

# Befangenheit von Sachverständigen<sup>1)</sup>

Der Beitrag veranschaulicht anhand der Rechtsprechung, aus welchen Gründen die Unbefangenheit von Sachverständigen in Zweifel gezogen werden kann, und ruft die möglichen Konsequenzen für den Sachverständigen in Erinnerung.

Von Alexander Wilfinger

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
  - 1. Ausgangspunkt
  - 2. Rolle des Sachverständigen
  - 3. Grundlagen der Befangenheit
- B. Fallgruppen
  - 1. Äußerungen und Auftreten des Sachverständigen
  - 2. Tätigkeit als Privatgutachter
  - 3. Tätigkeit als gerichtlicher Sachverständiger
  - 4. Ärztliche Behandlung
  - 5. Berufliche Beziehungen
- C. Konsequenzen für den Sachverständigen
- D. Zusammenfassung

## A. Einleitung

### 1. Ausgangspunkt

Gerichtlich bestellte Sachverständige sollen objektiv sein, die Parteien können befangene Personen daher als Sachverständige ablehnen (§ 355 ZPO). Im Grunde ist diese Ablehnungsmöglichkeit selbstverständlich, im Detail fällt der Umgang damit indes nicht immer leicht. Das betrifft die Parteien und das Gericht, die sich mit – hier nicht interessierenden – Fragen wie dem letztmöglichen Ablehnungszeitpunkt oder der Wahrnehmbarkeit nach Rechtskraft auseinandersetzen müssen,<sup>2)</sup> aber auch den Sachverständigen selbst. Legt er befangenheitsrelevante Umstände nicht offen, drohen nämlich der Entfall seines Gebührenanspruchs, eine Haftung gegenüber den Parteien und die Streichung aus der Sachverständigenliste.<sup>3)</sup>

Trotzdem hat *Wittmann-Tiwald* jüngst den Eindruck aus der gerichtlichen Praxis geschildert, dass „von den Sachverständigen die Problematik der Befangenheit und des Anscheins der Befangenheit unterschätzt“ werde, und daher die Notwendigkeit einer „professionellen Reflexion“ eingemahnt.<sup>4)</sup> Daran knüpft der vorliegende Beitrag an, der Letzteres erleichtern soll und sich deshalb mit zwei Fragen befasst: Wann liegt Befangenheit vor (B.) und was folgt daraus für den Sachverständigen (C.)?

### 2. Rolle des Sachverständigen

An einer Vergewisserung über die Rolle des Sachverständigen führt zunächst freilich kein Weg vorbei: In jedem Verfahren geht es bekanntlich darum, einen Sachverhalt rechtlich zu beurteilen. So klärt der Zivilprozess etwa, ob der Patient einen Schadenersatzan-

spruch gegen den Arzt hat, weil bei einer Operation Komplikationen aufgetreten sind. Die rechtliche Beurteilung dieser Frage kann das Gericht selbst vornehmen, auf der Tatsachenebene ist es demgegenüber regelmäßig auf Hilfe angewiesen. Ob eine Operation fachgerecht durchgeführt wurde oder nicht, liegt schließlich außerhalb seiner Kompetenz. Dem Gericht fehlt der notwendige Sachverstand.

Sachverständige vermitteln diesen fehlenden Sachverstand. Sie liefern die einschlägigen Erfahrungssätze, ermitteln Tatsachen, beschreiben die Ergebnisse in einem Befund und ziehen daraus in einem Gutachten Schlussfolgerungen.<sup>5)</sup> Das Gericht ist an dieses Gutachten zwar nicht gebunden, weil nach § 272 ZPO der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt. Wer vorher nicht den Sachverstand hat und einen Gutachter braucht, hat aber auch nachher nicht den Sachverstand, um das Gutachten zu würdigen, weshalb die freie Beweiswürdigung beim Sachverständigenbeweis schwerfällt.<sup>6)</sup> Mehr als eine Schlüssigkeitsprüfung ist dem Gericht oftmals nicht möglich.

Daraus folgt die praktisch prozessentscheidende Rolle des Sachverständigen. Er bestimmt, ob die Operation *lege artis* durchgeführt wurde oder nicht, und gibt den Verfahrensausgang so regelmäßig vor. Das prozessuale Umfeld sichert dieses mitunter unbefriedigende Ergebnis noch zusätzlich ab, indem es die Widerlegung des gerichtlichen Sachverständigen durch Privatgutachten nach der (kritikwürdigen)<sup>7)</sup> Rsp weitgehend ausschließt<sup>8)</sup> und die Überprüfung der Tatsachenfeststellungen im Rechtsmittelverfahren erheblich erschwert (§§ 501, 503 ZPO).<sup>9)</sup> Der Sachverständige redet also nicht nur mit, sondern hat faktisch oft auch das letzte Wort. →

1) Der Beitrag geht auf eine Einladung zur Gutachtertagung der Österreichischen Ärztekammer zurück, die letztlich pandemiebedingt nicht stattfinden konnte. Sein Schwerpunkt liegt dementsprechend auf medizinischen Sachverständigen.

2) Vgl. *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht (2020) § 356 Rz 6 ff.

3) Unten C.

4) *Wittmann-Tiwald*, Befangenheit – Gefälligkeitsgutachten – Vertrauenswürdigkeit, SV 2020, 125 (125).

5) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 996.

6) *Spitzer*, Der Sachverständigenbeweis im österreichischen Zivilprozess, ZJP 131 (2018) 25 (39).

7) *Koller*, Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess, in *WiR*, Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013) 97 (107 ff); *Spitzer*, ZJP 131 (2018) 25 (39 ff).

8) RIS-Justiz RS0040592.

9) Vgl. auch *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>4</sup> (2018) Rz 1054.

ÖJZ 2021/103

§ 355 ZPO;  
§§ 19f JN;  
§ 87 ASGG;  
§§ 47, 126 StPO;  
§§ 7, 53 AVG

Sachverständige;  
Befangenheit;  
Ablehnung

### 3. Grundlagen der Befangenheit

Vor diesem Hintergrund erhellt zwanglos, dass der einflussreiche Sachverständige eine objektive Person sein und keine Schlagseite in die Richtung einer Partei haben soll, also nicht befangen sein darf. Immerhin kann sich das Gericht den Sachverständigen – anders als Zeugen – aussuchen: Im Verfahren kann nicht mehr beeinflusst werden, wer etwas gesehen oder gehört hat und damit Zeuge geworden ist; es lässt sich aber grundsätzlich leicht verhindern, dass eine befangene Person zum Sachverständigen bestellt wird.<sup>10)</sup> Die Ehefrau des beklagten Unfalllenkers kann daher etwa selbstverständlich Zeugin sein, sie ist aber ebenso selbstverständlich keine geeignete Sachverständige.

Derselbe Gedanke ist für Richter und andere entscheidende Organe maßgebend, was die Regelungstechnik der Verfahrensgesetze verdeutlicht: Nach § 355 ZPO, der auch im Verfahren anwendbar ist (§ 35 AußStrG), können Sachverständige aus denselben Gründen abgelehnt werden wie Richter (§§ 19 f JN); nach § 126 Abs 4 StPO können Sachverständige aus denselben Gründen abgelehnt werden wie Organe der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft (§ 47 Abs 1 StPO); nach § 53 AVG können Sachverständige aus denselben Gründen abgelehnt werden wie Verwaltungsorgane (§ 7 AVG).

