster nicht fachgerecht eingebaut wurden, was mit Wassereintritten nichts zu tun hat, wäre die Befundaufnahme nicht durch den Gerichtsauftrag gedeckt. Ein Hinweis kann zur Ablehnung führen, da er einseitig eine Partei unterstützt. Selbst wenn es sich um Mängel handelt, die Folgeschäden nach sich ziehen können, besteht keine Rechtspflicht, sie aufzudecken (vgl. dazu *Guggenbichler*, Hinweis-, Anzeige- und Meldepflichten sowie die Pflicht zur Schadensabwehr aus Sicht der Sachverständigen, SV 2014/2, 64). Aus meiner Sicht können und sollten Mängel bei konkret drohenden erheblichen Folgeschäden aufgezeigt werden, da dies im Interesse sowohl des Auftraggebers als auch des schadenersatzpflichtigen Werkunternehmers liegt. Ablehnungsgefahr tritt hier nicht ein. Besteht Gefahr für Leib und Leben, ist jedenfalls auf den Mangel hinzuweisen. In diesem Fall sind die Interessen gefährdeter Personen über die Pflicht des Sachverständigen, sich auf den Gerichtsauftrag zu beschränken, zu stellen.

Ein Sachverständiger, der im Zusammenhang mit einem Sturmschadenversicherungsfall beauftragt wurde, Alter und Zustand von noch nicht sanierten Dachteilen zu begutachten, um die Plausibilität, dass und in welchem Umfang Schäden durch Sturm eingetreten waren, zu beurteilen, stellte bei der Befundaufnahme fest, dass eine Teilreparatur des Daches so mangelhaft durchgeführt war, dass jederzeit damit gerechnet werden musste, dass Ziegeln abstürzen. Er wies auf diese Gefahr hin, obschon die Qualität der Reparatur nicht Gegenstand seines Auftrags war. Sie auch in Befund und Gutachten aufzunehmen, wäre – wenn auch im Interesse des Klägers gegenüber der am Verfahren nicht beteiligten Dachdeckerfirma gelegen – freilich nicht zu honorieren.

Ist für den Sachverständigen unklar, ob bei der Befundaufnahme bemerkte Mängel von seinem Auftrag gedeckt sind, wäre Kontakt mit dem Richter aufzunehmen. Dieser ist zumeist freilich nicht zu erreichen. Mangels Anweisung sollte der Mangel nicht befundet und auch nicht aufgezeigt werden, denn schon damit bringt der Sachverständige eine Partei in Vorteil. Andererseits hat mir ein Kollege berichtet, dass in zweien seiner Verfahren der Hinweis des Sachverständigen, was noch alles nicht in Ordnung sei, die klagenden Baufirmen zuerst empörte, dann aber in Vergleichsbereitschaft versetzte und den Verfahren bei der folgenden Verhandlung ein Ende machte. Dazu gehört freilich, dass der Sachverständige die Einsicht der Parteien und ihren Willen zur wahrheitsgemäßen Aufarbeitung richtig beurteilt.

### 2.5. Beweiswürdigung im Gutachten

Die Befugnis des Sachverständigen zu selbständigen Ermittlungshandlungen ist ein durchaus kontroversielles Thema (vgl. dazu *Rassi*, Intimes, Privates und Geheimes, SV 2014/1, 2). Aus der Sicht des Erstrichters darf und soll der Sachverständige die Feststellungen treffen, die er an

Ort und Stelle aufgrund seiner Fachkunde wahrnimmt, sie beschreiben und – wenn zweckmäßig – durch Lichtbilder dokumentieren. Er darf und soll sich Informationen, die er für seine Begutachtung braucht, sei es aus Urkunden, sei es durch Befragung der Parteien oder anderer Personen, beschaffen. Er kann solche Informationen, wenn sie unwidersprochen sind, ohne Weiters in seinem Gutachten verwerten. Er darf aber nicht, wenn Urkunden und/oder Aussagen einander widersprechen oder anwesende Parteienvertreter erklären, dass diese im Verfahren bestritten werden, würdigen, was wahr ist und was nicht. Das ist ausschließlich Sache des Richters. Seinen Beitrag dazu soll der Sachverständige leisten, indem er das fachkundige Feedback vermittelt, damit der Richter beurteilen kann, welche Darstellung technisch schlüssig und wahrscheinlich ist und mit den Gegebenheiten an Ort und Stelle zusammenpasst und welche nicht.

