

Verbesserung der Zusammenarbeit von Richtern, Rechtsanwälten und Sachverständigen*

1. Zielgruppe

Dieser Text war Grundlage eines Impulsreferats für die Podiumsdiskussion im Rahmen des Seminars „Bauwesen für Sachverständige und Juristen“ in Bad Hofgastein am 17. 1. 2020. Er richtet sich **nicht** an

- Richter, die viele langatmige Protokolle verfassen, um nach der seelischen Zerrüttung und finanziellen Erschöpfung zumindest eines Beteiligten einen **Vergleich** zu erreichen;
- Rechtsanwälte, für die nur durch Verwirrungstaktik befeuerte **lange** Konflikte gute (weil **einträgliche**) Konflikte sind;
- Gutachter, die aus Gründen der „**Mühehaltung**“ (§ 34 GebAG) auf vielen Seiten Geist und Körper ermüden, um am Ende der mündlichen Gutachtenserörterung den prozessentscheidenden Satz zu sprechen.

Da solche eigennützigen Menschen nur in Pausengesprächen bei Seminaren, aber nicht in der Wirklichkeit vorkommen, richten sich die folgenden Zeilen an alle Richter, Rechtsanwälte und Gutachter. Sie stehen unter der Annahme, dass Menschen **guten Willens** mit dem Sinn für das Wesentliche in **gedrängt zusammenfassender** Darstellung (§ 209 Abs 1 ZPO) als Strafrichter zügig und ohne Verzögerung (§ 9 Abs 1 StPO) die **Wahrheit** erforschen und alle Tatsachen aufklären, die für die Beurteilung der Tat und des Beschuldigten von Bedeutung sind (§ 3 Abs 1 StPO), als Zivilrichter die Sache **erschöpfend erörtern**, die Verhandlung aber nicht durch Weitläufigkeit und unerhebliche Nebenverhandlungen ausdehnen (§ 180 Abs 3 ZPO), als Rechtsanwalt alles, was nach dem **Gesetz** der Vertretung der Partei dient, **unumwunden** vorbringen und Angriffs- und Verteidigungsmittel in einer Weise zu gebrauchen, die dem **Auftrag**, dem **Gewissen** und den Gesetzen nicht widerstreitet (§ 9 Abs 1 RAO) und als Sachverständiger die Gegenstände des Augenscheins sorgfältig untersuchen, **Wahrnehmungen** treu und **vollständig** angeben und den Befund und das Gutachten nach bestem **Wissen** und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft (der **Kunst**, des Gewerbes) abgeben (§ 5 SDG).

2. Verfahrenseinleitende Schriftsätze

Entscheidungsträger lieben kurze, prägnante und plausible Erzählungen; manche lassen sich durch **einleuchtende Narrative** für ihr gesamtes Erkenntnisverfahren prägen. Wenn die rechtserzeugenden Tatsachenbehauptungen sachkundige Wertungen und Schlussfolgerungen enthalten (müssen), sollen Rechtsanwalt und Privatsachverständiger schon die ersten Schriftsätze gemeinsam verfassen und dadurch für eine allgemein verständliche Sachverhaltschilderung sorgen, aus der sich **schon beim ersten Lesen mit dem Alltagsverstand die begehrten Rechtsfolgen ableiten** lassen. Die gemeinsame Analyse der realistisch erreichbaren Beweisergebnisse und ihre rechtlichen Einordnungen sollen in einen **verdichteten Klartext** münden, in dem jede Behauptung mit ihrer „Quelle“ (Partei, Zeuge, Gutachter, Urkunde, Augenschein) verknüpft ist. Durch diese **Ausrichtung am Empfängerhorizont** (Richter, Gerichtsgutachter) kann Vertrauen erzeugt und der Konflikt versachlicht werden.