Worin liegen diese Gründe? Bestimmte Fälle, die eine Ablehnung des Sachverständigen wegen eklatanter Interessenkonflikte jedenfalls rechtfertigen, nennt das Gesetz explizit (§ 20 JN).<sup>11)</sup> Ist der Sachverständige selbst Partei oder ist er als Mitberechtigter, Mitverpflichteter oder Regresspflichtiger vom Streitgegenstand betroffen, ist seine Bestellung demnach ausgeschlossen. Das gilt naheliegenderweise auch dann, wenn diese Gründe bei Verwandten vorliegen, deren Kreis § 20 Abs 1 Z 2 und 3 JN sehr weit ziehen.<sup>12)</sup> Der beklagte Unfalllenker darf daher ebenso wenig ein Gutachten erstatten wie seine Ehefrau; weder die Chirurgin noch ihre Schwägerin darf im Haftungsprozess gegen den Krankenträger als Sachverständige auftreten, wenn ein Behandlungsfehler ihrerseits im Raum steht.

Abschließend lassen sich die problematischen Fälle aber natürlich nicht aufzählen, weshalb alle Verfahrensgesetze eine Generalklausel enthalten. Ein Sachverständiger kann danach abgelehnt werden, wenn ein zureichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen (§ 19 Z 2 JN; § 47 Abs 1 Z 3 StPO; § 7 Abs 1 Z 3 AVG). Ob sich dieser Grund aus der Freundschaft oder Feindschaft des Sachverständigen zu einer Partei, beruflichem Kontakt, unsachlichem Verhalten oder aus anderen Umständen ergibt, spielt dabei keine Rolle. Relevant ist allein, dass begründete Zweifel an der Unbefangenheit bestehen.

Wesentlich ist allerdings der Maßstab, den das Gesetz damit an die Befangenheit anlegt. Es geht nämlich nicht darum, ob der Sachverständige tatsächlich objektiv entscheiden kann. Vielmehr ist auch ein in Fragen seines Fachgebiets völlig unbeeinflussbarer Sachverständiger befangen, wenn er etwa mit dem Kläger befreundet ist. Außenstehende – insb der Beklagte – können sich schließlich nicht darauf verlassen, dass es sich

beim konkreten Sachverständigen um eine außerordentlich redliche Person handelt.<sup>13)</sup> Die Freundschaft begründet aber jedenfalls den Anschein, dass der Gutachter voreingenommen sein könnte. Verfassungsrechtlich ist dieser Standard durch Art 6 EMRK abgesichert, der nach der Rsp des EGMR das Recht auf ein sichtbar faires Verfahren verbürgt.<sup>14)</sup>

### B. Fallgruppen

Der notwendigerweise offene Befangenheitstatbestand macht es der Praxis freilich nicht leichter, sondern bringt zwangsläufig Grenzfälle mit sich. Orientierung ermöglicht die Rsp, die der Generalklausel über die Jahre in zahlreichen Entscheidungen Konturen verliehen hat und zur Fallgruppenbildung einlädt.<sup>15)</sup> Angesichts des universellen Ordnungsanliegens und des gemeinsamen grundrechtlichen Hintergrunds führt dabei auch der (Binnen-)Rechtsvergleich weiter, der auf alle nationalen Verfahrensordnungen und auf Entscheidungen deutscher Gerichte zurückgreifen kann.<sup>16)</sup>

#### 1. Äußerungen und Auftreten des Sachverständigen

Sachverständige dürfen natürlich ihre Meinung zum konkreten Streitgegenstand äußern, darin liegt gerade ihre Aufgabe. Auch eine bereits im Vorfeld des Verfahrens erfolgte Meinungsbildung ist im Grundsatz nicht zu beanstanden, weshalb etwa wissenschaftliche Publikationen zum später zu begutachtenden Problem unschädlich sind. Sie lassen nicht an der Unbefangenheit, sondern allenfalls an der Qualifikation zweifeln.<sup>17)</sup> Ein Anschein der Befangenheit kann sich erst dann ergeben, wenn die Vorbefassung über sachliche Meinungsbildung hinausgeht und zur Voreingenommenheit wird. Gibt das Verhalten des Sachverständigen Grund zur Befürchtung, dass er „sein Gutachten auch dann zu ändern nicht gewillt sein werde oder würde, wenn Verfahrensergebnisse dessen Unrichtigkeit aufzeigen“, kann er daher abgelehnt werden.<sup>18)</sup>

Ein derartiger Verdacht ergab sich etwa in einem Strafverfahren, das Malversationen zum Nachteil der Anleger bei der Ausgabe von Zertifikaten zum Gegenstand hatte. Der von der Staatsanwaltschaft bestellte wirtschaftliche Sachverständige hatte sich zum gegenständlichen Fall zuvor in einem Gastkommentar geäu-

10) Spitzer in Spitzer/Wilfing, Beweisrecht § 356 Rz 1; ders, ZJP 131 (2018) 25 (28); Linz, Die Befangenheit des gerichtlichen Sachverständigen, DS 2017, 145 (146); OLG Koblenz 14. 7. 2014, 13 UF 175/14 NZFam 2014, 1148.

11) Vgl auch § 47 Abs 1 Z 1 StPO; § 7 Abs 1 Z 1 und 2 AVG.

12) Dazu etwa Geroldinger, Familiäres Naheverhältnis des Richters zum Prozessbevollmächtigten als Ausschließungsgrund? JBI 2014, 620 (626 ff).

13) Vgl Wittmann-Tiwald, SV 2020, 125 (125).

14) Etwa EGMR 1. 10. 1982, 8692/79, Piersack/Belgium; eingehend Ruffler, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995) 137 ff.

15) Siehe etwa die umfassenden Übersichten bei Ballon in Fasching/Konecny, ZPG I<sup>3</sup> § 19 JN Rz 9f; Mayr in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 19 JN Rz 6f; für Deutschland etwa Völker, Die Ablehnung des Sachverständigen im ZPO-/FGG-/FamFG-Verfahren, FPR 2008, 287 (289 ff); Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess (2015) Kap 46 Rz 16 ff.

16) Vgl §§ 406, 41 f dZPO; §§ 74, 22 ff dStPO; § 65 Abs 1 dVwVfG.

17) RIS-Justiz RS0115712.

