

Der Sachverständigenbeweis im österreichischen Zivilprozess

Martin Spitzer, WU Wien

- I. Einleitung
 - A. Öffentliche Diskussion
 - B. Fachdiskussion
 - C. Konzept der ZPO
- II. Rollenverteilung Richter – Sachverständiger
 - A. Recht auf Sachverständige
 - 1. Richter als Sachverständige
 - 2. Hang zum Sachverständigen
 - B. Grenzen des Sachverständigen
 - 1. Erwartungshaltung und Umgang mit Zweifel
 - 2. Scheingenauigkeit
 - C. Grenzbereich: Würdigung innerer Tatsachen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Sonderfall Pflegschaftsverfahren
- III. Neuer Sachverstand ohne Sachverständigen
 - A. Sachverstand in der Justiz
 - 1. Expertisen der Familiengerichtshilfe
 - 2. Bestellung eines Erwachsenenvertreterers
 - B. »Innovationsdruck« durch Massenverfahren
 - C. Folgerungen
- IV. Zusammenfassung
- D. Kontrolle durch Privatgutachten
 - 1. Status quo und Einordnungsversuche
 - 2. Rechtsfolgenorientierung statt Kategorisierung
 - 3. Impulse durch (Binnen-)Rechtsvergleiche

I. Einleitung

A. Öffentliche Diskussion

Wenn man derzeit in Österreich nach dem Sachverständigen und seiner Rolle im Prozess fragt, trifft man durchaus einen Nerv – allerdings eher einen der breiten Öffentlichkeit als zivilprozessualer Fachkreise. Deutschland hat *Gustl Mollath*, Österreich einen Amokfahrer, der in Graz mehrere Menschen getötet hat. Durch eine Laune des Strafverfahrens wurden zwei Gutachten eingeholt. Der Amokfahrer ist – je nachdem, welchen Gutachter man fragt – zurechnungsfähig oder eben nicht.

Dass so etwas möglich ist, überrascht den Juristen nicht besonders, für die Medien ist es eine »*Gutachter-Groteske*«. ¹ Tatsächlich trägt der Fall durchaus Züge einer Groteske, einer der Sachverständigen kommt nämlich auf stattliche 365 Gutachten pro Jahr. Die Erklärung, »*man muss schon sehr fleißig sein und auch am Wochenende arbeiten*«, ² beruhigt dabei vielleicht nicht jeden gleichermaßen.

Die Wochenendarbeit lohnt sich indes nicht einmal. Eine »besonders zeitaufwändige psychiatrische Untersuchung« samt Gutachten schlägt mit 195,40 € zu Buche, Leichenöffnungen sind schon für 93,50 € zu haben. ³ Die Politik befürchtet daher derzeit, nicht immer die besten Leute zu bekommen. ⁴ Ein Umstand, der gleichzeitig

1 Die Presse, Graz: Gutachter-Groteske um Amokfahrt, 14.01.2016.

2 Die Presse, Jeden Tag ein Gutachten – und als Oberarzt tätig, 30.05.2015.

3 § 43 Abs. 1 GebAG.

4 Die Presse, Gebühren »ungebührlich niedrig«, 06.02.2017.

die diffuse Vertrauenskrise bestärkt, in der sich Sachverständige in der öffentlichen Wahrnehmung befinden. Die Medien haben also reichlich Diskussionsstoff, der sich bei näherer Betrachtung auch als Diskussionsstoff für das Fachpublikum erweist.

B. Fachdiskussion

In Fachkreisen ist es allerdings – wenn man rechtsdogmatische Feinarbeit ausklammert – vergleichsweise ruhig. Das ist in Österreich freilich fast schon traditionell so. Ein Blick in das zivilprozessuale Schrifttum zeigt, dass eine Diskussion über die »Rolle des Sachverständigen« allenfalls eher verhalten geführt wurde. Während in Deutschland vor allem im 19. Jahrhundert darum gerungen wurde, ob der Sachverständige – um die beiden Pole der Diskussion herauszugreifen – Zeuge oder doch selbst ein kleiner Richter – ein *iudex facti* – ist, hat dieser Streit Österreich nie recht erfasst. Österreich war einerseits zu früh und andererseits zu spät dran.

