

Tipps für Sachverständige aus der gerichtlichen Praxis*

1. Einleitung

In einer Bausache, die bei mir verhandelt wurde, ging es darum, ob eine unter einem Gebäude liegende gewendelte Zufahrt in die Parkgarage so eng gebaut war, dass sie nur mit einem Kleinwagen befahren werden konnte.

Der Sachverständige erstattete ein Gutachten in der Verhandlung, das sich lediglich auf die im Akt erliegenden Pläne stützte. Er kam zu dem Schluss, dass die Zufahrt ohne Weiteres auch mit einem größeren Auto befahren werden könne und daher allen Anforderungen genüge.

Nichtsdestotrotz stimmte das Gericht dem Ersuchen auf Durchführung eines Lokalaugenscheins zu.

Beim Lokalaugenschein erklärte der Sachverständige, dass er mit seinem PKW, einem größeren Fahrzeug der Marke Audi, die Abfahrt befahren werde, um zu demonstrieren, dass ein Einfahren in die Parkgarage ohne Schwierigkeiten möglich sei. Zu unser aller Entsetzen beschädigte der Sachverständige beim Versuch, die viel zu enge Abfahrt zu befahren, sein Auto in großem Umfang und bewies dadurch, dass eine Zufahrt zur Garage nur für Kleinwagen möglich war.

Wenn das Gericht und die Parteien auch Ihren großen Einsatz schätzen, so müssen Sie doch nicht so weit gehen, die Richtigkeit Ihres Gutachtens durch einen Selbstversuch unter Beweis zu stellen.

Abgesehen vom guten Tipp, im Zuge der Erstellung des Gutachtens nach Möglichkeit nicht Ihr Auto zu demolieren, möchte ich aus der Fülle der für einen Gerichtssachverständigen hilfreichen Tipps in diesem Vortrag einige besonders wichtige herausgreifen. Voranstellen möchte ich aber einige generelle Ratschläge, die banal und selbstverständlich klingen, die in der Hitze des Gerichtsgefechts manchmal gar nicht so einfach zu befolgen sind:

Bewahren Sie Gelassenheit und Ruhe, werden Sie niemals persönlich und lassen Sie sich auch von angriffslustigen Anwälten nicht aus der Reserve locken, denn: Der Experte sind nur Sie; vertrauen Sie immer auf Ihre Expertise. Sollte Ihnen aber doch einmal ein Fehler passiert sein, dann geben Sie diesen schnellstmöglich und ohne Umschweife zu.

Jetzt aber zu einigen ganz konkreten häufig auftretenden Herausforderungen.

2. Der unklare Gutachtensauftrag

Häufig sind Gutachtensaufträge nicht ausreichend bestimmt, auch weil dem Auftraggeber das Spezialwissen für eine präzisere Formulierung fehlt. Hier ist eine frühzeitige Kommunikation zwischen Gericht bzw Staatsanwaltschaft und Sachverständigem hilfreich.

Ein relativ typischer (unklarer) Auftrag im Zivilverfahren könnte zB lauten:

„Der Sachverständige möge Befund und Gutachten über Mängel am Objekt XY erstatten.“

Hier weiß der Sachverständige klassisch, nicht was er befunden soll. Der Grund ist der folgende: Verfahrensgegenständlich können selbstverständlich nur die Mängel sein, die von einer Partei im Verfahren aufgeworfen und beschrieben wurden.

Finden Sie nun einen Gutachtensauftrag wie den obigen vor, können Sie nicht wissen, was Sie befunden sollen, bzw müssten Sie sich der Mühe unterziehen, im Akt genau nachzuvollziehen, welche Mängel im Verfahren releviert worden sind. Dies ist in einfachen Verfahren wohl ohne größeren Aufwand möglich, dies kann aber in komplexen Verfahren einen enormen Zusatzaufwand darstellen, der eigentlich nicht Aufgabe des Sachverständigen ist.

Außerdem laufen Sie in diesem Fall Gefahr, dass Sie im Vorbringen der Partei etwas missverstanden haben. Sie übernehmen also das Risiko, dass Sie etwas befunden, was gar nicht gewünscht war.

Klar wird die Problematik, wenn Sie sich vorstellen, dass Sie (bei obigem unklarem Gutachtensauftrag und keiner vorherigen Abklärung, welche Mängel im Verfahren nun genau vorgebracht wurden) bei Ihrer Befundung einen gravierenden Mangel finden und diesen aufzeigen und eine der Parteien Sie daraufhin wegen Befangenheit ablehnt, weil dieser von Ihnen aufgefundene Mangel nie von einer der Parteien im Verfahren releviert worden ist (die Gründe dafür können vielfältig sein; meist werden sie wohl darin gelegen sein, dass dieser Mangel noch niemandem aufgefallen ist und Sie ihn nur durch Ihre Expertise und Ihren Expertenblick festgestellt haben).

Eine ganz besonders problematische Situation entsteht aber, wenn Sie bei der Befundung einen Mangel auffinden,

* Vortrag anlässlich des 16. Fachseminars für Sachverständige und Juristen „Spezielles aus Recht und Praxis im Sachverständigenwesen“ in Bad Hofgastein.

von dem Sie wissen (!), dass ihn keine der beiden Seiten bislang releviert hat, dessen Behebung aber sachgerecht wäre oder bei dessen Nichtbehebung sogar Gefahr im Verzug ist.

Besteht Gefahr im Verzug, dann sollten Sie unverzüglich und an Ort und Stelle Ihre Expertenmeinung dazu kundtun. Anders verhält es sich bei Mängeln, die nicht der sofortigen Behebung bedürfen, sprich: deren Behebung „nur“ sachgerecht wäre.

In diesem Fall sollten Sie die Weisung des Richters einholen, ob Sie den von Ihnen entdeckten Mangel aufzeigen sollen. Wenn Sie den Richter nicht erreichen, ist es besser, den von Ihnen entdeckten und im bisherigen Prozessvortrag noch nicht enthaltenen Mangel nicht zu erwähnen.

Davon zu unterscheiden ist die Situation, in der beide Parteien Sie an Ort und Stelle bitten, etwas zu befunden, das derzeit noch nicht prozessgegenständlich ist, und sich auch bereit erklären, die dafür entstehenden Kosten zu tragen. In diesem Fall empfiehlt es sich, dies im Protokoll genau festzuhalten.

Nichtsdestotrotz sollten Sie sich bewusst sein, dass Sie sich außerhalb des Gutachtensauftrags bewegen und Gefahr laufen, dass die Kosten für Ihre „Extrabefundung“ im Kostenvorschuss keine Deckung finden. Das Gericht weiß ja davon noch nichts, konnte also (noch) keinen Kostenvorschuss für Ihre „Extrabefundung“ auftragen. Sollten die Parteien die dadurch entstehenden Kosten nicht „nachschießen“, muss Ihnen klar sein, dass die Sanktion für die Nichteinhaltung oder Überschreitung des gerichtlichen Auftrags der Verlust des Gebührenanspruchs (einschließlich des Anspruchs auf Ersatz der Barauslagen) ist.

Wehren Sie sich auch gegen einen Gutachtensauftrag, in dem Sie nach einem „Verursacher“ gefragt werden, wenn Sie in Wirklichkeit nur die „Ursache“ feststellen können.

Auch die Frage, ob jemand etwas muss oder nicht muss, ist keine Sachverständigenfrage. Als Beispiel sei hier die Frage angeführt, ob jemand etwas hätte wissen müssen. Sie wird zwar oft so gestellt, in Wirklichkeit können Sie aber lediglich befunden und begutachten, ob ein verständiger und sorgfältiger Mensch in ähnlicher Position wie der Beklagte, Angeklagte oder Beschuldigte dies und jenes hätte erkennen können. Ob er diesen oder jenen Umstand auch hätte erkennen müssen (!), ist bereits eine Rechtsfrage und ist der Beurteilung durch den Richter vorbehalten.