18) RIS-Justiz RS0115712.

bert, der in einer Zeitung veröffentlicht worden war. Darin sprach er ua von einer „*schon nahezu groteske[n] Argumentation seitens MEL und M-Bank*“; insgesamt zeige sich ein „*erschütterndes Bild*“. Die darauf gestützte Ablehnung durch die Beschuldigten war zu Recht erfolgreich, weil der Gastkommentar mit dem OLG Wien geeignet war, Zweifel an unvoreingenommener und unparteilicher Gutachtenserstattung zu wecken.<sup>19)</sup> Geht der Sachverständige mit einer derart gefestigten und emotional geäußerten Meinung in das Verfahren, liegt darin eine für den Beschuldigten nur schwer überwindbare Hürde.<sup>20)</sup>

Genauso schaden emotionale Äußerungen während des Verfahrens. Ungebührlich wunderte sich etwa ein medizinischer Sachverständiger über den Privatgutachter einer Partei, der substantiierte Einwände gegen sein eigenes Gutachten vorgebracht hatte: „*Ich frage mich, wie ein nicht-operativ tätiger Kollege, der auch von der konservativen orthopädischen Behandlung keine Ahnung hat, sich zu solchen Äußerungen überhaupt hinreißen lässt.*“ Das OLG Oldenburg bemerkt dazu trocken: „*Die Richtigkeit dieser Bewertung, die für die Privatgutachter eine Beleidigung darstellen dürfte, wird durch die Ausführungen des Sachverständigen nicht belegt. Selbstverständlich hätte es ihm zugestanden – im Zusammenhang mit den gebotenen sachlichen Erörterungen der Ausführungen seiner Kollegen – deren Sachkunde für die Beurteilung des vorliegenden Falls als nicht ausreichend zu bewerten, die gewählte Formulierung („keine Ahnung“) geht darüber [...] jedoch weit hinaus.*“<sup>21)</sup>

Kollegen müssen sich unsachliche Äußerungen also nicht gefallen lassen, die Parteien selbst umso weniger. Die Grenze zwischen unsachlichen und „deutlichen“<sup>22)</sup> Worten kann freilich verschwimmen, was sich gerade dann zeigt, wenn der Sachverständige auf Provokationen einer Partei – etwa nach Erstattung eines für diese Partei ungünstigen Gutachtens – reagiert.<sup>23)</sup> Übt der Kläger etwa „*inhaltlich zugespitzt und pointiert deutliche Kritik an den fachkundigen Ausführungen*“ im Erstgutachten, liegt nach dem OLG Dresden kein Ablehnungsgrund vor, wenn der Sachverständige darauf in einem weiteren Gutachten mit Kommentaren wie „*auch durch das ständige Wiederholen [...] wird diese Aussage nicht richtig, woher nimmt die Klägerseite die irrije Vorstellung, die klägerseitige Fragestellung [...] entzieht sich jeder Logik, die Ausführungen des Dr. C. [...], die im übrigen erneut multipel redundant sind, ergeben sich in einer Pseudopathophysiologie*“ antwortet. Dabei handle es sich nämlich um eine scharfe, aber nicht überzogene Reaktion auf die Kritik, „*zumal der Sachverständige stets den inhaltlichen Bezug zur Beweisfrage wahr und nicht in persönliche Diffamierungen ableitet.*“<sup>24)</sup> Anderes gilt aber etwa, wenn der Sachverständige die Partei in der Stellungnahme zu einer „*Vielzahl harter Vorwürfe*“ durchgehend als „*Gegenseite*“ bezeichnet. Die Angriffe hätten zwar eine deutliche inhaltliche Reaktion, nicht aber den Gebrauch dieser Formulierung gerechtfertigt, die den Anschein erweckt, der Sachverständige „*sehe sich in einem kontradiktorischen Streitverhältnis*“ zur Partei.<sup>25)</sup>

Wesentlich klarer – spontane persönliche Diffamierung – lagen die Dinge in einem Deckungsprozess, in

dem die beklagte Unfallversicherung bestritt, dass die Verletzung des Klägers vom behaupteten Unfall herührte. Der mit der Klärung dieser Frage beauftragte Sachverständige begrüßte den zu untersuchenden Kläger mit den Worten: „*Sie sind ein Säufer, Sie können mir nichts vormachen*“. Die Rechtfertigung, dass der Kläger infolge Tablettengenusses rot umränderte Augen hatte, ließ der BGH dabei nicht gelten. Das grob beleidigende Verhalten lasse vielmehr eine Missachtung des Patienten erkennen und erwecke den Anschein einer vorgefassten negativen Meinung, weshalb es zur Ablehnung berechtige.<sup>26)</sup>

Insgesamt ist die Befundaufnahme heikel, wenn außerhalb des Gerichts Kontakt zu den Parteien besteht.<sup>27)</sup> Neben solchen Beleidigungen wird auch von Bevorzungen berichtet, die genauso befangenheitsrelevant sind. Tröstet die psychiatrische Sachverständige vor der Gutachtenserstellung in einem Obsorgeverfahren den Kindsvater, streichelt sie ihm über den Rücken und versichert sie dabei, dass „*Antonia ganz schnell zu ihm wechseln sollte*“, wird das Antonias Mutter schließlich interessieren. Die Ablehnung ist selbstverständlich gerechtfertigt, weil die Besorgnis, „*die Sachverständige habe eine persönliche Beziehung zum Kindsvater aufgebaut und das künftige Ergebnis ihrer Begutachtung bereits vorweggenommen*“, nachvollziehbar ist.<sup>28)</sup> Der Sachverständige sollte Anteilsbekundungen folglich unterlassen und darauf achten, verfahrensrechtliche Grundsätze auch dann einzuhalten, wenn sie seine Arbeit erschweren. In einem gegen die Eltern geführten Strafprozess wegen Missbrauchs ihrer Kinder wurde etwa eine Sachverständige zur Untersuchung der Glaubwürdigkeit der Kinder bestellt. Diesen gegenüber verschwieg die Sachverständige bewusst, für die Justiz tätig zu sein, weil sie sicher war, dass die Kinder sonst keine Angaben zum Tatgeschehen machen würden. Nach dem BGH habe die Sachverständige dadurch den Eindruck erweckt, die Kinder unter Missachtung ihrer Verfahrensrechte unbedingt zu Angaben veranlassen zu wollen, die die angeklagten Eltern be-

19) OLG Wien 11. 9. 2009, 22 Bs 278/09g SV 2009, 202.

20) Vgl auch VwGH 2. 9. 2019, Ra 2019/03/0105: Entzug der Eigenschaft als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger ua für das Fachgebiet „Länderkunde Afghanistan“ wegen der in einer Tageszeitung abgedruckten Aussage: „*Ich würde sagen, 70 Prozent der Leute, die von Afghanistan nach Österreich kommen, sind Wirtschaftsflüchtlinge.*“

21) OLG Oldenburg 19. 1. 1999, 2 W 5/99 NJW-RR 2000, 1166.

22) Vgl Ahrens, Beweis Kap 46 Rz 35 mwN.

23) Eingehend Ulrich, Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen wegen seiner Reaktionen auf Vorhaltungen der Parteien, DS 2018, 288.

24) OLG Dresden 17. 12. 2019, 4 W 943/19 BeckRS 2019, 34224; vgl auch OLG Oldenburg 27. 11. 2019, 5 W 50/19 NJW 2020, 348: kein Anschein der Befangenheit, wenn der medizinische Sachverständige den Sorgeberechtigten in Überschreitung des Gutachtenauftrags vorwirft, zu Lasten der Partei (des untersuchten Kindes) sogenanntes Ärzte-Hopping betrieben zu haben.

25) OLG Frankfurt 13. 7. 2018, 8 W 49/17 DS 2018, 311 mwN; dazu Ulrich, DS 2018, 288 (292 ff).

26) BGH 12. 3. 1981, IVa ZR 108/80 NJW 1981, 2009.

27) Zu den unsicheren prozessualen Rahmenbedingungen Koller in WIR, Sachverstand 97 (117 ff); Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 359 Rz 21 mwN; vgl auch die (nicht erfolgreiche) Ablehnung zu OLG Brandenburg 19. 9. 2019, 9 WF 180/19 BeckRS 2019, 49630.

28) OLG Düsseldorf 15. 1. 2013, II-3 WF 301/12 BeckRS 2013, 13745.

lasten könnten.<sup>29)</sup> Auch sie konnte daher erfolgreich abgelehnt werden.