Zu früh, weil die österreichische AGO 1781 erlassen wurde und der dogmatischen Auseinandersetzung mit dem Sachverständigen daher zuvorkam. Für diese war am Beginn des 19. Jahrhunderts die Arbeit von *Nikolaus Gönner* der »entscheidend[e] Einschnitt«.⁵ Die AGO war daher noch unbeirrt von *Gönners* Kritik, wonach es »der Wahrheit viel geschadet« hat, »dass die Prozesslehrer und Gesetzbücher Sachverständige als Zeugen angesehen haben«.⁶ Während bei *Gönner* der Sachverständige – anders als der Zeuge – materiell eine richterliche, weil entscheidende Tätigkeit ausübt, sodass sein Gutachten im Rechtsmittelweg bekämpfbar sein sollte,⁷ hielt sich die AGO im gemeinrechtlichen Rahmen. Sie sah gebundene Beweisregeln für den Beweis durch »Kunstverständige« vor (§§ 182 bis 202 AGO) und verlangte die übereinstimmende Aussage zweier solcher Kunstverständiger für den vollen Beweis (§ 196 AGO). »[W]ären sie uneinig, so soll der Richter [...] einen Dritten zuziehen«.

Der von *Gönner* angestoßenen Diskussion war allerdings kein langes Leben beschieden. Seine Antithese zum Sachverständigen als Beweismittel wurde ihrerseits bald vom wirkmächtigen französischen *code de procédure* aus 1806 überlagert und fand daher im österreichischen Recht auch später keinen Niederschlag. Anders ist das bei der im französischen Prozess vorgesehenen Stärkung der Stellung des Richters. Ihm sollte freistehen, sich Sachverständiger zu bedienen und den Sachverständigenbeweis frei zu würdigen.⁸

Das französische Modell entfaltete vor allem mit Blick auf die freie Beweiswürdigung einen überragenden Einfluss.⁹ Mit dem Richter als Herrn des Verfahrens und

5 *Olzen*, Richter und Sachverständige in der neueren Rechtsgeschichte, ZRG Germ. Abt. 97 (1980) 164 (191).

6 *Gönner*, Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, Band II, Motive (1816) 415.

7 *Gönner*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses II² (1804) 445 ff.

8 *Olzen*, Das Verhältnis von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozeß, ZZP 93 (1980) 66 (75 f.).

9 *Olzen*, ZRG Germ. Abt. 97 (1980) 164 (202 ff.).

einer Absage an gebundene Beweisregeln war aber auch die Diskussion um die Stellung des Sachverständigen erledigt. Die deutsche¹⁰ und in deren Gefolge die österreichische ZPO kamen gar nicht auf die Idee, daran zu rütteln. Widerspruch wurde als Eingriff in das Recht der freien Beweiswürdigung abgelehnt,¹¹ das in Österreich schon 1873 in das Bagatellverfahren übernommen wurde (§ 33) und explizit auch beim Sachverständigen gelten sollte: Der Richter war danach »also selbst an ein von mehreren Sachverständigen einstimmig abgegebenes Gutachten nicht gebunden, wenn dasselbe seiner Überzeugung widerstreitet«.¹²

C. Konzept der ZPO

Vor diesem Hintergrund einer fehlenden Diskussion einerseits und der Hinwendung zum französischen Modell andererseits regelt die ZPO in den §§ 351 bis 367 den Sachverständigen daher mit großer Selbstverständlichkeit als Beweismittel und unterwirft ihn ebenso selbstverständlich der freien Beweiswürdigung. Seine Aufgabe ist ausweislich der Materialien, »den Richter bei der Würdigung eines bestimmten Sachverhaltes zu unterstützen«.¹³ Ein sehr zurückhaltender Befund, wenn man bedenkt, dass heute weitreichende Aufgaben des Sachverständigen universell anerkannt sind:

Er soll auf Grund seiner Sachkunde Erfahrungssätze liefern (z.B. das Bestehen und den Inhalt von Handelsbräuchen); Tatsachen, die er ermittelt hat (z.B. Länge einer Bremsspur), in einem Befund beschreiben,¹⁴ wobei schon zur Befunderstellung oft besondere Fachkunde notwendig ist (z.B. DNA-Profil); schließlich sehr häufig auch in einem Gutachten aus solchen Befundtatsachen Schlussfolgerungen ziehen (z.B. die aus den Bremsspuren errechnete Geschwindigkeit im Unfallzeitpunkt).¹⁵

Der Gesetzgeber hatte dennoch ein klares Bild von der Rolle des Sachverständigen. Daran ändert auch der unvermeidliche Hinweis auf die Möglichkeit der Ablehnung nichts. Nach § 355 Abs. 1 ZPO können Sachverständige ja wie Richter abgelehnt werden, was vielfach für ein untrügliches Indiz für eine Sonderstellung

10 Vgl. zur historischen Entwicklung: *Olzen*, ZRG Germ. Abt. 97 (1980) 164 (204 ff.).

11 Vgl. allerdings die Bedenken zur freien Beweiswürdigung beim Sachverständigen in *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II/1² (1881) 643.