Kurz gefasst: Der Sachverständige sollte bei einem unklaren Gutachtensauftrag nicht „ins Blaue“ hinein anfangen zu arbeiten, sondern er sollte in einem solchen Fall immer beim Richter oder Staatsanwalt nachfragen und um Präzisierung bitten.

Unter Umständen wird die Präzisierung des Gutachtensauftrags auch eine Verhandlung nötig machen, in der derjenige, der das Gutachten beantragt hat und in dessen Interessen die Einholung des Gutachtens liegt, klarstellen kann, was er genau befundet und begutachtet haben will. Dies sollte vom Sachverständigen mit dem Richter be-

sprochen werden. Eine möglichst enge Kommunikation zwischen Sachverständigem und Richter ist immer von Vorteil, agiert der Sachverständige doch als Hilfsorgan des Richters.

Fallweise kommt es auch vor, dass Richter dem Sachverständigen einen Akt lediglich „zur Abhaltung einer Büroverhandlung“ schicken, was verklausuliert heißt, dass der Sachverständige ausloten soll, wie die gegenseitigen Standpunkte sind, und – wenn möglich – den Abschluss eines Vergleichs vorbereiten oder mit den Parteien bewerkstelligen soll.

Auch die Annahme eines solchen Auftrags ist möglich, eine Rücksprache mit dem Richter ist aber auch hier ratsam. Insbesondere wird hier das Augenmerk darauf zu legen sein, wie der Sachverständige seine Leistungen, die im Wesentlichen in der Auslotung von Vergleichsmöglichkeiten bestehen, verrechnen kann. Erliegen genügend Kostenvorschüsse im Akt und wird unter Umständen sogar vorher angesprochen, ob der Sachverständige seine Leistungen nach § 34 GebAG (Gebühr für Mühewaltung) verrechnen kann, sehe ich kein Problem.

Manche Akten sind so komplex, dass der Prozessstoff (und unter Umständen auch der Gutachtensauftrag) erst sinnvoll in einer solchen „Büroverhandlung“ herausgearbeitet werden kann.

Manchmal wird auch nur aufgetragen: *„Derzeit nur an der Verhandlung teilzunehmen.“*

Ein Gutachtensauftrag an Sie könnte wie folgt lauten:

„Zum Sachverständigen wird XY mit dem Auftrag bestellt, Befund und Gutachten über die Schadensursache zu erstatten. Derzeit wird der Sachverständige aber nur beauftragt, an den Verhandlungen teilzunehmen und allenfalls zielführende Fragen an die Zeugen bzw Parteien zu stellen.“

Ein solcher Auftrag macht in vielen Verfahren Sinn. Während es zB in den Niederlanden in diversen Spezialmaterien Fachsenate gibt, in denen der Spruchkörper (der Senat) von vornherein auch mit einem Fachmann aus dem Spezialgebiet (zB bei Fällen, in denen es um medizinische Fehlbehandlung geht, mit einem Mediziner und in Bauverfahren mit einem Fachmann aus der Baubranche) besetzt ist, hat bei uns der Richter im Regelfall nur dann das Privileg, einen Sachverständigen beiziehen zu können, wenn dies beantragt wird, und nur zur Klärung der im Antrag aufgeworfenen Fragen. In aller Regel wird das Gutachten auch eher spät im gerichtlichen Verfahren eingeholt, oft zu einem Zeitpunkt, in dem die Parteien- und Zeugeneinvernahmen bereits erfolgt sind.

Viel sinnvoller wäre es allerdings, den Sachverständigen gleich von Anfang an in das Verfahren miteinzubeziehen und seine Unterstützung bereits bei der Durchführung der Parteien- und Zeugeneinvernahmen in Anspruch zu nehmen. Sind Sie also bereits von Anfang an zur Teilnahme an den mündlichen Streitverhandlungen geladen, so soll dies sicherstellen, dass die „richtigen“ Fragen an Partei-

en und Zeugen gestellt werden und Widersprüche – auch zwischen Aussage und Urkunde – rasch aufgeklärt werden. Die „richtige“ Frage ist in diesem Fall eine technisch richtige bzw. eine fachspezifisch richtige und der Richter erwartet von Ihnen, dass Sie von Anbeginn an Ihre Expertise einbringen.

Zu diesem Zweck sollten Sie unbedingt vor der Verhandlung den Akt verlangen und sich auch die Urkunden durchlesen, damit Sie den Richter bei der Befragung unterstützen können. In einem meiner Verfahren, in dem es um die Qualität und Beschaffenheit eines Tretrollers für Erwachsene ging (die Lenkergabel war gebrochen und die Klägerin auf einer abschüssigen Straße zu Sturz gekommen), fand der Sachverständige, der bei allen Befragungen anwesend war, heraus, dass das Dokument über die in Hongkong durchgeführte Produktprüfung in der englischen Fassung von der deutschen abwich (in der deutschen Fassung war ein weiterer Parameter ergänzt worden, der angeblich vom Institut geprüft worden war; in der englischen Fassung fehlte dieser Parameter).

Dies bedeutete nichts anderes als dass in der deutschen Fassung des Prüfprotokolls ein Test ergänzt worden war, der im Original fehlte. Ein Test, den offenbar das Prüflabor in Hongkong nie durchgeführt hatte. Außerdem recherchierte der Sachverständige, dass das in Hongkong ansässige Prüfinstitut, dessen Prüfberichte die Tauglichkeit des Tretrollers belegen sollten, nicht in der EU zertifiziert ist.

Der Richter wird Ihnen dankbar sein, wenn Sie den Akt gut vorbereitet haben und bei der Befragung Ihre Expertise einbringen. Scheuen Sie sich auch nicht, falls Sie angerufen und gefragt werden, ob Sie die Zeit und das Fachwissen für einen speziellen Gutachtensauftrag haben, die Anregung einzubringen, dass es Sinn macht, von Anfang an bei den Befragungen dabei zu sein, wenn Sie dieser Meinung sind.

Bitte schrecken Sie auch nicht davor zurück, den Richter darauf aufmerksam zu machen, dass Sie noch die Ergebnisse von weiteren Zeugeneinvernahmen brauchen, wenn Ihnen der Akt „verfrüht“ übersandt wurde. Auch hier können Sie darauf aufmerksam machen, dass es Sinn macht, bereits bei diesen Einvernahmen dabei zu sein und Ihre Expertise einzubringen, wenn Sie dieser Meinung sind.

Sie können sich im Übrigen nicht darauf berufen, dass Sie im Zeitpunkt der Gutachtenerstattung noch nicht alle erforderlichen Informationen gehabt haben und argumentieren diese hätten sich erst in den folgenden Verhandlungen ergeben.

Dazu sagt 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 ...“⁴¹

Der Sachverständige darf sich auch nicht darauf verlassen, dass es ihm ermöglicht werde, sein Gutachten im Zuge der Erörterung zu korrigieren oder zu ergänzen.

3. Befangenheit

Jetzt zu einem ganz speziellen Kapitel, nämlich dem der Befangenheit. Kein Richter schätzt es, wenn ihm mitten im Verfahren der Sachverständige „abhandenkommt“.

Daher zwei Tipps vorab: Bemühen Sie sich darum, dem Gericht allfällige Kontakte mit einer der Parteien frühestmöglich mitzuteilen, damit der Richter unter Berücksichtigung Ihrer Stellungnahme, ob Sie sich befangen fühlen oder nicht, entscheiden kann, ob er Sie in diesem Verfahren beiziehen will, und nehmen Sie ungerechtfertigte Befangenheitsanträge nicht persönlich und ersuchen Sie in diesem Fall nicht um Ihre Abberufung.