Während die ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung durch den Sachverständigen damit ein sensibler Bereich ist, weil etwa schon die unterlassene Beziehung der Gegenpartei zur Befundaufnahme<sup>30)</sup> oder die Zugrundelegung noch streitiger Behauptungen im Gutachten<sup>31)</sup> den Anschein der Befangenheit begründen kann, ist der inhaltliche Spielraum größer. Ob ein Gutachten inhaltlich richtig oder unrichtig ist, ist nämlich anerkanntermaßen keine Frage der Befangenheit. Zumindest theoretisch ist dieser Umstand vielmehr im Rahmen der Beweiswürdigung durch das Gericht zu berücksichtigen.<sup>32)</sup> Erst grobe Mängel, die die Bevorzugung einer Partei nahelegen, können auch zur Ablehnung berechtigen.

## 2. Tätigkeit als Privatgutachter

Beleidigungen, Gefühlsbekundungen, Täuschungen und grobe Fehler sind freilich die Ausnahme. Schon eher wird Sachverständigen zum Verhängnis, dass sie bereits gutachterlich tätig waren. Ein in derselben Sache für eine Partei erstattetes Privatgutachten begründet jedenfalls den Anschein der Befangenheit,<sup>33)</sup> ist der Interessenkonflikt des Sachverständigen, der einer Partei vertraglich im Wort steht, doch evident. Dass er das eigene Gutachten vor Gericht widerlegt, ist unwahrscheinlich und könnte regelmäßig eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem privaten Auftraggeber begründen. Selbst der beste fachliche Ruf kann die gerichtliche Bestellung des Privatgutachters daher nicht rechtfertigen.

Schon weniger klar liegt ein Fall, den das LG Linz zu entscheiden hatte.<sup>34)</sup> Im Beweissicherungsverfahren zur Aufnahme eines Befundes über die Mangelhaftigkeit der Fenster und Türen im Haus des Antragstellers wurde ein Sachverständiger aus dem Fachgebiet „Holzkrankheiten, Holzimprägnierung“ bestellt. Der Antragsgegner (Verkäufer) lehnte den Sachverständigen ab, weil dieser bereits in früheren Verfahren Privatgutachten gegen ihn erstattet hatte. Die Privatgutachten hatten sich also nicht mit derselben Sache befasst, sondern waren in anderen Verfahren für unbeteiligte Auftraggeber erstellt worden. Die Verbindung zum nunmehrigen Verfahren ergab sich allein aus der Person des Antragsgegners, was das LG Linz zu Recht nicht genügen ließ. Dass der Sachverständige „seinem Beruf entsprechend früher einmal und ohne Zusammenhang mit der gegenständlichen Rechtssache ein – wenn auch gegen den Antragsgegner ausfallendes – Gutachten erstellt hat“, könne nämlich nicht mit der Privatgutachtertätigkeit in derselben Sache gleichgestellt werden. Tatsächlich ergibt sich aus den früheren Gutachtenaufträgen hier keinerlei Interessenkonflikt.<sup>35)</sup> Tritt der Sachverständige stets sachlich auf, gibt es keinen Grund für Zweifel an seiner Unbefangenheit.

Größere Vorsicht ist geboten, wenn das Privatgutachten nicht gegen, sondern für eine nunmehrige Partei erstattet wurde, weil sich daraus eine verdächtige Nahebeziehung zwischen den beiden ergeben kann. Für das sozialgerichtliche Verfahren stellt § 87 Abs 5 ASGG folglich klar, dass nicht bestellt werden darf, wer vom beklagten Sozialversicherungsträger „in Leistungssa-

chen häufig als Sachverständiger beschäftigt wird.“ Diese Wertung ist verallgemeinerungsfähig,<sup>36)</sup> weshalb etwa auch „Haussachverständige“ privater Versicherer in Prozessen der Versicherer befangen sind.<sup>37)</sup>

Wiederum ist der Übergang von diesen klar zu missbilligenden Fällen zu unschädlicher Vortätigkeit aber fließend, was eine Entscheidung des OLG Koblenz verdeutlicht.<sup>38)</sup> Im Prozess gegen einen Versicherer lehnte der Kläger den medizinischen Sachverständigen ab, weil dieser „in einer Vielzahl von Fällen außergesetzlich als Gutachter für Versicherungsgesellschaften und auch für die Bekl. tätig und tätig gewesen sei“. Was nach Haussachverständigem klingt, hält das OLG – durchaus im Einklang mit anderen Obergerichten<sup>39)</sup> – aber für unverdächtig, weil die konkrete Person nicht in abhängiger oder ständiger Verbindung zum Versicherer stehe. Insofern gebe es auch keine Besorgnis der Befangenheit, sei es doch „die Regel, daß qualifizierte Sachverständige – hier ein Chefarzt der Orthopädie – für Versicherungsunternehmen Privatgutachten erstatten. Man würde diese Sachverständigen disqualifizieren und zwei Klassen von Sachverständigen schaffen, wollte man sie als gerichtliche Sachverständige in Rechtsstreitigkeiten, in denen ein Versicherungsunternehmen Partei ist oder hinter einer Partei steht, generell als parteiisch behandeln.“

Das ist jedenfalls nicht privatgutachterunfreundlich, die Sorge über die Zweiklassengesellschaft unter den Sachverständigen wird nicht jeder teilen. Vor allem kann auf Geschäftsmodelle natürlich keine Rücksicht genommen werden, vielmehr dient die Ablehnung gerade dazu, bestimmte Sachverständige zu disqualifizieren. Aus der relevanten Perspektive der Gegenpartei überzeugt das Ergebnis dabei nicht, zumal der „in einer Vielzahl von Fällen“ tätige Gutachter – wenn nicht schon Haussachverständiger, dann – zumindest Stammgastsachverständiger ist.<sup>40)</sup> Ein Anschein, dass der Sachverständige dem Versicherer näherstehen

29) BGH 4. 12. 1996, 2 StR 430/96 NStZ 1997, 349.

30) Jelinek, Der Sachverständige im Zivilprozeß, in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 45 (63); Ruffler, Sachverständige 144f; OLG Karlsruhe 31. 1. 2019, 8 U 97/15 NJW 2019, 1691; vgl demgegenüber für medizinische Untersuchungen, die grundsätzlich in Abwesenheit Dritter durchzuführen sind, OLG Hamm 16. 7. 2003, 1 W 13/03 BeckRS 2010, 3088; Berger in Stein/Jonas, ZPO V<sup>28</sup> § 406 Rz 35.

31) OLG Nürnberg 9. 8. 2019, 1 W 238/19 ErbR 2020, 258; vgl auch OLG Brandenburg 18. 6. 2019, 12 W 15/18 BeckRS 2019, 14223; OLG Oldenburg 29. 8. 2018, 5 W 35/18 BeckRS 2018, 20554.

32) Jelinek, Befangenheit des Sachverständigen im Zivilprozess, in FS 100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 319 (323); Schneider in Fasching/Konecny, ZPG III/1<sup>3</sup> § 356 Rz 9.

33) OGH 15. 3. 1989, 3 Ob 545/88; Jelinek in Aicher/Funk, Sachverständige 45 (63).

34) LG Linz 16. 4. 1998, 15 R 68/98 w.