3. Auswahl des Gerichtsgutachters

Der Richter soll jenen Gutachter auswählen, dessen **moralischer Integrität und fachlicher Qualifikation** er so weit vertraut, dass er darauf seinen Wahrspruch gründen kann. Um richterliche **Gewohnheit und Sympathie** als Auswahlkriterien hintanzuhalten, sollen Rechtsanwalt und Privatsachverständiger nachvollziehbare Gründe nennen, aus denen sie an der Kompetenz und/oder an der Vertrauenswürdigkeit des in Aussicht gestellten Gerichtsgutachters zweifeln. Wenn sich alle Parteien gegen einen bestimmten Gutachter aussprechen, soll der Richter seine erste Wahl überdenken. Nimmt der (in einem fachlich herausfordernden Fall) Ausgewählte schon an der ersten Verhandlung teil, kann er ein wenig „**vorsingen**“ (§ 86 GOG) und alle Beteiligten können sich von seiner Persönlichkeit und von seiner fachlichen Qualifikation ein Bild machen. Sollen **mehrere Gerichtsgutachter** tätig werden, können „**Hauptgutachter**“, Rechtsanwalt und Privatsachverständiger den Richter bei der **Rollenverteilung** beraten. Mancher aus Eitelkeit, Misstrauen und Missverständnis resultierender, für die Entscheidung in der Sache nutzloser Streit kann dadurch vermieden werden.

* Die personenbezogenen Ausdrücke umfassen Frauen und Männer. Um Buchstaben zu sparen, verwendet der Autor meist das männliche Hauptwort.

4. Auftragsformulierung

Richterliche Urteilskraft äußert sich in der Fähigkeit und im Willen zur **Reduktion** von (scheinbarer) Komplexität und zur **Zuspitzung** breit dargelegter Standpunkte auf wenige **mündlich vermittelbare Argumente**. Undeutliche Fragen an den Gerichtsgutachter – oft kommt es auf den „Spin“ an – führen zu falschen Antworten und zu Themenverfälschungen. Durch Klarstellung des Streitgegenstands für sich selbst, für den Rechtsanwalt und für den Gerichtsgutachter in einem **Prozessprogramm** vermeidet der Richter überschießende Beweisergebnisse und überschießende Tatsachenfeststellungen im Urteil.

Rechtsanwalt und Privatsachverständiger können in Schriftsätzen und Verhandlungen schon den (ersten und hoffentlich einzigen) **Auftrag an den Gerichtsgutachter mitformulieren** und damit spätere aus Missverständnissen resultierende Befund- und Gutachtensergänzungen vermeiden. Dem erfahrenen Gerichtsgutachter bietet das **Beseitigen der „Zweifel über den Umfang und Inhalt des gerichtlichen Auftrags“** durch Einholen einer Weisung vom weniger erfahrenen Richter (§ 25 Abs 1 GebAG) die Gelegenheit, durch präzise, dem Richter in den Mund gelegte Formulierungsvorschläge letztlich an sich selbst jene Fragen zu richten, deren Beantwortung im Gutachten den Fall ohne Umweg (Gutachtensergänzung nach Urteilsaufhebung) auf der Tatsachenebene löst. Im Rahmen der **gemeinsamen Auftragsformulierung** – am besten in einer mündlichen Verhandlung – kann der Gerichtsgutachter (unter Aufsicht des Richters) mit dem Privatsachverständigen (unter Aufsicht des Rechtsanwalts) die **„Mitwirkung“** (§ 359 Abs 2 ZPO) von Parteien und Zeugen an der in Abwesenheit des Richters vom Sachverständigen durchgeführten Beweisaufnahme erörtern und dabei den **rechtlichen, örtlichen, zeitlichen und finanziellen Rahmen seiner Tätigkeit abstecken**. Wenn trotz dieser Einbindung des Rechtsanwalts und des Privatsachverständigen in den Sachverständigenbeweis nach dem schriftlichen Gutachten die vom Rechtsanwalt mit dem Privatsachverständigen ausgearbeiteten **Fragenkataloge ausfern**, schlägt die Stunde der richterlichen Urteilskraft: Der Richter verbietet die in manchen Fragen **verborgenen unzulässigen Klagsänderungen** (Versuche, einen neuen Streitgegenstand einzuführen) und reduziert die relevanten (und nicht schon beantworteten) Fragen mithilfe des Gerichtsgutachters auf ihren **den rechtserzeugenden Sachverhalt behandelnden Kern**; die restlichen Fragen lässt er nicht zu.

5. Befund

Der **Gerichtsgutachter** urteilt nicht über Wahrheit und Unwahrheit; den Erkenntnis- und Willensakt der Wahrheitsfindung kann er dem Richter nicht abnehmen. Er soll aber zur **Erarbeitung einer aussagekräftigen Befundgrundlage** im Rahmen der vom Richter geleiteten Verhandlung sachkundige Fragen an Parteien und Zeugen richten. Solche Beweisaufnahmen gelingen, wenn der Richter – mithilfe

des fragenden, übersetzenden, erklärenden und bewertenden Gerichtsgutachters – das Wahrgenommene versteht, protokolliert und würdigt. Kommen aufgrund divergierender Aussagen der Parteien und Zeugen **mehrere Sachverhaltsvarianten** in Betracht, muss der Richter (nicht der Gerichtsgutachter) diese Beweise würdigend entscheiden, ob der Gerichtsgutachter sein **Gutachten auf Basis einer Sachverhaltsvariante** oder für jede Variante ein Gutachten erstatten soll.