Um unliebsame Überraschungen mitten im Verfahren zu vermeiden, teilen Sie bitte jeden Kontakt, den Sie zu einer der Parteien gehabt haben, dem Richter mit.

Auch nur „harmlose“ Treffen im selben kollegialen Umfeld (zB „den Beklagten auf einer Konferenz getroffen“, „treffen immer wieder bei Fachvorträgen aufeinander“, „haben uns bei einer Zusatzausbildung kennen gelernt“) und selbstverständlich auch gravierendere Verschränkungen (wie „habe bereits ein Privatgutachten für eine der Parteien erstattet“).

Ein solches Schreiben könnte zB wie folgt aussehen:

„Ich bedanke mich für den Gutachtensauftrag, darf Ihnen aber zuvor folgenden Punkt zur Kenntnis bringen:

Als Mitglied der ...-Gesellschaft möchte ich bekannt geben, dass ich den Beklagten persönlich kenne. Der Kontakt beschränkte sich in der Vergangenheit jedoch ausschließlich auf berufliche Veranstaltungen (Kongresse, Advisory Boards). Persönlich fühle ich mich jedenfalls dadurch nicht befangen.

In Erwartung der endgültigen Entscheidung über die Vorgangsweise verbleibe ich ...“

Ein häufiger Fall ist der, dass der Sachverständige schon ein Privatgutachten erstattet hat oder einen Auftrag angenommen hat von einer Firma, die derselben Firmengruppe angehört wie eine der Parteien. Vertrauen Sie in solchen Fällen immer auf die Entscheidung des Richters, der berücksichtigen wird, dass der Befangenheitsbogen nicht überspannt wird.

In einem Bauverfahren wurde moniert, dass der Sachverständige als Privatgutachter gegen eine Firma gear-

beitet habe, die demselben Firmenkomplex angehört wie eine der Prozessparteien. Eine Befangenheit wurde vom Sachverständigen in Abrede gestellt. Hier hat der Richter den Ablehnungsantrag ohne tiefer gehende Begründung verworfen. Es wurde im Beschluss lediglich gesagt: *„Die Angelegenheit steht in keinem Zusammenhang mit dem gegenständlichen Rechtsstreit.“*

Eine Überspannung des Befangenheitsbogens wäre es nämlich, immer schon dann eine Befangenheit anzunehmen, wenn der Sachverständige in der Vergangenheit schon einmal einen Auftrag von einer der Prozessparteien angenommen hat. In der Baubranche gibt es zB einige wenige „Big Player“, deren Dominanz im Markt dazu führt, dass Sachverständige in manchen Fachgebieten fast zwangsläufig in der Vergangenheit im einen oder anderen Auftragsverhältnis gestanden sind. Hier muss mit Augenmaß vorgegangen werden. Wichtig ist hier Transparenz (!); im Übrigen sollte dem Sachverständigen – wie auch dem Richter – vertraut werden, wenn er mitteilt, er fühle sich in einer Sache nicht befangen. Wichtig ist aber: Teilen Sie diese Aufträge aus der Vergangenheit unbedingt mit.

Wie es bei Gerichten dem Befangenheitssenat vorbehalten bleibt, über die Befangenheit eines Richters zu entscheiden, so muss sich der Sachverständige – nach Offenlegung aller Umstände – der Entscheidung des Richters anvertrauen, der letzten Endes sagen wird, ob er dem Ablehnungsantrag Folge gibt oder nicht. Richter entwickeln – schon aus der Historie der eigenen Ablehnungen wegen Befangenheit – ein Gespür dafür, ob ein Ablehnungsantrag Substanz hat oder nicht.

Ein Fall lag wie folgt:

Ein Sachverständiger war an ein und demselben Gericht im einen Fall als Sachverständiger bestellt und im anderen Akt war er der 100 %-Anteilsinhaber und Geschäftsführer der klagenden Partei. Beide Fälle waren vom selben Richter zu verhandeln. Der Sachverständige hat zwar richtigerweise dem Richter bekannt gegeben, dass er in einem seiner Fälle der Sachverständige sei und in einem anderen seiner Fälle der Kläger (wenn auch gefiltert durch die Firmenkonstruktion), aber erst nach der Befundaufnahme, also zu einem Zeitpunkt, wo er in dem Akt, in dem er als Sachverständiger bestellt war, bereits maßgebliche Arbeiten verrichtet hatte.

Hier wäre eine Bekanntgabe zu einem früheren Zeitpunkt ratsam gewesen. Es kann selbstverständlich nicht davon ausgegangen werden, dass der Sachverständige in dem Akt, in dem er als Sachverständiger agiert hat, dadurch, dass er einem ganz anderen Verfahren der Kläger ist, befangen ist. Ein Problem könnte aber im Hinblick auf Unvoreingenommenheit des Richters, der beide Verfahren entscheiden muss, entstehen. Der Richter ist in der unangenehmen Situation, dass er in einem Verfahren den Sachverständigen als Hilfsorgan für seine Urteilsfindung herangezogen hat und ihm daher zwangsläufig sein Vertrauen schenkt, während er im anderen Verfahren gezwungen ist, beide Seiten (Kläger und Beklagter) unvoreingenommen

zu betrachten und in seiner Beweiswürdigung unter Umständen auch entscheiden muss, ob er dem Kläger, also dem Sachverständigen, dem er in einem anderen Verfahren vertraut und sich auf seine Expertise stützt, Glauben schenkt oder nicht.

Auch hier hilft nur größtmögliche Transparenz. Der Sachverhalt muss so frühzeitig wie möglich dem Richter dargelegt werden, einerseits damit der Richter entscheiden kann, ob er sich in dem Verfahren, in dem der Sachverständige der Kläger ist, befangen fühlt, und, sollte er sich auch nicht befangen fühlen, damit er in diesem Verfahren der beklagten Partei enthüllen kann, dass der Sachverständige in einem anderen Akt für ihn als Experte tätig ist. Nur so bleibt das Recht der beklagten Partei gewahrt, den Richter wegen Befangenheit abzulehnen.

Auch emotionale Auseinandersetzungen mit einer der Streitparteien sind tunlichst zu vermeiden und führen leicht zu einer Ablehnung wegen Befangenheit.

Hier sind mir zwei Dialoge in Erinnerung geblieben:

Im einen Fall wurde ein medizinisches Gutachten in der mündlichen Verhandlung erörtert und es war bereits mehr als klar, dass die Klägerin, die von Beruf Zahnarthelferin war, dieses Verfahren verlieren wird. Es entspann sich folgender Dialog:

Der Sachverständige, der offenbar eine Art von menschlicher „Brücke“ zur Klägerin aufbauen wollte, deren Ansprüche er verneinte: *„Sie sind ja Zahnarthelferin. Da weiß ich, dass Sie nicht viel verdienen. Meine Schwester ist Zahnärztin und hat auch eine Zahnarthelferin. Deswegen weiß ich das.“*

Daraufhin die Klägerin wie aus der Pistole geschossen und in konfrontativem Ton: *„Ich kann mir vorstellen, dass Ihre Schwester ihrer zahnärztlichen Assistentin nichts bezahlt, aber machen Sie sich keine Sorgen. Ich habe mich noch nie unterbezahlt gefühlt. Ich verdiene sehr gut dort, wo ich arbeite.“*

Dieser Sachverständige entging knapp einer Ablehnung.