35) Siehe aber gleich unten zu Parallelverfahren.

36) Ziehensack, Die Ablehnung von Sachverständigen und das Ablehnungsverfahren, Zak 2006, 285 (285).

37) Jelinek in FS Hauptverband 319 (323f); OLG Koblenz 10. 1. 1992, 4 W 2/92 NJW-RR 1992, 1470.

38) OLG Koblenz 10. 1. 1992, 4 W 2/92 NJW-RR 1992, 1470.

39) Näher Tietgens, Der Sachverständigenbeweis im versicherungsrechtlichen Deckungsprozess, r+s 2015, 167 (175f).

40) Vgl demgegenüber Braun in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 355 Rz 2, mit Verweis auf eine Entscheidung des OLG Graz: keine Befangenheit bei „sporadischer“ Tätigkeit des Sachverständigen für die beklagte Versicherung.

könnte als dem Versicherten, ist nicht zu leugnen.<sup>41)</sup> Für den Sachverständigen empfiehlt es sich folglich, regelmäßige Privatgutachtertätigkeit für eine der beteiligten Parteien jedenfalls offenzulegen.

Privatgutachten in derselben Sache führen also immer zur Befangenheit, frühere Privatgutachten gegen eine Partei grundsätzlich nicht, bei früherer Privatgutachtertätigkeit für eine Partei ist Offenlegung ratsam. In der Mitte dieser Fälle ist die Frage angesiedelt, wie sich die Tätigkeit als Privatgutachter in ähnlichen Parallelverfahren auswirkt. Das OLG Wien entschied dazu im Zusammenhang mit Verfahren über die Höhe von Enteignungsschädigungen, in denen demselben Antragsgegner jeweils andere – offenbar aufgrund desselben Bauprojekts – enteignete Antragsteller gegenüberstanden. Der Sachverständige wurde abgelehnt, weil er in einem Parallelverfahren bereits ein Privatgutachten für den dortigen enteigneten Antragsteller erstattet hatte. Nach dem OLG Wien bringe es die langjährige Tätigkeit des konkreten Sachverständigen aber „*naturgemäß mit sich, dass er auch in Verfahren, wo die nunmehrige Antragsgegnerin beteiligt ist, herangezogen wird.*“ Ohne konkrete – gegenständlich nicht vorliegende – Anhaltspunkte gebe es daher keinen Befangenheitsanschein, zumal das Verfahren „*die Enteignung einer Liegenschaft betrifft, die in keinem räumlichen oder sonstigen Zusammenhang mit jener im [...] Parallelverfahren steht.*“<sup>42)</sup>

Je enger der inhaltliche Zusammenhang zwischen den Verfahren ist, desto heikler wird aber die Situation. So hielt der BGH die Ablehnung eines Sachverständigen für möglich,<sup>43)</sup> der in einem früheren Verfahren gegen dieselbe Beklagte ein Privatgutachten für den dortigen Kläger erstellt hatte; in beiden Prozessen war die Fehlerhaftigkeit einer Hüftgelenkprothese aus einer bestimmten Modellreihe fraglich. Würde der Sachverständige den Fall nunmehr abweichend vom Privatgutachten beurteilen, setzte er sich nämlich „*möglicherweise dem – gleich ob berechtigten oder unberechtigten – Vorwurf seines Auftraggebers aus, das Privatgutachten nicht ordnungsgemäß erstattet oder sonstige vertragliche Pflichten verletzt zu haben. [...] Die Möglichkeit eines Konflikts des Sachverständigen zwischen Rücksichtnahme auf den früheren Auftraggeber und der Pflicht zu einer von der früheren Begutachtung losgelösten, objektiven Gutachtenerstattung im Auftrag des Gerichts ist geeignet, das Vertrauen des Ablehnenden in eine unvoreingenommene Gutachtenerstattung zu beeinträchtigen.*“<sup>44)</sup>

Maßgebend ist also das konkrete Beweisthema: Dass der Sachverständige gehemmt sein könnte, die Fehlerhaftigkeit eines bestimmten Prothesenmodells vor Gericht anders zu beurteilen als im Privatgutachten, liegt genauso nahe, wie dass er zwei völlig unterschiedliche Liegenschaften unterschiedlich bewerten kann. Ein zur inhaltlich selben Sache erstattetes Privatgutachten begründet insofern auch dann einen Befangenheitsanschein, wenn der Auftraggeber nicht am Prozess beteiligt ist.

### 3. Tätigkeit als gerichtlicher Sachverständiger

Deutlich weniger befangenheitsgeneigt als frühere Privatgutachtertätigkeit ist die Tätigkeit als gerichtlich be-

stellter Sachverständiger. Hier fehlt der bei Privatgutachten angelegte Interessenkonflikt, weil der gerichtliche Sachverständige nicht einseitig verpflichtet ist, sondern sein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen erstattet (vgl § 5 SDG). Ist er dieser Aufgabe in Verfahren 1 objektiv nachgekommen, spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass er ihr in Verfahren 2 erneut objektiv nachkommt.<sup>45)</sup> Dass das Gutachten in Verfahren 1 für eine Partei ungünstig war, ist unvermeidbar und daher irrelevant. Genauso können Richter natürlich nicht abgelehnt werden, weil sie bereits einmal über die Partei(en) geurteilt haben; die feste Geschäftsverteilung sichert diese Möglichkeit vielmehr sogar verfassungsrechtlich ab (Art 87 Abs 2 B-VG).<sup>46)</sup>

Dementsprechend erfolglos war die Ablehnung eines medizinischen Sachverständigen durch den Beklagten in einem Arzthaftungsprozess, weil der Sachverständige „*in einem anderen Verfahren gegen ihn tätig gewesen sei.*“<sup>47)</sup> Unterstützend griff das OLG München dabei einen Gesichtspunkt auf, den auch das OLG Wien im erwähnten Enteignungsverfahren<sup>48)</sup> anführte: „*Es ist vielmehr gerade dann häufig und fast unausweichlich, wenn ein beklagter Arzt auf einem besonderen engen Gebiet arbeitet und der Sachverständige vom Gericht für dieses besondere Gebiet als kompetent angesehen wird, dass dann der nämliche Sachverständige in mehreren Verfahren gegen einen Beklagten herangezogen wird.*“ Diese Rechtfertigung der mehrmaligen Bestellung ist gleichsam die Kehrseite der Rechtfertigung der Ablehnungsmöglichkeit. Dass der Sachverständige als ersetzbares Beweismittel möglichst objektiv sein soll, relativiert sich ja, wenn der konkrete Sachverständige nicht oder nur schwer ersetzbar ist. Soweit ersichtlich floss dieser – gerade im relativ kleinen Österreich potenziell wirkmächtige – Umstand bislang freilich nur in die Befangenheitsprüfung mit ein, wenn der Sachverständige ohnehin keine Schlagseite hatte. Dass darüber hinaus eine tatsächlich bestehende Schlagseite abgemildert werden könnte, erscheint nur in (wohl theoretischen) Extremfällen vorstellbar, in denen der notwendige Sachverstand sonst nicht zu bekommen wäre.<sup>49)</sup> Ein bewegliches System, das eine Abwägung von Objektivität und Verfügbarkeit allgemein erlauben würde, lässt sich § 355 ZPO nämlich schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht entnehmen.<sup>50)</sup>

Im Grundsatz ist die mehrmalige Tätigkeit als gerichtlicher Sachverständiger bei Beteiligung derselben

41) Huber in Musielak/Voit, ZPO<sup>90</sup> § 406 Rz 10; Rüdffer, Sachverständige 144; Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 356 Rz 5.