12 *Ullmann*, Das Bagatellverfahren. Nach dem Gesetze vom 27.04.1873, Nr. 66 des Reichs-Gesetz-Blattes (1873) 87.

13 Materialien zu den neuen österreichischen Civilproceßgesetzen I (1879) 320.

14 Etwa auch durch Fotos, bildgebende medizinische Verfahren oder Laborbefunde. Die Auffassung, dass reine Tatsachenfeststellung keine Tätigkeit des Sachverständigen sei, ist lang überwunden, vgl. *Pieper*, Richter und Sachverständiger im Zivilprozeßrecht, ZZP 84 (1971) 1 (10 f.).

15 Vgl. zu alledem etwa *Schneider*, in: *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² Vor §§ 351 ff. ZPO Rdnr. 2 ff.

gehalten wird.¹⁶ Der Gesetzgeber hatte bei der Schaffung des § 355 ZPO indes keinerlei nachvollziehbares Bewusstsein, etwas Besonderes zu normieren. Am wahrscheinlichsten erscheint die pragmatische Deutung, dass ein ersetzbares Beweismittel einfach möglichst objektiv sein soll. Man kann sich nicht aussuchen, wer etwas sieht oder hört und damit Zeuge wird, man kann aber leicht verhindern, dass jemand mit Schlagseite als Sachverständiger tätig wird. Die Ablehnungsmöglichkeit ist daher nur selbstverständlich und für sich genommen kein Beweis für eine besondere Stellung des Sachverständigen.

Hält dieser Befund näherer Betrachtung stand? Es lässt sich ja nicht leugnen, dass der Sachverständige, der Erfahrungssätze liefert, Tatsachen ermittelt und Schlussfolgerungen zieht, an einer so zentralen Stelle des Prozesses tätig ist, dass eine Diskussion über ihn rasch auch zur Diskussion über den Richter und damit zur Rollenverteilung zwischen beiden wird.

II. Rollenverteilung Richter – Sachverständiger

Der Ausgangspunkt ist einfach: Soll ein Sachverhalt rechtlich beurteilt werden, muss dieser Sachverhalt einmal ermittelt werden und dazu braucht es manchmal besondere Sachkunde. Über Rechtskunde verfügt das Gericht selbst, konsequent beschäftigt sich der »Beweis des Sachverständigen« daher nicht mit Rechtsfragen, sondern nur mit Tatfragen.¹⁷ Dafür kommen alle Bereiche in Betracht, in denen Sachverstand notwendig ist, also etwa Medizin,¹⁸ Bauwesen, Verkehr oder Demoskopie. Aber auch zur Beantwortung der Frage, was im Gebrauchtwagenhandel unter »Generalüberholung« eines Motors zu verstehen ist,¹⁹ zur Ermittlung des Anforderungsprofils von Musiklehrerinnen mit Überqualifikation in einer Privatschule²⁰ oder zur Beurteilung der Bildung von Börsen- oder Marktpreisen²¹ können Sachverständige herangezogen werden.

Auf den ersten Blick erscheint auch die Rollenverteilung zwischen Sachverständigem und Richter vorgezeichnet: Der Sachverständigenbeweis ist dann aufzunehmen, wenn er »notwendig« ist (§ 351 ZPO). Bedenkt man die demnach offenkundig lückenfüllende Funktion des Sachverständigenbeweises, nämlich fehlende Sachkunde

16 Siehe schon *Gönner*, Motive 415; vgl. auch die Nachweise bei *Rüffler*, *Der Sachverständige im Zivilprozess* (1995) 108 (Fn. 202).

17 Eine Ausnahme davon ist die Ermittlung ausländischen Rechts (§ 4 IPRG). Vgl. *Tscherner*, *Sachverstand bei der Ermittlung ausländischen Rechts*, in *WiR*, *Sachverstand im Wirtschaftsrecht* (2013) 123; *Abrens*, *Der Beweis im Zivilprozess* (2015) Kap. 44 Rdnr. 61.

18 Vgl. etwa *Haller*, *Das psychiatrische Gutachten* (2008); *Abrens*, *Beweis* Kap. 44 Rdnr. 10 ff.; zur Beteiligung Dritter am medizinischen Gutachten *Schneider*, *Begutachtung zwischen Kulturwandel und Rechtsdogmatik*, *DAG* 2014, 61.