Genauso wie der Sachverständige, der zum Beklagten, der holländischer Staatsbürger war, sagte: *„Aus Holland sind Sie – da sind wir im Krieg auch einmarschiert!“*

Auch er entging nur knapp einer Ablehnung.

Auf solche persönlichen Kommentare ist selbstverständlich unbedingt zu verzichten.

Ein anderes Problem stellt der unbegründete Befangenheitsantrag dar, der gestellt wird, weil einer der Streitparteien das Ergebnis Ihres Gutachtens nicht gefällt.

In einem meiner Fälle warf der Kläger einem Krankenhaus eine medizinische Fehlbehandlung mit gravierenden Folgen vor. Der vom Gericht bestellte Sachverständige kam zu dem Schluss:

„Bei der Operation vom ... kam es zu einer Komplikation (Ein- bzw Abklemmen des Nervus ... unter einer Draht-

schlinge ...), welche intraoperativ nicht erkannt wurde. Somit ist eine Verletzung der gebotenen Sorgfaltspflicht festzustellen. Daher ist die Behandlung und Vorgehensweise als nicht lege artis einzustufen. Festgestellt wird, dass im verfahrensgegenständlichen Fall ein Behandlungsfehler betreffend die Operation vom ... vorliegt.“

Das beklagte Krankenhaus stellte, nachdem der Sachverständige in mehreren Ergänzungsgutachten bei seiner Meinung, es habe sich hier um einen Behandlungsfehler gehandelt, geblieben war, schließlich einen Ablehnungsantrag, verbunden mit dem Antrag auf Bestellung eines anderen Sachverständigen, mit folgender Begründung:

„Der Sachverständige gehe auf begründete Einwände und Fragen der beklagten Partei nicht ein. Im Übrigen habe er eine gegenteilige Aussage eines Zeugen nicht berücksichtigt.“

Ersterer Vorwurf war völlig haltlos. Der Sachverständige war in seinem Gutachten und in mehreren Ergänzungsgutachten akribisch auf die Fragen der beklagten Partei eingegangen und der Umstand, dass der Sachverständige auf die gegenteilige Aussage eines Zeugen (nämlich des Arztes, der die Operation durchgeführt hatte) nicht eingegangen war, erklärte sich daraus, dass es einen Operationsbericht gab, den der Sachverständige seinem Gutachten zugrunde gelegt hatte und der von eben jenem Zeugen unmittelbar nach der Operation verfasst worden war.

Das Gericht lehnte den Ablehnungsantrag der beklagten Partei mit ausführlicher Begründung ab und kam zu dem Schluss, dass die ins Treffen geführte Befangenheit nicht vorliegt, *„sondern, dass der beklagten Partei schlicht das Ergebnis der Beurkundung und Begutachtung nicht gefällt.“*

In seiner Rekursentscheidung ging das zuständige Oberlandesgericht auf die Argumente im Ablehnungsantrag ein und führte aus:

„Ein zureichender Grund, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen, liegt in jeder Tatsache, die bei verständiger Würdigung ein subjektives Misstrauen der Partei in seine Unparteilichkeit rechtfertigen kann. Die Bestimmung des § 355 ZPO will aber auch verhindern, dass der Sachverständige zwar formell wegen eines Befangenheitsgrundes, tatsächlich aber deshalb abgelehnt wird, weil das Gutachten einer Partei ungünstig erscheint (RIS-Justiz RS0040665). Allein aus seiner Tätigkeit als Sachverständiger können daher grundsätzlich keine gerechtfertigten Bedenken gegen seine Unbefangenheit abgeleitet werden. Die Kompetenz des Sachverständigen und die Qualität seiner Tätigkeit hat der Richter – etwa im Zuge seiner Verhandlungsführung oder bei seiner Sachentscheidung – zu beurteilen.“

An anderer Stelle führte das Oberlandesgericht aus: *„Einschätzungen über die Schwere eines Kunstfehlers gehören gleichermaßen zum inhaltlichen Kern der Sachverständigentätigkeit. Nur weil er eine solche Einschätzung in aller Deutlichkeit gegen den Standpunkt einer Partei ab-*

*gibt, besagt nicht, dass dieser eine Voreingenommenheit zugrunde läge.“*²

Wenn Sie aufgrund unsachlicher Argumente abgelehnt werden, weil einer der Parteien das Ergebnis Ihres Gutachtens nicht gefällt, kann nur der Rat gegeben werden: Bleiben Sie sachlich, aber doch standfest bei Ihrer Meinung! Nehmen Sie Anfeindungen auf gar keinen Fall persönlich. Fühlen Sie sich nach Möglichkeit nicht in Ihrer Berufsehre gekränkt und ersuchen Sie bitte nicht um Ihre Abberufung.

Denn wie schon eingangs gesagt: Kein Richter schätzt es, wenn ihm mitten im Verfahren der Sachverständige „abhandenkommt“. Der Richter braucht Sie als standfesten Fachmann an seiner Seite. Sie haben in Ihrem Gutachten eine Meinung vertreten, die begründet ist und auf Ihrer Recherche und Expertise fußt. Bleiben Sie daher bei Ihrer Meinung.

Sollten Sie anlässlich eines solchen Befangenheitsantrags, der eigentlich auf den Inhalt Ihres Gutachtens abzielt, oder auch anlässlich eines Privatgutachtens, das zu anderen Schlussfolgerungen kommt als Sie, aber entdecken, dass Ihnen bei Ihrer Gutachtenserstattung ein Fehler unterlaufen ist, so geben Sie dies bitte möglichst schnell zu. Sie können Ihr Gutachten immer ergänzen bzw. korrigieren, wenn Sie erläutern, warum Sie nunmehr zu anderen Schlussfolgerungen kommen.

4. Befundaufnahme

Es wurde oben bereits auf die Schwierigkeiten der Befundaufnahme bei unklarem Gutachtensauftrag hingewiesen. Es sei noch einmal wiederholt, dass es für Sie als Sachverständiger von essenzieller Bedeutung ist, dass Sie genau wissen, was Sie überhaupt befunden sollen.

Es versteht sich von selbst, dass die Befundaufnahme immer zweiseitig ist und dass Sie beide Parteien zu Ihrer Befundaufnahme laden müssen.

In einem meiner Verfahren, in dem es um die Diebstahls- oder besser Anti-Diebstahlsicherungen auf einem gegen Bezahlung zugänglichen Großparkplatz ging, lud der Sachverständige immer nur jene Partei zu seiner Befundaufnahme, die die entsprechenden Fragen gestellt hatte.

In diesem Fall gab es zunächst ein Gutachten und darauf folgend zwei Ergänzungsgutachten. Die beiden Ergänzungsgutachten wurden notwendig, weil beide Seiten nach dem Gutachten noch Ergänzungsfragen an den Sachverständigen hatten, die jeweils eine neuerliche Befundung notwendig machten. Zu jeder der beiden ergänzenden Befundungen lud der Sachverständige nur diejenige Partei, die die ergänzenden Fragen gestellt hatte. Die andere Partei wurde von der ergänzenden Befundung nicht informiert.

Auch dies provozierte einen Ablehnungsantrag gegen den Sachverständigen, da zu Recht gesagt wurde, er verletze das beiderseitige Gehör. Dem Ablehnungsantrag wurde schlussendlich nicht Folge gegeben, weil keine willentliche Bevorzugung einer Partei im Verhalten des Sachverständigen

digen zum Ausdruck kam, sondern lediglich seine Unwissenheit. Die Befundaufnahme musste natürlich wiederholt werden.