42) OLG Wien 28. 11. 2013, 14 R 176/13z, 14 R 185/13y SV 2014, 35.

43) Die Entscheidung wurde offengelassen, weil für die Beurteilung der Gleichartigkeit der Prothesen zusätzliche Feststellungen notwendig waren.

44) BGH 10. 1. 2017, VI ZB 31/16 NJW-RR 2017, 569; vgl aber BGH 6. 6. 2019, III ZB 98/18 DS 2019, 258: keine Befangenheit bei typischer fachlicher Vorbefassung (Behandlung von Patienten mit einer Methode, deren Notwendigkeit im nunmehrigen Verfahren vom Sachverständigen beurteilt werden soll).

45) RIS-Justiz RS0098146.

46) Vgl OLG München 23. 4. 1993, 1 W 1374/93 VersR 1994, 704.

47) OLG München 23. 4. 1993, 1 W 1374/93 VersR 1994, 704.

48) OLG Wien 28. 11. 2013, 14 R 176/13z, 14 R 185/13y SV 2014, 35.

49) Dabei wäre der geringere Beweiswert des Gutachtens zu berücksichtigen.

50) Vgl oben A.3.

Partei(en) also unproblematisch. Das gilt – anders als mitunter bei Privatgutachten<sup>51)</sup> – auch dann, wenn das frühere Verfahren in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem nunmehrigen steht. Ein gerichtspsychiatrischer Sachverständiger wurde in einem Mordprozess vom Angeklagten etwa abgelehnt, weil er das spätere Mordopfer seinerzeit in einem Entmündigungsverfahren untersucht hatte und deshalb „Eigenheiten“ bzw. „wesentliche Lebensumstände“ der Getöteten“ seiner Gutachtenserstattung voranstellen konnte. Allein aus der vorangegangenen Begutachtung ergibt sich mit dem OGH kein Anschein der Befangenheit.<sup>52)</sup> Finden die Ergebnisse des alten Gutachtens Eingang in das neue Verfahren, ohne dass eine Möglichkeit für die damals unbeteiligte Partei bestünde, diese Ergebnisse nachzuvollziehen und anzugreifen, kann allerdings eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen.<sup>53)</sup> Wohl vor diesem Hintergrund betonte der OGH im Mordprozess, dass „diese rein illustrativ der Veranschaulichung der Tatumstände dienenden Ausführungen zur Person des Tatopfers im den Beschwerdeführer betreffenden psychiatrischen Gutachten keinen Niederschlag gefunden haben“ und die beschriebenen Umstände außerdem „allgemein – und augenscheinlich auch dem Beschwerdeführer [...] –“ bekannt waren.

#### 4. Ärztliche Behandlung

Mit Blick auf medizinische Sachverständige ergibt sich eine weitere Fallgruppe aus Behandlungsverhältnissen gegenüber einer Partei, wobei zunächst zwei Konstellationen abgeschichtet werden können: Ist die Behandlung – wie etwa im Arzthaftungsprozess – Streitgegenstand des Verfahrens, ist der behandelnde Arzt natürlich ausgeschlossen, weil er dann entweder selbst Partei oder zumindest Mitberechtigter, Mitverpflichteter oder Regresspflichtiger ist (§ 20 Abs 1 Z 1 JN); ist die Partei im Rahmen einer Privatbegutachtung hinsichtlich des konkreten Verfahrens behandelt worden, begründet schon das Privatgutachten den Anschein der Befangenheit (B.2.).

Davon abgesehen kommt Befangenheit umso eher in Betracht, je enger die Beziehung zwischen Arzt und Patient ist. Die Ablehnung des „Hausarztes“ der Gegenpartei, zu dem typischerweise ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, ist daher begründet.<sup>54)</sup> Auch die einmalige Behandlung über einen längeren Zeitraum kann ausreichen, wenn es den Eindruck macht, dass dabei ein vergleichbares Vertrauensverhältnis entstanden ist.<sup>55)</sup> Wo der Anschein einer derartigen Beziehung nicht besteht, muss die Behandlung indes nicht immer zur Ablehnung berechnen.<sup>56)</sup> So wurde Befangenheit etwa in einem Fall verneint, in dem die Geschäftsfähigkeit der Klägerin von einem Sachverständigen beurteilt wurde, der diese einige Monate zuvor anlässlich eines unfallbedingten Krankenhausaufenthalts untersucht hatte.<sup>57)</sup> Ebenfalls nicht erfolgreich war die Ablehnung in einem PflEGschaftsverfahren über eine wegen chronischer Psychosen in ständiger Behandlung befindliche Partei, weil der Sachverständige „Vorgesetzter der die Beschwerdeführerin behandelnde[n] Ärzte ist, sie vielleicht selbst schon behandelt hat“.<sup>58)</sup>

Zumindest im Strafprozess ist der OGH demgegenüber strenger: Während eines Verfahrens zur Unterbringung in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher war der Betroffene mehrere Monate lang in einem psychiatrischen Krankenhaus vorläufig angehalten worden. Eine dort tätige Ärztin, die ihn „mitbetreut und -behandelt“ hatte, wurde später zur Sachverständigen bestellt und erfolgreich abgelehnt. „Denn der Umstand, dass die Sachverständige den von ihr zu begutachtenden Betroffenen überdies über einen längeren Zeitraum als Ärztin therapeutisch behandelt hat, lässt bei einem objektiven Beobachter Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit als Sachverständige entstehen“.<sup>59)</sup> Zwingend erscheint der hier gezogene Schluss von der vorangegangenen Mitbehandlung auf den Befangenheitsanschein freilich nicht, zumal sich durchaus auch sachliche Gründe für die Bestellung der Ärztin anführen ließen. In der Lit wurde etwa darauf hingewiesen, dass sich der im Vergleich zu völlig Unbeteiligten zweifellos bessere Eindruck vom Zustand des Betroffenen positiv auf die Gutachtensqualität auswirken kann.<sup>60)</sup> Die Entscheidung sollte sich daher jedenfalls nicht derart zum Rechtssatz verfestigen, dass sie eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erübrigt.

Ergeben sich aus der Vorbehandlung (irgendwelche) Eigeninteressen des Arztes, sprechen diese Interessen für die Befangenheit. Eine nachvollziehbar strenge Linie wählte der VwGH daher in einem Verwaltungsverfahren, in dem sich die Frage der medizinischen Erforderlichkeit der stationären Unterbringung eines Kindes während eines bestimmten Zeitraums stellte. Zum (nichtamtlichen) Sachverständigen wurde der Oberarzt und Direktor des Krankenhauses bestellt, in dem das Kind untergebracht war. Nachdem er sein Gutachten erstattet hatte, wonach das Kind außerhalb des Krankenhauses nicht lebensfähig sei, wurde er mit der Begründung abgelehnt, dass er „in eigener Sache“ tätig sei und daher ein Sachverständiger „außer Haus“ bestellt werden solle. Der VwGH folgte dieser Argumentation. Es sei nämlich nicht ausgeschlossen, dass bei jenem Arzt, der für die zu untersuchende Behandlung medizinisch verantwortlich zeichnet, „hemmende Motive“ vorliegen könnten.<sup>61)</sup>

#### 5. Berufliche Beziehungen

Eigeninteressen können objektive Beurteilung natürlich nicht nur im Zusammenhang mit Behandlungsverhältnissen hemmen, sondern spielen immer auch

51) Dazu Berger, LMK 2017, 388424.

