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

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

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

*Der **wahre Grund** dafür, dass das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten nicht zur Beweisführung für ihren Standpunkt herangezogen werden durfte, war somit meiner Meinung nach **nicht der formale Schluss aus § 364 ZPO**, sondern die sonst **drohende Verletzung der Grundsätze des fair trial im Sinne des Art 6 EMRK**, also des tragenden Grundprinzips unserer Verfahrensnormen, das **insbesondere auch für das Beweisverfahren gilt**. **Gegen den Widerspruch einer Partei** können ohne gerichtliche Kontrolle **von einer Partei außerhalb des Prozesses erstellte Beweisergebnisse** – mögen sie qualitativ noch so ausgezeichnet erarbeitet sein – **nicht verwertet** werden, weil dadurch **das beiderseitige Parteiengehör verletzt** würde.*

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

Harald Krammer

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

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

5. Eine unterbliebene Beeidigung kann nur dann als Mangelhaftigkeit geltend gemacht werden, wenn dieser Mangel nach § 196 Abs 1 ZPO gerügt wurde.

6. Die Einholung eines weiteren Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen kommt nur dann in Betracht, wenn dies zur Behebung von Mängeln, bei Unklarheit, Unvollständigkeit, Unschlüssigkeit des Gutachtens oder wegen besonderer Schwierigkeiten des Falles notwendig ist (§ 362 Abs 2 ZPO).

OLG Graz vom 19. Mai 2010, 4 R 25/10v

1. Zur Mängelrüge:

1.1.1. Der Einwand der Berufungswerberin, das Verfahren sei mangelhaft, weil der Sachverständige nicht mit Beschluss zum Sachverständigen bestellt worden sei, jedenfalls sei ihr ein solcher Beschluss niemals zugegangen, weshalb sie seine Bestellung auch nicht rügen habe können, ist nach der Aktenlage nicht nachvollziehbar. Das Erstgericht hat mit Beschluss vom 2. 6. 2009 die Bestellung von DI Dr. N. N. zum Sachverständigen angekündigt und den Parteien Gelegenheit gegeben, gegen diese Bestellung Einwendungen zu erheben. In einem Schriftsatz hat die Klägerin auch derartige Einwendungen erhoben, weil der in Aussicht genommene Sachverständige nur über Fachwissen im Fachgebiet Kraftfahrtechnik, Müllereimaschinen und Maschinenbau allgemein, nicht aber auch über das für Großmaschinen für ein Hafenprojekt nötige technische Fachwissen verfüge. Nach der Stellungnahme des Sachverständigen zu diesen Einwendungen, wonach er aufgrund seiner Ausbildung und seines beruflichen Werdeganges „zumindest den Großteil der streitgegenständlichen Problematik“ begutachten könne und für außergewöhnlich gelagerte Punkte einen entsprechenden Spezialisten beiziehen könne oder müsse, hat das Erstgericht dem Sachverständigen DI Dr. N. N. mit Beschluss vom 18. 8. 2009 aufgetragen, binnen acht Wochen Befund und Gutachten zu konkret bezeichneten Fragen schriftlich zu erstatten. Dieser Beschluss ist dem Klagevertreter am 24. 8. 2009 zugestellt worden. Mit diesem Beschluss hat das Erstgericht im Sinn des § 357 Abs 1 ZPO eine schriftliche Begutachtung durch den Sachverständigen angeordnet und ihn damit zwingend auch zum Sachverständigen im Sinn des § 351 Abs 1 ZPO bestellt, auch wenn es das Wort „bestellt“ oder „Bestellung“ im Beschluss nicht ausdrücklich verwendet hat.

1.1.2. Die klagende Partei übersieht auch, dass die Auswahl des Sachverständigen Ergebnis einer Ermessensentscheidung des Gerichts ist, das hierbei weder an Vorschläge der Parteien noch an konkrete gesetzliche Vorgaben gebunden ist, insbesondere nicht an die Verpflichtung, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten über ein bestimmtes Thema öffentlich bestellt sind (5 Ob 1006/92 = MietSlg 44.782; 2 Ob 8/06z; RIS-Justiz RS0040607 [T 8]; RS0040566; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze[2], § 351 ZPO Rz 2 und 3; *ders* in *Rechberger*, ZPO[3], § 351 Rz 2 und 4). Demnach kommt der Nichteintragung einer Person in die Sachverständigenliste für ein bestimmtes Fachgebiet keine Indizwirkung dahin zu, dass ihr die zur Erfüllung eines in dieses Fachgebiet fallenden Gutachtensauftrages erforderliche Befugnis oder Fachkompetenz fehlt (2 Ob 8/06z). Die Eintragung in die Sachverständigenliste hat vielmehr nur Indizwirkung, dass der Sachverständige gerade auf diesem Gebiet eine besondere Fachkunde aufweist (SV 1991/2, 23 = *Klauser/Kodek*, ZPO[16], § 351 E 6; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze[2], § 351 ZPO Rz 3).