§ 183 ZPO besagt, dass der Richter Personen, von denen nach der Klage oder dem Gang der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatsachen zu erwarten ist, als Zeugen laden kann, dies allerdings nur dann, wenn sich nicht beide Parteien dagegen aussprechen. Dies muss wohl analog auch für Ihre Befundaufnahme gelten und bedeutet, dass Sie jede Person zu Ihrer Befundaufnahme laden können, von der Sie sich Aufklärung über erhebliche Tatsachen erwarten. In aller Regel werden dies wohl Personen sein, die bereits im Gerichtsakt als Zeugen beantragt wurden. Es steht Ihnen aber auch frei, andere Personen zu laden, von denen Sie Hilfe bei der Lösung der zu beantwortenden Fragen erhoffen. Eine Grenze findet dies wohl, wie bereits oben erwähnt, wenn beide Parteien sich gegen die Ladung einer bestimmten Person aussprechen. Deswegen sollten Sie, wenn Sie tatsächlich planen, eine Person zu laden, die bislang im Verfahren noch nicht beantragt wurde, zuvor Rücksprache mit den Anwälten halten und Ihr Vorhaben ankündigen oder Sie sollten zuvor Rücksprache mit dem Richter halten.

Ich spreche hier wohlgerne nicht von Hilfskräften oder Hilfgutachtern, die Sie für die Ausübung Ihrer Tätigkeit vielleicht brauchen, sondern von Personen, die im Verfahren Zeugenstatus haben oder noch von keiner Seite beantragt wurden und die bei Ihnen „Auskunftspersonen“ heißen.

Dass Sie in Ihren Ladungen darauf hinweisen, dass eine Zeugengebühr zusteht, versteht sich von selbst. Für den Fall, dass Zeugengebühren verlangt werden, verweisen Sie denjenigen bitte an das Gericht. Nur das Gericht kann Zeugengebühren bestimmen und anweisen.

Ein Problem, das immer wieder auftaucht, ist die „Vernehmung“ von Personen (anlässlich der Befundaufnahme) durch den Sachverständigen.

Hier kann nur empfohlen werden, dies genau zu dokumentieren und nicht Aussagen von Parteien oder Zeugen ohne Nennung, woher die Information kommt, dem Gutachten zugrunde zu legen. Die Verwertung (!) der Informationen, die Ihnen Auskunftspersonen oder von den Parteien beigezogene Personen an Ort und Stelle geben, ist ein schwieriges Kapitel bei der Befundaufnahme.

Einerseits benötigt der Sachverständige gewisse Informationen (zB wo sich der Unfall abgespielt hat, ob eine Türstaffel auch zum Zeitpunkt des Sturzes schon an derselben Stelle eingebaut war, mit welchen Einstellungen eine Maschine zu einem bestimmten Zeitpunkt gelaufen ist und dergleichen), andererseits darf er natürlich nicht vorwegnehmend Beweise würdigen und den Inhalt der Aussage einer Partei oder einer Auskunftsperson unhinterfragt als Tatsache verwerten.

Auch hier hilft nur größtmögliche Transparenz. Der Sachverständige muss angeben, was Grundlage seiner

Schlussfolgerungen, also seines Gutachtens, ist. Und wenn dies der Inhalt einer anlässlich der Befundaufnahme abgegebenen Aussage ist, dann muss er dies angeben.

Nur so lässt er dem Richter die Möglichkeit, die an Ort und Stelle vor dem Sachverständigen abgegebene Aussage zu würdigen. In aller Regel wird der Richter eine Person, auf deren inhaltliche Aussage sich der Sachverständige stützt, als Zeuge vor Gericht hören wollen.

Machen Auskunftspersonen vor dem Sachverständigen widerstreitende Aussagen (zB „Der Bremsentschluss wurde 30 Meter vor der späteren Unfallstelle gefasst“ oder „Der Bremsentschluss wurde 100 Meter vor der späteren Unfallstelle gefasst“ oder „Die Maschine lief damals mit den Einstellungen XY“ bzw „Die Maschine lief damals mit den Einstellungen YZ“) und der Sachverständige hat keine anderen Anhaltspunkte, kann der Sachverständige in seinem Gutachten auch alternative Schlussfolgerungen treffen, also: „Wenn XY zutrifft, dann ist die Schlussfolgerung die folgende ... Und wenn YZ zutrifft, dann ist die Schlussfolgerung die folgende ...“

Andererseits kann und soll der Sachverständige dann, wenn sich Abläufe nicht mehr klären lassen, ohne Umschweife dartun, dass er einen Sachverhalt nicht mehr klären kann. Unklare Aussagen des Sachverständigen stellen (genauso wie umgekehrt der unklare Gutachtensauftrag für den Sachverständigen) für den Richter ein großes Problem dar.

Oft wird versucht, mit unklaren oder zumindest nicht eindeutigen Formulierungen doch noch „irgendwie“ zu einer Gutachtensaussage zu kommen. Wenn aber der Befund kein oder kein eindeutiges Ergebnis erbracht hat und alternative Schlussfolgerungen ausscheiden, dann kann das Ergebnis des Gutachtens nur lauten, dass der Sachverständige die gestellte Frage nicht beantworten kann, weil sie sich nicht mehr beantworten lässt.

Wenn also zB bestimmte Produktionsabläufe in einer Fabrik nicht mehr nachvollzogen werden können (weil sich zB inzwischen die diese aufzeichnende Software geändert hat), dann muss ohne Umschweife gesagt werden, dass der Gutachtensauftrag, in welchem aufgetragen wurde ein Gutachten darüber zu erstatten, ob während des Produktionsprozesses Abweichungen von den einzuhaltenden Parametern aufgetreten sind (die dann in weiterer Folge unter Umständen zu einer Fehlerhaftigkeit des hergestellten Produkts geführt haben), nicht erfüllt werden kann, dass also keine Aussage mehr getroffen werden kann.

Viele Sachverständige scheuen den Satz: „Dieser und jener Umstand kann nicht mehr geklärt werden, ich kann daher keine Aussage darüber treffen.“

Fast nichts ist für den Richter so unangenehm, wie ein Gutachten, in dem versucht wird, aus einem nicht eindeutig zu klärenden Vorgang eindeutige Aussagen zu treffen. Ein solches Gutachten wird auch der anwaltlichen Über-

prüfung nicht standhalten und aller Voraussicht nach zu unnötigen Erörterungen führen.

Aus der Richtersicht ist ein Ergebnis, das dahin gehend lautet, dass dieser oder jener Umstand, der Inhalt des Gutachtensauftrags war, nicht mehr geklärt werden kann, ein valides und wertvolles Ergebnis. Für den Richter gibt es in diesem Fall ein eindeutiges Prozedere. Er geht nach den Regeln der Beweislastverteilung vor.

Dies bedeutet im Zivilverfahren, dass jene Partei, die ein ihr Vorbringen stützendes Gutachtensergebnis gebraucht hätte, falls die anderen Beweisergebnisse nicht hinreichen, den Prozess verloren hat. Im Strafverfahren bedeutet dies, dass, wenn die Staatsanwaltschaft ein ihre Anklage stützendes Gutachten benötigt, um die Schuld des Angeklagten zu beweisen, im Gutachten aber der zu beurteilende Umstand nicht geklärt werden kann und die anderen Umstände für eine Verurteilung nicht hinreichen, der Angeklagte nach dem Grundsatz „*in dubio pro reo*“ freizusprechen ist.

Scheuen Sie sich also nicht, in Ihrem Gutachten zu dem Schluss zu kommen, dass ein Umstand nicht mehr geklärt werden kann und dass daher eine eindeutige Gutachtensaussage unmöglich ist.