52) OGH 2. 7. 1991, 14 Os 51/91.

53) Zum Zivilverfahren RIS-Justiz RS0074920.

54) OLG Stuttgart 14. 6. 1962, 5 W 36/62 MDR 1962, 910; OLG Köln 17. 1. 1992, 19 W 59/91 BeckRS 2015, 6275.

55) Vgl etwa OLG Rostock 15. 6. 1995, 3 W 46/95 VersR 1996, 124.

56) Berger in Stein/Jonas, ZPO V<sup>23</sup> § 406 Rz 20.

57) OLG Köln 17. 1. 1992, 19 W 59/91 VersR 1992, 517.

58) OLG Karlsruhe 12. 3. 1991, 11 W 11/91 FamRZ 1991, 965.

59) OGH 24. 6. 2009, 15 Os 65/09m.

60) Nimmervoll, Als der Justiz die Psychiater abhanden kamen, RZ 2010, 204 (207); Kerschner, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen, SV 2010, 123 (130); dagegen aber Öner, Der behandelnde Arzt des Angeklagten als Sachverständiger im Strafverfahren? RZ 2010, 208.

61) VwGH 12. 5. 1992, 91/08/0139; ähnlich OLG Köln 6. 5. 1991, 27 W 6/91 NJW 1992, 762.

dann eine Rolle, wenn (sonstige) berufliche Verflechtungen bestehen. Die Privatgutachtertätigkeit für eine Partei hat die Richtung dabei schon vorgegeben: Das zur selben Sache erstattete Privatgutachten begründet genauso einen Befangenheitsanschein wie die häufige Tätigkeit für eine Partei („Haussachverständiger“). Diesen Gedanken positiviert § 87 Abs 5 ASGG für das sozialgerichtliche Verfahren, der zusätzlich die Bestellung von Personen ausschließt, die „zum Beklagten in einem Arbeitsverhältnis“ stehen. Wirtschaftliche Abhängigkeit oder enge berufliche Beziehungen lassen schließlich an der Unvoreingenommenheit zweifeln.

Entsprechend erfolgreich war die Ablehnung eines medizinischen Sachverständigen, der im Arzthaftungsprozess eine über mehr als 25 Jahre bestehende, intensiv ausgeprägte kollegiale Beziehung zum Beklagten eingestanden hatte: *„Eine ärztlich wissenschaftliche intensive Zusammenarbeit ist wegen meiner Spezialisierung hinsichtlich der Schäd[e]basistumore gepflegt worden, insofern als dass spezielle Patienten durch Herrn Dr. S. an mich für die Operation verwiesen worden sind.“* Der Beklagte war also *„regelmäßiger ‚Zulieferer‘ der Klinik des Sachverständigen“*, was das OLG Oldenburg zutreffend als Anlass für Objektivitätszweifel qualifizierte.<sup>62</sup> Dass der Sachverständige die Nahebeziehung erst offenlegte, nachdem der Kläger sie behauptet hatte, beeinträchtigte die Optik dabei zusätzlich. Unbeachtlich ist nach einer durchaus großzügigen Entscheidung des OLG Karlsruhe demgegenüber eine Überweisungsquote von 5 bis 7% der jährlichen Patienten des Sachverständigen, weil sich daraus keine hinreichende Abhängigkeit ergebe.<sup>63</sup>

Wie stets können auch in diesem Zusammenhang die verschiedensten Umstände einen Befangenheitsanschein begründen. Teilt der medizinische Sachverständige der Klägerin etwa anlässlich ihrer Untersuchung mit, dass sein Sohn als Arzt im Krankenhaus der Beklagten arbeite, kann in Zusammenschau mit einigen Ungereimtheiten im erstellten Gutachten ein Misstrauen der Klägerin entstehen, zumal derartige Posten in Nordrhein-Westfalen zur damaligen Zeit offenbar spärlich gesät waren. Nach dem OLG Köln gewinne dann nämlich *„die Überlegung an Gewicht, daß bei der heutigen Knappheit an ärztlichen Fortbildungsstellen die Weiterbildungsmöglichkeit des Sohnes den Sachverständigen in seiner Urteilsbildung beeinflusst haben könnte.“*<sup>64</sup>

Bloße wissenschaftliche Zusammenarbeit, wie sie im jeweiligen Fachgebiet üblich ist, ist freilich nicht ausreichend. Weder die gemeinsame Mitwirkung an einer medizinischen Studie oder die Herausgabe wissenschaftlicher Publikationen, an denen auch der beklagte Arzt beteiligt ist, noch die gemeinsame Mitgliedschaft in einer medizinischen Fachgesellschaft oder die Referententätigkeit des Sachverständigen auf einer vom beklagten Arzt geleiteten Tagung begründet daher für sich genommen einen Befangenheitsanschein.<sup>65</sup> Erst eine engere Beziehung, die über dieses im wissenschaftlichen Bereich übliche Ausmaß hinausgeht, rechtfertigt die Ablehnung. Nach dem BGH kann das etwa bei der Mitwirkung (konkret: der Richter) an einer Festschrift zu Ehren des Beklagten der Fall sein, weil *„sich die Autoren mit ihrer Teilnahme an der Festschrift in den Dienst einer Sache gestellt haben, die auf*

*eine Ehrung des Jubilars unter Hervorhebung außergewöhnlicher Verdienste ausgerichtet war.“*<sup>66</sup>

### C. Konsequenzen für den Sachverständigen

Könnte vor dem Hintergrund dieser Fälle der Anschein seiner Befangenheit bestehen, hat der Sachverständige seine Bedenken dem Gericht und den Parteien gegenüber offenzulegen.<sup>67</sup> Im Unterschied zu Richtern (§ 22 GOG) ist eine derartige Pflicht zwar nicht ausdrücklich angeordnet, sanfter Druck geht allerdings bereits von § 25 Abs 3 GebAG aus. Danach entfällt nämlich der Gebührenanspruch, wenn „die Tätigkeit des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben“ ist. Die unterlassene Offenlegung wird dem Sachverständigen also indirekt zum Verhängnis, wenn sie seine erfolgreiche Ablehnung nach Gutachtenserstattung ermöglicht (§ 355 Abs 2 ZPO), weil das Gutachten dann nicht mehr berücksichtigt werden darf<sup>68</sup> und die Tätigkeit insofern unvollendet bleibt.<sup>69</sup> Sein Verschulden daran – das eine entsprechende Pflichtverletzung voraussetzt – wird mit Blick auf den Sachverständigeneid und Standesregeln zutreffend bejaht.<sup>70</sup> Die Offenlegungspflicht sollte beherzigt und streng genommen werden: Wenn von einer Sachverständigen berichtet wird, die ihre Gebührenforderung iHv knapp € 90.000,- in einem Wirtschaftsstrafverfahren verlor, weil sie die Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft nicht offengelegt hatte, an der auch der Anwalt eines Opfers beteiligt war,<sup>71</sup> mahnt dies schließlich zur Vorsicht.