In komplexen Fällen ist eine vom Richter geleitete **„Befund-Tagsatzung“** mit dem Gerichtsgutachter und den Privatsachverständigen der Parteien, die die Befundgrundlagen aufbereitet haben, sinnvoll. Ohne unmittelbare eigene Wahrnehmungen des Gerichtsgutachters von **„Hilfskräften“** **aufgenommene „Hilfsbefunde“** sind nur dann unbedenklich, wenn der Gerichtsgutachter offenlegt, warum er diese Befunde nicht selbst aufgenommen hat und welche „Hilfsbefunder“ (mit **Bekanntgabe von Namen und Anschrift**) genau zu beschreibende „Hilfsbefunde“ aufgenommen haben, damit diese Personen **ihre Wahrnehmungen** im Verfahren (von Amts wegen oder über Antrag von Parteien) **bezeugen** müssen. **„Off-the-record-Kontakte“**, an denen nicht alle Parteien teilnehmen können, sind unfair und nehmen den Abwesenden das **rechtliche Gehör**.

Wer bei der Befundaufnahme anwesend sein darf, entscheidet nicht der Gerichtsgutachter, sondern der Richter (soweit ihm **hoheitliche Befugnisse** zukommen) und der Verfügungsberechtigte (Eigentümer, Fruchtnießer, Bestandnehmer etc). Die Entscheidung des Gerichtsgutachters, **was (nicht) in seinen Befundbericht kommt**, ist wertend und daher schon Teil des Gutachtens.

Zu den Aufgaben des Gerichtsgutachters gehört es gemäß § 359 Abs 2 ZPO, **„Mitwirkungshandlungen“** von Parteien und von Dritten einzufordern, die zur Durchführung des Gutachtensauftrags notwendig sind. Es besteht aber keine gesetzliche Grundlage dafür, dass **Urkunden nur dem Gerichtsgutachter zugänglich** gemacht werden und er entscheidet, welche Urkunden er dem Richter vorlegt und welche Schlüsse er aus den (vorgelegten und nicht vorgelegten) Urkunden zieht. **Urkundenauslegung** ist rechtliche Beurteilung und die Beweisergebnisse über die Absichten der Urkundenerrichter unterliegen der richterlichen Beweiswürdigung.

6. Richterliche Beweiswürdigung

Nimmt der Gerichtsgutachter aktiv an der **richterlichen** Befragung von Parteien und Zeugen teil, fördert seine **prä-sente Fachkompetenz** das Niveau der anwaltlichen Vorträge und Fragen, vor allem aber die Wahrheitsliebe der vernommenen Personen. Seine **Simultanübersetzung** der Fachsprache und seine (im richterlichen Auftrag) *ad hoc* vorgenommenen Beurteilungen der **Relevanz und der fachlichen Plausibilität** der Aussagen und der Urkundeninhalte fördern die Qualität der richterlichen Beweiswürdigung.

Wahrnehmungen („Privatbefund“) des Privatsachverständigen kann der Rechtsanwalt als **Zeugenaussage, Urkunde und Augenscheingegenstand** in den Prozess einführen. Ob der Richter der **Wahrnehmungsschilderung** des gerichtlich bestellten Befunders oder jener des Privatbefunders glaubt, ist ein Akt der Beweiswürdigung, sodass im Ergebnis der privat erhobene Befund den im Auftrag des Richters erhobenen Befund widerlegen kann.

Nur der **Gerichtsgutachter** ist befugt, aus dem von ihm erhobenen Befund Schlussfolgerungen zu ziehen, die Grundlage der gerichtlichen Entscheidung sein können. Der **als ständiger Berater des Rechtsanwalts tätige Privatsachverständige** kontrolliert das gerichtlich bestellte Gutachten, indem er während des Beweisverfahrens alle Verfahrensergebnisse laufend bewertet, das – nicht immer nachvollziehbare und nachprüfbar – Gerichtsgutachten in eine für den Rechtsanwalt verständliche **Sprache übersetzt** und Änderungen der **Prozesstaktik** anregt. Mit dem präsenten Wissen des Privatsachverständigen kann die mündliche Gutachtenserörterung ein wirksames Instrument sein, um Fehler, **Lücken und Widersprüche in der Arbeit des Gerichtsgutachters** aufzuzeigen und dadurch die **Beweiskraft** des Gerichtsgutachtens zu erschüttern.