Zurück zur Befundaufnahme:

Mache Richter möchten die Urkunden, die der Sachverständige entgegennimmt, zunächst zum Akt nehmen, um der Gegenpartei Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern. Dies ist auch der formal richtige Weg. Die ZPO gibt vor, dass alle Urkunden, die der Sachverständige verwertet, zunächst dem Richter vorgelegt werden müssen, damit dieser sie der Gegenpartei zu einer Urkundenäußerung übermitteln kann (oder sie auch wegen Irrelevanz zurückweisen kann).

Die meisten Richter haben nichts dagegen und fördern dies sogar, dass Urkunden dem Sachverständigen direkt vorgelegt werden. Sie wollen einerseits den Akt nicht aufblähen und andererseits keine Urkunden entgegennehmen, die der Sachverständige für seine Gutachtenserstattung ohnedies nicht braucht. Es empfiehlt sich aber eine Rückfrage beim Richter, ob der Sachverständige Urkunden von den Parteien direkt entgegennehmen darf. Dass der Sachverständige diese Urkunden bei den Grundlagen im Gutachten nennen muss, versteht sich von selbst.

Ich möchte ein Beispiel nennen, bei dem eine Befundaufnahme besser hätte abgebrochen werden sollen:

Ein Bausachverständiger erhielt den Auftrag, bei einem Rohbau am Land Befund aufzunehmen. Er lud beide Parteienvertreter zur Befundaufnahme ein. Als er zur angegebenen Uhrzeit beim Objekt eintraf, war außer ihm niemand da.

Da es sich um einen Rohbau handelte, zu dem er sich ohne Weiteres Zutritt verschaffen konnte, indem er eine Verplankung abschraubte, betrat er das Objekt und führte

seine Befundaufnahme durch. Ein Nachbar beobachtete ihn dabei und verständigte den Eigentümer. Der Eigentümer wiederum zeigte den Sachverständigen an, was dem Sachverständigen ein Strafverfahren wegen Hausfriedensbruchs eintrug.

Dies zeigt: Brechen Sie in Zweifelsfällen lieber die Befundaufnahme ab und nehmen Sie Kontakt mit dem Richter auf. Es hätte im vorliegenden Fall ja auch sein können, dass die Parteien sich in der Zwischenzeit geeinigt haben und es durch einen Fehler unterblieben ist, Sie davon zu verständigen.

In diesem Fall wäre der Aufwand für die Befundaufnahme gar nicht mehr notwendig gewesen und aller Wahrscheinlichkeit ergibt sich aus einer nicht notwendigen Befundaufnahme, selbst wenn Sie als Sachverständigen kein Verschulden trifft, anschließend eine für alle Beteiligten unerfreuliche Gebührendebatte.

Wir haben schon bisher gesehen, dass größtmögliche Transparenz eine der wichtigsten Grundlagen dafür ist, eine Fülle möglicher Schwierigkeiten als Gutachter von vornherein auszuschließen.

5. Zeitüberschreitung und Folgen

Transparenz und realistische Einschätzung Ihrer Kapazitäten sind auch wichtig, um eine für die Parteien besonders frustrierende Erfahrung hintanzuhalten, nämlich die der Zeitüberschreitung bei Gutachten. Bitte lehnen Sie Gutachtensaufträge von vornherein ab, wenn Ihnen die Zeit und/oder die Kapazität fehlen, sie zeitgerecht abzuwickeln. Krasse Zeitüberschreitungen sind nicht nur unangenehm, sie haben auch handfeste Konsequenzen.

Die Gebühr für Mühewaltung ist um ein Viertel zu mindern, wenn

- der Sachverständige aus seinem Verschulden seine Tätigkeit nicht innerhalb der vom Gericht festgelegten Frist erbracht hat oder
- sein Gutachten so mangelhaft abgefasst hat, dass es nur deshalb einer Erörterung bedarf.

Der genaue Wortlaut des § 25 Abs 3 GebAG lautet:

„Ist die Tätigkeit des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben, so hat er keinen, sonst nur einen Anspruch auf die seiner unvollendeten Tätigkeit entsprechende Gebühr. Hat der Sachverständige aus seinem Verschulden seine Tätigkeit nicht innerhalb der vom Gericht festgelegten Frist erbracht oder sein Gutachten so mangelhaft abgefasst, dass es nur deswegen einer Erörterung bedarf, so ist die Gebühr für Mühewaltung um ein Viertel zu mindern.“

Festzuhalten ist hier, dass es sich nicht um eine Kann-, sondern um eine Muss-Bestimmung handelt. Das Gericht ist also verpflichtet (!), die Gebühr um ein Viertel zu mindern, wenn der Sachverständige sein Gutachten aus seinem Verschulden verspätet abliefern.

Eine weitere Konsequenz, die in diesem Fall droht, ist die Ordnungsstrafe, die in § 354 Abs 1 ZPO geregelt ist. Dort steht:

„Wenn ein zur Erstattung des Gutachtens bestellter Sachverständiger die Abgabe des Gutachtens ohne genügenden Grund verweigert, ohne genügende Entschuldigung das Gutachten nicht in der festgesetzten Frist erstattet oder trotz ordnungsgemäßer Ladung bei der zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung nicht erscheint, ist ihm der Ersatz der durch seine Weigerung oder seine Säumnis verursachten Kosten durch Beschluß aufzuerlegen; außerdem ist der Sachverständige in eine Ordnungsstrafe oder bei mutwilliger Verweigerung der Abgabe des Gutachtens in eine Mutwillensstrafe zu verfallen. ...“

Es kommt tatsächlich vor, dass über Sachverständige Ordnungsstrafen verhängt werden. Ein besonders krasser Fall hat sich wie folgt abgespielt.

Am 16. 12. wurde der Sachverständige bestellt und beauftragt, ein Gutachten zu erstatten innerhalb von 12 Wochen, also bis zum 16. 3. Das Gutachten langte innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist nicht ein. Am 10. 5. wurde der Sachverständige vom Richter mittels Note aufgefordert, sein Gutachten zu übermitteln.

Der Sachverständige rief daraufhin am 31. 5., also drei Wochen nach Übermittlung der Note, den Richter an und ersuchte, die Frist für das Gutachten bis Ende Juni zu erstrecken. Als Begründung gab er an, er könne seit drei Monaten wegen eines Bandscheibenvorfalles nicht arbeiten. Die Fristerstreckung bis Ende Juni wurde vom Richter gewährt.

Am 7. 7., also eine Woche nach Ablauf der Frist, ersuchte der Sachverständige um eine weitere Erstreckung, dieses Mal bis 15. 8.

Am 14. 9., also einen Monat nach Ablauf der vom Sachverständigen gewünschten Verlängerungsfrist, ersuchte der Richter per E-Mail um die Übermittlung des Gutachtens.

Am 3. 10., also mehr als zwei Wochen nach Erhalt dieses E-Mails, rief der Sachverständige den Richter an und teilte ihm mit, das Gutachten werde *„in 14 Tagen“* einlangen.

Am 25. 10., also mehr als sieben Monate nach Ablauf der ursprünglich gesetzten Frist, langte das Gutachten bei Gericht ein.

Das Gutachten litt allerdings an einem Mangel. Der Sachverständige hatte bei der einzig von ihm durchgeführten Befundaufnahme nur die klagende Partei eingeladen, nicht aber die beklagte Partei, was prompt einen Ablehnungsantrag der beklagten Partei provozierte.

Der Richter lehnte zwar diesen Ablehnungsantrag ab (mit der Begründung, der Sachverständige habe zwar einen gravierenden Fehler begangen, habe aber die beklagte Partei nicht in ihren Rechten beschneiden wollen), trug aber dem Sachverständigen im gleichen Beschluss auf, die Befundaufnahme unter Zuziehung beider Parteien zu wiederholen und das Gutachten nach dieser Befundauf-

nahme neuerlich zu erstatten. Dieser Beschluss wurde am 29. 6. gefasst.