Die Annahme einer Warnpflicht ist im Übrigen auch vor dem Hintergrund des Zivilrechts konsequent, zumal die durch die gerichtliche Bestellung begründete Sonderbeziehung zur Haftung gegenüber den Parteien für unrichtige Gutachten führt.<sup>72</sup> In dieser Sonderbeziehung ist es dem Sachverständigen ohne Weiteres zumutbar, über möglicherweise befangenheitsbegründende Umstände aufzuklären, um den Parteien die Frustration von Prozessaufwand zu ersparen.<sup>73</sup> Verletzt er diese Pflicht, haftet er den Parteien folglich für den verursachten Schaden, der sich vor allem aus

62) OLG Oldenburg 28. 6. 2007, 5 W 77/07 MDR 2008, 44.

63) OLG Karlsruhe 11. 8. 1983, 7 W 10/83 OLGZ 1984, 104.

64) OLG Köln 10. 10. 1988, 27 W 31/88 VersR 1989, 210.

65) OLG Düsseldorf 24. 2. 2004, I-8 U 102/02 MedR 2005, 42; OLG München 27. 10. 2006, 1 W 2277/06 NJW-RR 2007, 575; OLG Dresden 3. 6. 2019, 4 W 441/19 BeckRS 2019, 12942; vgl auch OGH 15. 10. 2014, 7 Nc 26/14d.

66) BGH 7. 11. 2018, IX ZA 16/17 NJW 2019, 308; dazu *Nutz*, Festschriftbeitrag und Befangenheit – Caveat scriptor, Zak 2019, 47.

67) Vgl *Wittmann-Tiwald*, SV 2020, 125 (126).

68) OGH 22. 10. 2002, 10 Obs 316/02x; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 355–356 Rz 6.

69) *Krammer/Schmidt* in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten<sup>3</sup> (2020) 170.

70) OLG Wien 30. 1. 2002, 12 R 2/02f; 10. 6. 2011, 22 Bs 279/10f SV 2011, 154; OLG Innsbruck 23. 11. 2009, 4 R 148/09k SV 2010, 101; OGH 22. 10. 2002, 10 Obs 316/02x; *Jelinek* in FS Hauptverband 319 (325). *Schneider* in *Fasching/Konecny*, ZPG<sup>3</sup> III/1 § 356 Rz 20, verweist auf die richterähnliche Stellung des Sachverständigen.

71) *Bauer*, Der Sachverständige im Strafprozess, SV 2017, 142 (146).

72) *Welser*, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 92 (95); *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> (2018) Rz D/2/12.

73) *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 356 Rz 6.

der Notwendigkeit eines neuen Gutachtens ergeben kann.<sup>74)</sup>

Schließlich empfiehlt sich die Offenlegung auch mit Blick auf die „Sachverständigenliste“. Unterlässt ein Sachverständiger die Selbstanzeige, ist er nach der Rsp des VwGH nämlich nicht (mehr) vertrauenswürdig (§ 2 Abs 2 Z 1 lit e SDG), weshalb ihm die Eintragung verwehrt bzw die Eigenschaft als allgemein beeideter gerichtlicher Sachverständiger entzogen werden kann.<sup>75)</sup>

**D. Zusammenfassung**

Vermitteln irgendwelche Umstände den Eindruck, dass der Sachverständige befangen sein könnte, darf er nicht tätig werden. Die Rsp ist darum bemüht, diesem strengen Maßstab gerecht zu werden, ohne den Bezug zur Praxis zu verlieren. Während etwa unsachliche Äußerungen (Beleidigungen, Gefühlsbekundungen, Täuschungen) durch den Sachverständigen oder offensichtliche Interessenkonflikte (Privatgutachten zum Fall, Haussachverständiger, Hausarzt) unkompliziert zur Ablehnung berechtigen, gibt es nämlich zahllose Grenzfälle. Dabei können Strukturen und Usancen der jeweiligen Branche (ärztliche Überweisungen, Stellenknappheit) oder scientific community (klinische Studien, Fachtagungen, Festschriften) genauso eine Rolle spielen, wie etwa Verpflichtungen gegenüber Dritten (inhaltlich vergleichbares Privatgutachten) oder Qualitätssicherung (mitbehandelnde Ärztin).

Aus Sachverständigensicht ist diese Einzelfallabhängigkeit freilich kein Grund zur Beunruhigung. Der Sachverständige muss nämlich nicht beurteilen, ob er befangen ist. Er muss „bloß“ einschätzen, ob er befangen sein könnte. Legt er die potenziell problematischen Umstände offen, hat er daher nichts zu befürchten. Die Unterlassung der Offenlegung ist demgegenüber gebühren- und haftungsrechtlich bewehrt und kann zur Streichung aus der Sachverständigenliste führen.

Der Sachverständige muss nämlich nicht beurteilen, ob er befangen ist. Er muss „bloß“ einschätzen, ob er befangen sein könnte. Legt er die potenziell problematischen Umstände offen, hat er daher nichts zu befürchten. Die Unterlassung der Offenlegung ist demgegenüber gebühren- und haftungsrechtlich bewehrt und kann zur Streichung aus der Sachverständigenliste führen.

74) OGH 18. 7. 2002, 3 Ob 284/01p; 19. 12. 2012, 6 Ob 238/12m (Schutzgesetzverletzung); *Jelinek* in *Aicher/Funk*, Sachverständige 45 (64); *Rüffler*, Sachverständige 148.

75) VwGH 20. 1. 1993, 92/01/0798.

→ In Kürze

Die Unbefangenheit von Sachverständigen ist an einem strengen Maßstab zu messen und kann aus verschiedensten Gründen in Zweifel gezogen werden. Aus Sachverständigensicht ist Vorsicht geboten, weil die unterbliebene Offenlegung relevanter Umstände schwerwiegende Konsequenzen haben kann.

→ Zum Thema

**Über den Autor:**

Dr. Alexander Wilfing ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien. Kontaktadresse: WU Wien, Welthandelsplatz 1, Gebäude D3, 1020 Wien. E-Mail: alexander.wilfing@wu.ac.at

→ Literatur-Tipp

**Spitzer/Wilfing, Beweisrecht (2020)**



**MANZ Bestellservice:**

Tel: +43 (0)1 531 61-100

Fax: +43 (0)1 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)



# Ausgewählte Rechtsprechung des EGMR 2020

ÖJZ 2021/104

EMRK

Überblick über aktuelle Rsp zur EMRK

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu den materiellen Grundrechten der EMRK und ihren ZP aus dem Jahr 2020; er konzentriert sich auf Entscheidungen des EGMR, die – nach Ansicht des Verfassers – neuartige oder aktuelle Fragestellungen betreffen oder sonst von besonderem Interesse erscheinen.

Von **Rudolf Thienel**

**Inhaltsübersicht:**

- A. Verbot der Folter sowie unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art 3 EMRK)
- B. Recht auf faires Verfahren in Zivil- und Strafsachen (Art 6 EMRK)
- C. Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs (Art 8 EMRK)
- D. Religionsfreiheit (Art 9 EMRK)
- E. Freiheit der Meinungsäußerung (Art 10 EMRK)
- F. Vereins- und Versammlungsfreiheit (Art 11 EMRK)
- G. Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK)
- H. Recht auf freie Wahlen (Art 3 1. ZP)
- I. Verbot von Kollektivausweisungen (Art 4 4. ZP)
- J. Ne bis in idem (Art 4 7. ZP)