Hier schließt sich der Kreis zur ersten „Sünde“, denn die Beweiswürdigung durch den Sachverständigen passiert in der Regel dann, wenn ein Gutachtensauftrag erteilt wurde, für den ausreichende Sachgrundlagen fehlen.

Ein Sachverständiger wurde beauftragt, zu beurteilen, *„ob die hergestellte Terrassenisolierung mangelhaft sei.“* Anlässlich der Befundaufnahme weist der Rechtsvertreter des Schwarzdeckers darauf hin, dass er vorgebracht habe, dass die Ausführung mittels Flüssigfolie wegen des Termindrucks und trotz ausdrücklicher Warnung, sie sei nicht ÖNORM-konform und nur mit laufender Wartung dauerhaft dicht, vom fachkundigen Generalunternehmer beauftragt wurde. Der Sachverständige gelangt zur Ansicht, dass dies nicht plausibel sei, denn das schriftliche Angebot lautete anders und die schon hergestellte Vollwärmemedämmung hätte mit mäßigem Zeit- und Kostenaufwand demontiert werden können. Sein Gutachten lautete, dass die hergestellte Ausführung mit Flüssigfolie daher bereits ihrer Art nach einen Mangel darstelle. Dieses Gutachten konnte nicht Entscheidungsgrundlage werden. Beweis darüber, welche Ausführung vereinbart und ob der Werkunternehmer seiner Warnpflicht nachgekommen sei, ist allein vom Richter – allenfalls unter Beiziehung des Sachverständigen – aufzunehmen. Der Auftrag an den Sachverständigen war unklar, da sich daraus nicht ergab, ob zu beurteilen sei, ob die Art der ausgeführten Isolierung den ÖNORMEN und dem Stand der Technik entspreche oder aber ob die tatsächlich aufgebrachte Isolierung ordnungsgemäß hergestellt sei (interessanterweise war genau das schließlich das Verfahrensergebnis: Es war trotz ausreichender Warnung Flüssigfolie beauftragt worden, die Werkunternehmerin hatte aber übersehen, dass der Spengler keine Dehnfugen angebracht hatte, und nicht davor gewarnt). Der Sachverständige hätte hier eine Klarstellung erwirken müssen und nicht selbst Beweise würdigen dürfen.

Dass sich Sachverständige solchen Problemen entziehen, indem sie das Gutachten ohne diesbezüglichen Auftrag zu mehreren möglichen Sachverhaltsvarianten erstatten, stellt ebenfalls eine Überschreitung des Auf-

trags dar und wäre nicht zu honorieren. Das tat etwa ein Sachverständiger, der zu begutachten hatte, ob die Empfehlung bestimmter Wertpapiere sachgerecht gewesen sei, ohne dass die strittige Frage, welches Risiko der Anleger eingehen wollte, geklärt war. Die Folge waren Einsprüche gegen seine Gebühren. Eine solche Lösung ist nur dann vertretbar, wenn sie nicht mit Mehrkosten verbunden ist.

Bemerkungen zur Beweis- und Rechtslage sind jedenfalls zu vermeiden. Ein Sachverständiger, den ich zu den Kosten einer Ersatzvornahme bestellte und der ungefragt die Meinung kundtat, es sei gar kein Vertrag zustande gekommen, entging gerade noch der Ablehnung.