Davon abgesehen ist der vom Erstgericht bestellte Sachverständige unter anderem ohnehin zumindest für „Maschinenbau allgemein“ eingetragen und hat nach eigenen Darlegungen ausreichende berufliche Erfahrungen – auch als Sachverständiger – mit Kränen und Hebezeugen sowie eine Ausbildung als Schweißer und berufliche Erfahrungen auch in diesem Fachgebiet, die ihn nach eigener Auffassung grundsätzlich zur Begutachtung in dieser Sache befähigen.

1.1.3. Gemäß § 358 Abs 1 ZPO hat jeder Sachverständige vor der Beweisaufnahme den Sachverständigeneid zu leisten. Von der Beeidigung des Sachverständigen kann abgesehen werden, wenn beide Parteien auf die Beeidigung verzichten. Diese Eidespflicht besteht auch bei Beauftragung mit einem schriftlichen Gutachten (SV 1995/3, 44 = *Klauser/Kodek*, aaO, § 358 E 1). Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der geforderten Art im Allgemeinen beeidet, so genügt nach § 358 Abs 2 ZPO die Erinnerung und Berufung auf den geleisteten Eid. Die Ablegung des Sachverständigeneides im Sinn des § 5 Abs 1 SDG hat nach Abs 2 dieser Bestimmung die Wirkung, dass der Sachverständige, solange er in der Sachverständigenliste eingetragen ist, bei seiner Tätigkeit vor den Gerichten nicht besonders zu beeiden ist.

Aus diesen Gründen bedurfte es entgegen der Auffassung der Klägerin keiner gesonderten Beeidigung des Sachverständigen in diesem Rechtsstreit, weil er in der Sachverständigenliste unter anderem für „Maschinenbau allgemein“ eingetragen und somit für die Erstattung von Gutachten der auch hier geforderten Art im Allgemeinen beeidet ist. Es genügte demnach, ihn an den abgelegten Eid zu erinnern. Selbst wenn diese allgemeine Beeidigung die vom Sachverständigen zu begutachtenden Fachgebiete im Sinn des Gutachtensauftrages nicht erfassen sollte, könnte dies nur dann als Mangelhaftigkeit geltend gemacht werden, wenn eine Rüge der klagenden Partei nach § 196 Abs 1 ZPO erfolgt wäre (vgl RIS-Justiz RS0037251; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO[3], § 196 Rz 2), was hier aber nicht der Fall ist.

1.1.4. Auch die Auffassung der Berufungswerberin, zur Erstattung eines „aussagekräftigen“ Gutachtens hätte ein „fachlich kompetenter Spezialist“ beigezogen werden müssen, ist hier unzutreffend. Sie hat sich wohl gegen die Bestellung des vom Erstgericht beigezogenen Sachverständigen ausgesprochen, einen Antrag im Sinn des § 362 Abs 2 ZPO hat die klagende Partei in erster Instanz aber nicht gestellt. Die Berufungswerberin zeigt aber auch in

ihrer Mängelrüge keine Umstände auf, die die Bestellung eines anderen Sachverständigen nach dieser Gesetzesstelle erfordert hätten. Die Einholung eines weiteren Gutachtens käme nur dann in Betracht, wenn dies zur Behebung von Mängeln, bei Unklarheit, Unvollständigkeit oder Unschlüssigkeit des Gutachtens oder wegen besonderer Schwierigkeiten des Falles notwendig ist (*Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze[2], § 362 ZPO Rz 2; *Klauser/Kodek*, aaO, § 362 E 4 und 6). Der pauschale Vorwurf, der Sachverständige habe „zu den im Gutachtensauftrag gestellten Fragen keine Antwort geben können", ist unter Bedachtnahme auf den Inhalt des schriftlichen Gutachtens und die Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen der mündlichen Erörterung seines Gutachtens nicht nachvollziehbar. Die Beantwortung der an den Sachverständigen gerichteten Frage der Klägerin, ob ihr das für die Einhaltung der vereinbarten Lieferfristen notwendige Material zur Verfügung gestanden sei, scheiterte nach der Aktenlage nicht am fehlenden Fachwissen des Sachverständigen, sondern an den von ihr vorgelegten Urkunden, die die tatsächliche Lieferung des notwendigen Materials nicht dokumentierten.