Wenn der private Gutachtersauftrag und die dem Privatgutachter zur Verfügung gestellte Befundgrundlage (manchmal nur die subjektiven Angaben einer Partei) vom gerichtlichen Auftrag und von der gerichtlichen Befundgrundlage abweichen, wird der Richter mangels **Vergleichbarkeit** das Privatgutachten nicht als **Kontrollbeweis** (zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Gerichtsgutachters und der Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit des Gerichtsgutachtens) einsetzen. Zeigt der Richter Tendenzen, einem überzeugend vorgetragenen und daher psychologisch wirksamen, aber weder nachvollziehbaren noch nachprüfbar Gerichtsgutachten zu folgen, wird man es dem Rechtsanwalt nicht verübeln können, dass er subversiv argumentiert und versucht, die **Glaubwürdigkeit des Gerichtsgutachters zu untergraben**: Was ohne Argumente geglaubt wird, kann auch niemand mit Argumenten widerlegen.

7. Vergleichsvorschläge

Das Gutachten – die methodische Ableitung des Ergebnisses aus dem Befund – wird von vielen Menschen als wissenschaftliche Verhaltensempfehlung (**Ratschlag**) verstanden. Wenn der Rechtsanwalt Vergleichsbereitschaft auf Basis einer „**vorläufigen Einschätzung**“ durch den

Gerichtsgutachter signalisiert und der Richter aus diesem Grund den Gerichtsgutachter um ein **Kurzgutachten** nach der Aktenlage **bittet**, muss der Gerichtsgutachter auf die **fehlenden Befundgrundlagen** und darauf hinweisen, wie sich die ausstehenden Beweisergebnisse und deren richterliche **Würdigung** auf die Qualität seiner vorläufigen Einschätzung auswirken werden. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichtsgutachters, den **Streit zu schlichten**, und er muss damit rechnen, dass zumindest eine Streitpartei ihr **Prozessverhalten** vom Inhalt seines unvollständigen Kurzgutachtens abhängig machen wird.

8. Diskurs, Symposium, Defensio oder Verhör?

Mündliche Gutachten machen einen **kurzen Prozess**: Erstattet der Gerichtsgutachter Befund und Gutachten in das ihm vom Richter überlassene Diktiergerät (der damit die **Macht über das Protokoll** aus der Hand gibt), wird der fachlich und in der Beherrschung der Fachsprache dem Gerichtsgutachter unterlegene Rechtsanwalt unter **Zeit- und Argumentationsdruck** gesetzt. Da in diesem Fall Gutachtenserstattung und Gutachtenserörterung zeitlich zusammenfallen, droht der Schluss der Verhandlung (und damit der Ausschluss von Fragen, Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen), ehe ein Privatsachverständiger Fehler des Gerichtsgutachters aufzeigen kann. Dadurch wird faktisch (aber nicht rechtlich) die „**erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache**“ (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO) verhindert.

Die **mündliche** Erörterung des **schriftlichen** Gerichtsgutachtens (und seiner schriftlichen Ergänzungen) in Anwesenheit des **den Rechtsanwalt beratenden Privatsachverständigen** ermöglicht den **Diskurs auf Augenhöhe**, wenn der Richter dem Rechtsanwalt (und damit dem Privatsachverständigen) ausreichend **Zeit zur Überprüfung** des Gerichtsgutachtens gibt, wenn der Richter mithilfe des Gerichtsgutachters die Fragen auf ihren **relevanten Kern** reduziert, wenn der Gerichtsgutachter gesichtswahrend über eine **goldene Brücke** seine als falsch erkannten Thesen ändern kann und wenn sich alle Fragen und Antworten an *Ludwig Wittgenstein* halten: Was sich überhaupt sagen lässt, lässt sich **klar sagen**; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man **schweigen**.

Korrespondenz:

Mag. Alfred Tanczos

Oberlandesgericht Graz

Marburger Kai 49 8010 Graz

E-Mail: Alfred.Tanczos@justiz.gv.at