### 2.6. Rechtliche Beurteilung im Gutachten – kann das wirklich „Sünde“ sein?

Das Sachverständigengutachten ist gemäß der ZPO ein Beweismittel; es soll dem Richter die tatsächlichen Grundlagen für seine rechtliche Beurteilung liefern. Das Argument, ein Sachverständiger habe über seine Kompetenz hinaus Rechtsfragen gelöst, wird von Parteienvertretern immer wieder ins Treffen geführt. Tatsächlich stellen Sachverständigenthemen oft „gemischte“ Fragen dar. So erstattet im Verfahren über Baumängel der Sachverständige regelmäßig ein Gutachten *„über die angemessene Preisminderung“*. Eigentlich hätte er dem Richter nur Anhaltspunkte für sein Ermessen zu liefern, sodass das Gutachten darüber zu erstatten gewesen wäre, *„welchen Wert die Leistung einerseits mit, andererseits ohne den Zustand, den sie hat, weil sie nicht nach den Regeln der Technik erstellt wurde, aufweist“* (dieses und andere Beispiele in Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige<sup>12</sup> [2007] Rz 306). Das Ergebnis ist genau dasselbe, denn der Sachverständige beantwortet für den Richter die (Rechts-)Frage, um wie viel der Bauherr weniger zahlen muss. Ich habe einen Sachverständigen beauftragt, im Abrechnungsprozess zwischen Bauherrn und Architekten ein Gutachten über das Honorar, das sich nach konkreten Bestimmungen der zwischen den Parteien vereinbarten Honorarordnung für Architekten errechnen, zu erstatten. Korrekterweise hätte ich nur die Grundlagen ermitteln lassen dürfen und die Berechnung des ziffernmäßigen Anspruchs nach den in der Honorarordnung genannten Formeln selbst vornehmen müssen. Dennoch lässt mich mein Gewissen ruhig schlafen. Die Vorsicht eines Sachverständigen aus dem Fach der Fußbodenleger, der einleitend darauf hinwies, dass *„Mängel“*, *„Minderung“* und *„Behebungskosten“* als technische und nicht als rechtliche Ausdrücke zu verstehen seien, erscheint mir doch übertrieben.

Dass sich Bausachverständige mit Rechtsfragen befassen müssen, ist oft unvermeidlich, haben sie doch spezielle, dem Richter oft nicht bekannte Rechtsvorschriften betreffend Bauordnung, Bausicherheit, Entsorgung von Baurestmassen und dergleichen anzuwenden, um zu wissen, welche Tatsachen sie befunden müssen. Wesent-



lich ist aber, dass sie diese Erkenntnisquellen anführen, sei es in den Vorbemerkungen oder zu den Gutachtensgrundlagen, sei es im Zuge des Gutachtens selbst. Es muss für Richter und Parteien prüfbar sein, ob sie die Rechtsgrundlagen vollständig herangezogen und richtig ausgelegt haben.

Ist sich der Sachverständige nicht sicher, wie eine solche Vorfrage rechtlich zu lösen ist, muss er sie dem Richter vorlegen. Die Käufer von Wohnungen eines ausgebauten und generalsanierten Hauses beehrten Gewährleistung und Schadenersatz vom Verkäufer, weil der Ausbau nicht entsprechend der Baugenehmigung und der Bauordnung erfolgt sei. Es musste ermittelt werden, welche Änderungen vorzunehmen und einzureichen waren, um eine Bau- und Benützungsbewilligung zu erhalten. Der Sachverständige legte mir den Akt vor, da er nicht beurteilen könne, ob die im Zeitpunkt der ursprünglichen Einreichung oder der Neueinreichung gültige Bauordnung zur Anwendung gelange. Da ich das auch nicht wusste, habe ich eine Stellungnahme der zuständigen Baubehörde eingeholt, die sie mir – wenn auch widerwillig – schließlich abgegeben hat. Hätte der Sachverständige seinem Gutachten den unrichtigen Stand zugrunde gelegt, wäre dies ein Haftungsfall geworden.

### 2.6. Ungenauigkeit und Rechenfehler

Die Grundlagen für das Gutachten sind stets offenzulegen. Fehlen diese, ergibt sich daraus die Notwendigkeit der Erörterung, was Folgen für den Gebührenanspruch hat (§ 25 Abs 3 GebAG). Es kommt vor, dass Sachverständige Unterlagen, die er verwendet hat, dem Gutachten nicht anschließt. Nur wenn diese bereits aktenkundig oder leicht zugänglich sind (zB über das Internet), genügt ein Verweis.