Anmerkung:

Zur Frage der Indizwirkung *der Eintragung einer Person für ein bestimmtes Fachgebiet in der Sachverständigenliste ist insbesondere auf* ***§ 86 Gerichtsorganisationsgesetz****, RGBl 1896/217 idF Art VIII Z 5 BGBl I 2007/111,* ***zu verweisen****.*

Nach dieser Bestimmung haben die ***vom Gericht beigezogenen Sachverständigen zu Beginn ihrer Tätigkeit*** *im Verfahren* ***ihre Ausbildung und Qualifikation*** *kurz* ***darzulegen****. Bei allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen genügt der* ***Hinweis auf die aufrechte Zertifizierung*** *(§ 1 SDG).*

Harald Krammer

Gebührenzuspruch an einen erfolgreich wegen Befangenheit abgelehnten Sachverständigen (§ 25 Abs 3 GebAG) – Rechtzeitigkeit der Gebührenverzeichnung (§ 38 Abs 1 GebAG) – Hilfskraftkosten (§ 30 GebAG)

1. **Die Gebühr ist vom Sachverständigen erst nach Beendigung seiner Tätigkeit anzusprechen und zu bestimmen. Eine abschnittsweise Berechnung der Gebühr ist im Gesetz nicht vorgesehen.**
2. **Die Tätigkeit des Sachverständigen gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der gerichtliche Auftrag widerrufen wird. In Strafsachen hat der Sachverständige erst dann mit seiner Enthebung zu rechnen, wenn seine Befangenheit rechtskräftig festgestellt wurde. Erst ab Beschlussfassung des Oberlandesgerichts ist die Sachverständigentätigkeit als beendet anzusehen.**
3. **Nach § 25 Abs 3 GebAG hat der Sachverständige nur dann keinen Anspruch auf Gebühr, wenn seine Tätigkeit aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist, wobei es um eine verfahrensrechtliche Unvollendetheit geht. Ein Verlust des Gebührenanspruchs tritt nur dann ein, wenn die Umstände, die zu seiner Enthebung wegen Befangenheit geführt haben, ihm als Verschulden anzulasten sind.**
4. **Dieses Verschulden kann auch darin liegen, dass der Sachverständige nicht sofort selbst den Ausschlussgrund nennt. Eine solche Warnpflicht kann aufgrund des Sachverständigeneides nicht zweifelhaft sein. Der Sachverständige hat unverzüglich und in jedem Stadium der Gutachterarbeit alle Gründe mitzuteilen, die seine Unabhängigkeit, Objektivität und Unparteilichkeit fraglich erscheinen lassen könnten. Erstmals nach seiner Beauftragung hat der Sachverständige auch ohne Hinweis des Auftraggebers oder einer Partei die Frage einer allfälligen Befangenheit zu prüfen. Der Sachverständige hat sämtliche Gründe, die zum Anschein der Befangenheit führen könnten, dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft mitzuteilen, auch wenn er selbst der Meinung ist, dass er nicht befangen sei.**
5. **Die Frage des Verschuldens ist bei Befangenheit des Sachverständigen nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu prüfen. Im konkreten Fall hat der Sachverständige nach Prüfung seiner allfälligen Befangenheit (durch den von ihm verfassten Artikel im Wirtschaftsblatt) sowohl dem Leiter der Wirtschaftsgruppe der Staatsanwaltschaft Wien als auch dem für den Fall zuständigen Staatsanwalt diesen Umstand mitgeteilt, was beide aber nicht veranlasste, den Sachverständigen zu entheben. Darüber hinaus haben die Beschuldigten keine begründeten Einwände gegen die Sachverständigenbestellung erhoben, sodass Befangenheitsgründe im Sinne des § 47 Abs 1 StPO zum Bestellungszeitpunkt nicht offenkundig waren.**
6. **Wenn der Sachverständige rechtzeitig auf mögliche Befangenheitsgründe gegenüber der ihn bestellenden Behörde hinweist und diese ihn dennoch zum Sachverständigen bestellt, kann darin kein zum Verlust des Gebührenanspruchs liegendes Verschulden erblickt werden.**