Als der Sachverständige mehr als zwei Monate später immer noch keinen Befundtermin festgesetzt hatte, wandte sich (am 5. 9.) eine der beiden Parteien an den Richter und ersuchte, dem Sachverständigen einen Termin für die Befundaufnahme aufzutragen.

Daraufhin fasste der Richter einen Beschluss, in dem er eine Ordnungsstrafe von € 800,- verhängte und zugleich aussprach, dass der Sachverständige *„die durch seine Säumnigkeit verursachten Kosten“* zu ersetzen hat.

Dem dagegen vom Sachverständigen erhobenen Rekurs gab das zuständige Oberlandesgericht mit folgender (auszugsweiser) Begründung nicht statt:

„Der vom Sachverständigen genannte Grund ‚einer beruflichen Tätigkeit im Ausland von mindestens drei Tagen in der Woche seit Jahresbeginn‘ kann die jüngste Verzögerung nicht entschuldigen. Es ist Aufgabe des Sachverständigen, dem Gericht Gründe/Umstände für die Nichteinhaltung der ihm eingeräumten Frist (vorher) mitzuteilen, was im konkreten Fall nicht erfolgt ist. Dadurch soll unter anderem bewirkt werden, dass der Sachverständige nicht mehr Aufträge annimmt, als er in der gesetzten Frist bewältigen kann ... Bei lebensnaher Beurteilung der Aktenlage und gerade auch weil der Sachverständige hier mehrmals Bearbeitungszusagen nicht einhielt, womit er dem Gericht die Möglichkeit nahm, schon früher entsprechend (etwa durch Bestellung eines anderen Sachverständigen) den Verzögerungen entgegenzutreten, erscheint die Verhängung einer Ordnungsstrafe durchaus sachgerecht.“

Sollten Sie aus gesundheitlichen Gründen oder aus Gründen der beruflichen Überlastung nicht in der Lage sein, einen Gutachtensauftrag fristgerecht zu erfüllen, dann lehnen Sie diesen Gutachtensauftrag bitte von vornherein ab. Es führt nur zu Verärgerung und wechselseitigen Frustrationen, wenn Sie nach Annahme des Gutachtensauftrags immer wieder um eine Fristerstreckung ersuchen müssen. Davon ausgenommen sind selbstverständlich Fälle, in denen völlig unvorhergesehene Umstände während der Gutachtenfrist in Ihrer Sphäre eintreten.

Und sollten Sie der Meinung sein, dass die Abwicklung eines Gutachtensauftrags nicht zufriedenstellend für das Gericht war, dann führen Sie dieses Verfahren nicht in Ihrem Antrag auf Rezertifizierung an. Dies führt nämlich dazu, dass der zuständige Richter vom jeweiligen Gerichtspräsidenten eine Anfrage erhält, ob er ihre Rezertifizierung befürwortet.

Im obigen Fall, in dem der Sachverständige dieses alles andere als optimal verlaufene Verfahren in seinem Antrag auf Rezertifizierung angeführt hat, hat der Richter eine negative Stellungnahme abgegeben und ausführlich begründet warum er die Wiedereintragung des Sachverständigen nicht befürwortet.

6. Gebührennote und Warnpflicht

§ 25 Abs 1a GebAG normiert eine Warnpflicht des Sachverständigen. Danach hat der Sachverständige das Gericht oder die Staatsanwaltschaft rechtzeitig darauf hinzuweisen, wenn zu erwarten ist oder sich bei der Sachverständigentätigkeit herausstellt, dass die tatsächlich entstehende Gebühr im Verfahren vor dem Landesgericht oder im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft € 4.000,- bzw im bezirksgerichtlichen Verfahren € 2.000,- übersteigt (wenn ein Kostenvorschuss im Akt erliegt: wenn die tatsächlich entstehende Gebühr voraussichtlich den Kostenvorschuss übersteigt).

Nach herrschender Rechtsprechung hat der Sachverständige daher auf die voraussichtlich entstehende Gebührenhöhe hinzuweisen. Die Bestimmung des § 25 Abs 1a GebAG verpflichtet nicht nur zu einer ersten Bekanntgabe der voraussichtlichen Kosten, sondern Sachverständige müssen vielmehr auch dann warnen, wenn sich zeigt, dass die voraussichtlich geschätzte Gebühr zu gering geschätzt wurde. Seiner Warnpflicht wird der Sachverständige bereits mit Bezifferung der voraussichtlich entstehenden Gebühren gerecht, die keineswegs – wie die spätere Gebührennote – aufgeschlüsselt sein muss.

Es besteht also eine Verpflichtung zur laufenden Gebührenwarnung.

Es macht Sinn, sich von Beginn an wirklich mit der Frage des voraussichtlich entstehenden Aufwands und damit mit der Frage der voraussichtlich auflaufenden Gebühren realistisch auseinanderzusetzen. Sollte eine Gebührenwarnung abgegeben werden, sollte diese begründet werden. Es sorgt für viel Verärgerung bei den Parteien, wenn Gebührenwarnungen abgegeben werden und für die Parteien nicht transparent ist, welche Umstände die Gebührenwarnung ausgelöst haben. Nichtsdestotrotz sollten Sie eine „Reserve“ nach oben einplanen.

Haben Sie gewarnt, dann müssen Sie mit Ihrer Arbeit innehalten und abwarten, bis Ihnen das Gericht mitteilt, dass der von Ihnen verlangte Kostenvorschuss eingelangt ist. Tun Sie dies nicht, laufen Sie Gefahr, einen Aufwand zu treiben, der später in keinem Kostenvorschuss gedeckt ist.

Sinnvoll ist es, zu wissen, dass der Richter, wenn Sie Ihr schriftliches Gutachten abgeliefert haben (und die von Ihnen für das Gutachten verzeichneten Gebühren den Kostenvorschuss aufbrauchen), einen Beschluss erlässt, mit dem er einerseits Ihr Gutachten zustellt und andererseits einen weiteren Kostenvorschuss für den Fall aufträgt, dass die Parteien die Ergänzung des Gutachtens beantragen oder dessen Erörterung in einer mündlichen Verhandlung.

Der Richter wird diesen Kostenvorschuss völlig willkürlich wählen, denn er kann nicht abschätzen, welchen Aufwand für Sie die Ergänzung Ihres Gutachtens oder die Vorbereitung und Erörterung Ihres Gutachtens in einer mündlichen Verhandlung bedeutet.

Sobald Sie also einen Auftrag bekommen, ihr Gutachten schriftlich zu ergänzen oder mündlich in einer Verhandlung zu erörtern, macht es Sinn, sich den dafür vom Richter aufgetragenen Kostenvorschuss genau anzusehen.

Wie gesagt, wird in der Praxis mehr oder weniger willkürlich irgendein Betrag eingesetzt, da der Richter nicht sachkundig genug ist, Ihren Aufwand abzuschätzen.

Setzt der Richter – wie oben beschrieben – ohne Rücksprache mit Ihnen einen Kostenvorschuss fest und Ihre Kostennote bewegt sich dann bis auf wenige Cent genau im Bereich des aufgetragenen Kostenvorschusses, sorgt dies oft für bittere Bemerkungen der Anwälte. Sie müssen sich dann unter Umständen die eher implizite und selten wirklich geäußerte Frage gefallen lassen, wie der Richter Ihren Aufwand, den er ja nicht kennen kann, so centgenau abschätzen konnte.