Elektroinstallationen in einem Hotel waren zu erneuern und der Gutachter war damit beauftragt, die Angemessenheit der Kosten zu begutachten. Der vorliegende Kostenvorschlag wies weitgehend Pauschalen auf. Da die Ermittlung der tatsächlichen Maße ein völlig unverhältnismäßiger Aufwand gewesen wäre, berechnete der Sachverständige die Kosten auf Basis eines Kalkulationsprogramms, das auf Kubikmetern beruht. Er lieferte aber nur das Ergebnis und legt den Rechenvorgang nicht offen, was eine Ergänzung und Erörterung erforderlich machte. Auch wenn der Sachverständige mit Recht annehmen durfte, dass weder Parteien noch Gericht die Berechnungen verstünden, muss er doch die Gelegenheit bieten, sie durch einen Fachmann prüfen zu lassen.

Auch wenn falsche Ziffern oder Ergebnisse sich nicht erheblich auf den Ausgang auswirken oder im Zuge der Erörterung auffallen und rechtzeitig berichtigt werden, können sie das Vertrauen in den Sachverständigen erschüttern und Angriffspunkte bilden. Ein Sachverständiger, der die Auswirkung von Schlechtwettertagen zu berechnen hatte, hatte sich bei der Addition verrechnet und zusätzlich in der

Zusammenfassung vertippt. Nachdem ein Parteienvertreter dies beanstandet hatte, ergab sich eine nicht unbedeutende Änderung des Ergebnisses zugunsten seiner Partei, worauf die Gegenpartei ihrerseits eine Aversion gegen den Sachverständigen entwickelte.

Dazu eine kuriose Episode: Ein Bausachverständiger führte bei Prüfung der Preisangemessenheit von Behebungskosten Neuberechnungen durch. Es findet eine umfangreiche Erörterung statt. Schließlich beauftrage ich meinen Rechtspraktikanten, einen spätberufenen, ehemaligen Buchhalter mit dem Urteilsentwurf, wobei er im Gutachten mehrere, wenn auch nicht dramatische Rechenfehler fand, die davor niemandem, nicht dem Sachverständigen, nicht mir und auch nicht den Parteien und deren Vertretern aufgefallen waren.

### 2.7. Der Sachverständige wankt bei der Gutachtenserörterung

Diese „Sünde“ wurde von etlichen Kollegen genannt. Richter lieben naturgemäß souveräne Sachverständige mit eindeutigen Antworten, denn sie initiieren öfter einen Vergleich oder lassen zumindest das Urteil leichter begründen. Der souveräne Sachverständige nimmt dem Richter viel Arbeit ab. So hatte ein medizinischer Sachverständiger ein Gutachten darüber zu erstatten, in welchem Ausmaß die Zuckerkrankheit des Klägers dazu beigetragen habe, dass ihm nach einem Unfall das Bein abgenommen werden musste. Er lieferte einen exakten Prozentsatz, bei dem er trotz heftiger Angriffe der beklagten Versicherung standhaft verblieb. Das folgende Urteil war sehr einfach, denn ich glaubte ihm und das ersparte mir, lang und breit über Fragen der Kausalität oder richterliches Ermessen zu argumentieren.

Sachverständige sollen sich nicht durch persönliche Angriffe, vorgebrachte Zweifel an der Fachkunde und aggressive, repetitive Fragestellung verunsichern lassen. Die „Sünde“ des unrichtigen Gutachtens wiegt aber viel schwerer. Bringt eine Partei nach Vorlage des Gutachtens neue Unterlagen oder wesentliche neue Tatsachen vor und der Sachverständige bestätigt, dass sie auf das Gutachtensergebnis Einfluss haben könnten, muss der Richter entscheiden, ob er zulässt, was er tun muss, wenn er der Partei die Vorlage zu diesem Zeitpunkt nicht als grobes Verschulden vorwerfen kann.

Wenn der Sachverständige dabei ein eigenes Versäumnis bemerkt oder wenn er aufgrund fachlicher Argumente im Erörterungsantrag oder eines Privatgutachtens erkennt, dass er seine Meinung zu bestimmten Punkten revidieren muss, dann sollte er das auf sachliche Weise tun. Niemand ist unfehlbar.

*Korrespondenz:*

*Dr. Elfriede Dworak*

*E-Mail: Elfriede.Dworak@justiz.gv.at*