In einem meiner Fälle begutachtete und begleitete ein Bausachverständiger, der mit einem eher eng definierten Gutachtensauftrag des Gerichts betraut war, in vollstem Einverständnis beider Parteien und über deren ausdrücklichen Wunsch über lange Zeiträume hinweg das klagsgegenständliche Bauwerk in allen möglichen Aspekten. Er führte Berechnungsversuche durch, er führte Probesanierungen durch und erstattete schließlich einen Sanierungsvorschlag. Damit entfernte er sich einerseits weit vom Gutachtensauftrag, viel wesentlicher war allerdings, dass er sich weit vom im Akt erliegenden Kostenvorschuss entfernt hatte. Am Ende hatte der Sachverständige den Kostenvorschuss um € 25.000,- überschritten.

Nur dem Verständnis der Parteien, die mit der Arbeit des Sachverständigen hochzufrieden waren, ist es zu danken, dass die vollen € 25.000,- im Nachhinein erlegt wurden und der Sachverständige letzten Endes keinen Verlust erlitten hat.

An dieser Stelle möchte ich auch auf eine Entscheidung hinweisen, in der es darum ging, ob eine Leistung des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist (§ 25 Abs 3 GebAG sieht nämlich vor, dass der Gebührenanspruch entfällt, wenn die Tätigkeit des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist):³

Eine Sachverständige aus dem Fachgebiet der Unfallchirurgie wurde bestellt, um zunächst einen schriftlichen Befund über den Patienten und die bei ihm durchgeführten Untersuchungen zu erstatten, dann einer noch stattfindenden Tagsatzung beizuwohnen und anschließend ihr Gutachten darüber zu erstatten, ob die Eingriffe sach- und fachgerecht erfolgt seien.

Die Sachverständige untersuchte den Kläger und schaffte alle Behandlungsunterlagen bei. Sie teilte dem Gericht mit, nach der Untersuchung des Klägers und der Beischaufung aller Behandlungsunterlagen habe sich herausgestellt, dass nur die Beurteilung der Erstoperation in das Fachgebiet der Unfallchirurgie falle, die zweite Operation sei dem Fachgebiet der Orthopädie zuzurechnen. Diese Erkennt-

nisse seien im Vorfeld noch nicht abzusehen gewesen. Sie schlage daher vor, statt ihrer Person einen Sachverständigen für beide Fachgebiete, also Unfallchirurgie und Orthopädie, zu beauftragen. Für ihre bereits aufgewendete Arbeit lege sie eine Kostennote.

Der Kläger sprach sich gegen den Zuspruch von Gebühren an die Sachverständige aus, dies mit der Begründung, bei ordnungsgemäßer Lektüre des Aktes hätte die Sachverständige von Anfang an erkennen müssen, dass sie für die Erstellung eines Gutachtens in dieser Sache nicht geeignet sei.

Das Erstgericht entthob die Sachverständige von ihrer Funktion und bestellte einen Sachverständigen, der beide Fachgebiete in sich vereinte. Gleichzeitig bestimmte das Erstgericht die Gebühren der Sachverständigen antragsgemäß.

Dem dagegen erhobenen Rekurs des Klägers gab das OLG Graz nicht statt, dies mit der Begründung, die Sachverständige sei dem Gerichtsauftrag genau gefolgt. Ihr Auftrag habe gelautet, zunächst die Befundung beim Kläger durchzuführen und alle Behandlungsunterlagen einzuholen. Diesem Gutachtensauftrag habe sie entsprochen. Erst dabei habe sich dann herausgestellt, dass die zweite Operation, der sich der Kläger unterzogen hatte in das Fachgebiet der Orthopädie falle.

Außerdem führte das OLG Graz aus, die Sachverständige habe ohnedies nur eine Stunde an Gebühr für Mühewaltung verrechnet (die Untersuchung des Klägers war nicht verrechnet worden). Damit sei aber genau jene Tätigkeit abgegolten, die der Kläger von der Sachverständigen ohnedies gefordert habe, nämlich das genaue Lesen des Aktes und die Einsicht in die vorgelegten medizinischen Unterlagen. Es liege kein Fall verschuldeter Nichtvollendung nach § 25 Abs 3 GebAG vor. Die erbrachten Leistungen seien zu vergüten.

Nach § 38 Abs 1 GebAG ist Ihre Gebührennote innerhalb von 14 Tagen nach Abschluss Ihrer Tätigkeit zu legen, widerigenfalls nach der Gesetzeslage kein Anspruch auf Ihre Gebühr besteht.

Dies führt manches Mal zu dem Missverständnis, dass Sachverständige glauben, dass ihre Gebühr auch unmittelbar im Anschluss an die Legung ihrer Gebührennote bestimmt und angewiesen wird. Dazu ist zu sagen, dass das Gericht Ihre Gebührennote zunächst den Parteien zustellen muss und die 14-tägige Einwendungsfrist abwarten muss, um zu sehen, ob Ihre Gebührennote beeinträchtigt wird. Aber selbst dann, wenn Ihre Gebührennote nicht beeinträchtigt wird, sieht das Gesetz nicht vor, dass Ihre Tätigkeit unmittelbar nach Legung Ihrer Gebührennote ho-

noriiert wird, wenn Sie in diesem Gerichtsverfahren noch gebraucht werden.

Der Richter darf Ihre Gebühren erst bestimmen, wenn Ihre Tätigkeit in diesem Verfahren als Ganzes abgeschlossen ist, also streng genommen erst, wenn alle Ergänzungsgutachten, die unter Umständen noch verlangt werden, eingelangt sind und wenn Ihr Gutachten bzw Ihre Ergänzungsgutachten in der mündlichen Verhandlung erörtert wurden. Der dahinterstehende Grundsatz ist das „Verbot der abschnittswisen Bestimmung“ Ihrer Gebühren und der Richter ist daran gebunden. Es macht daher wenig Sinn, wenn Sie die Bezahlung Ihrer Gebührennoten urgieren zu einer Zeit, in der Sie im Verfahren noch gebraucht werden. Dies gilt auch wenn Ihre Tätigkeit in einem Verfahren voraussichtlich noch jahrelang andauert.

Im Zivilverfahren bestimmen viele Richter die Gebühren unter Umgehung dieser Bestimmung dennoch abschnittsweise. Sie als Sachverständiger haben aber kein Recht darauf. Aus diesem Grund tun Sie in der Praxis gut daran, immer nach Abschluss Ihrer jeweiligen Teiltätigkeit eine Gebührennote zu legen.

Um zu verhindern, dass Sie Ihr Honorar jahrelang „vorstrecken“ und weil Sie die abschnittsweise Bestimmung Ihrer Gebühr nicht verlangen können, empfiehlt es sich, bei länger andauernder Tätigkeit einen Gebührevorschuss zu verlangen. Die Auszahlung eines Gebührevorschusses ist jederzeit möglich und wird in aller Regel auch immer bewilligt.

7. Schlussbemerkung

Abschließend erinnern wir uns noch einmal an die Garageinfahrt und das demolierte Auto des Sachverständigen. Zugrunde lag diesem tragikomischen Geschehen ja, dass der Sachverständige Plänen mehr vertraut hat als der Wirklichkeit, das allerdings mit bemerkenswerten Konsequenzen.

Daher, wo immer möglich: Verschaffen Sie sich ein Bild vor Ort, nehmen Sie die Dinge selbst in Augenschein, denn kein noch so guter Plan ersetzt die Wirklichkeit.

Anmerkungen:

¹ OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 180/08x.

² OLG Wien 4 R 83/16d.

³ OLG Graz 26. 9. 2017, 6 R 13/17d, SV 2018/1, 48.

Korrespondenz:

Hofrätin Dr. Felicitas Paller

E-Mail: felicitas.paller@justiz.gv.at