19 OGH 22.08.1996, 1 Ob 2218/96z.

20 OLG Wien 17.01.1996, 7 Ra 152/95.

21 OGH 05.02.1962, 8 Ob 379/62 ÖBA 1965, 171.

auszugleichen, liegt es nahe, dass sich die ZPO keine besonderen Gedanken darüber macht, wann er aufgenommen wird: wohl dann, wenn es eine Lücke gibt. Ob das der Fall ist und es damit »zur Würdigung des Sachverhaltes der Sachverständigenvernehmung bedarf«, ist nach den Materialien Sache des Richters.²²

Im unkomplizierten Gegenschluss könnte man vermuten, wozu der Richter selbst imstande ist, dazu müsse er keinen externen Sachverständigen hinzuziehen, der Sachverständigenbeweis sei dann eben nicht »notwendig«. Angesichts dessen und der freien Beweiswürdigung behielte der Richter die Oberhand. Dieser vorläufige Befund ist in rechtlicher Hinsicht und mit Blick auf die Prozessrealität zu vertiefen.

Tatsächlich gibt es viele Fälle, in denen Richter unkompliziert von Tatsachen ausgehen oder Erfahrungssätze ohne umständliche Beweiserhebungen anwenden. Das beginnt bei trivialem Allgemeinwissen, wie dass die Phyrnpass-Bundesstraße »durch gebirgiges Gelände führt«²³ oder dass die breite Bevölkerung mit der Marke »ALFA« ein Auto assoziiert.²⁴ Die Sonderstellung solch offenkundiger und damit eigentlich gar nicht beweispflichtiger Umstände (§ 269 ZPO) erhellt daraus, dass sie trotz des strengen österreichischen Neuerungsverbots auch im Rechtsmittelverfahren verwertet werden können.²⁵

Die Grenze zu nicht mehr ganz so Trivialem ist fließend. Auch bei der Frage der Verwechslungsgefahr im Markenrecht,²⁶ bei der Beurteilung der Sicherheit eines Produktes²⁷ oder bei der Ermittlung der Eignung einer Zugabe, zum Erwerb der Hauptware anzulocken,²⁸ wenden Gerichte Erfahrungssätze eigenständig an. Ebenso können Richter die Frage, ob eine Werbeanündigung irreführend²⁹ oder geeignet ist, psychischen Kaufzwang auszuüben,³⁰ »auf Grund ihrer Lebenserfahrung, insbesondere auf Grund ihrer Kenntnis vom üblichen Verhalten der Menschen, sehr wohl in aller Regel« beantworten, zumal wenn sie selbst diesen Verkehrskreisen angehören.³¹

Der Richter darf also seiner Entscheidung Erfahrungssätze ohne Beweisaufnahme zugrunde legen. Bemerkenswert ist, dass wenn diese Erfahrungssätze zur

22 Materialien I 320.

23 OGH 15.06.1972, 2 Ob 98/72.

24 OGH 14.06.1994, 4 Ob 61/94.

25 RIS-Justiz RS0040219. Das Berufungsgericht kann seiner Entscheidung daher offenkundige Tatsachen ergänzend zugrunde legen, muss dies aber mit den Parteien erörtern, wenn der Gegenbeweis der Unrichtigkeit offenkundiger Tatsachen nicht geradezu aussichtslos erscheint, OGH 29.07.1982, 7 Ob 799/81.

26 OGH 18.01.1983, 4 Ob 415/82 ÖBl 1983, 85; 23.02.1993, 4 Ob 106/92.

27 OGH 26.08.1999, 2 Ob 207/99a; 25.05.2004, 4 Ob 94/04h.

28 OGH 31.05.1994, 4 Ob 57/94.

29 OGH 30.01.1990, 4 Ob 152/89; 09.04.1991, 4 Ob 20/91.

30 OGH 27.07.1993, 4 Ob 77/93.

31 OGH 13.06.1995, 4 Ob 51/95 (im konkreten Fall: Zeitungsleser).

Ausfüllung unbestimmter Gesetzesbegriffe dienen – man spricht dann häufig von Normtatsachen³² –, dieses Wissen des Richters als Rechtsfrage vom Revisionsgericht überprüft werden kann.³³ Die Frage, ob der Benutzer von Silikonohrenstöpseln erwarten darf, dass er diese trotz Trommelfelloperation bei Hitze am Strand einsetzen kann,³⁴ ist als Frage nach der Fehlerhaftigkeit eines Produkts i.S.d. § 5 PHG daher etwa ebenso revisibel wie die Frage der Fehlerhaftigkeit von Feuerwerksraketen, die kurz nach dem Abheben in Bodennähe explodieren.³⁵ Was hier revisible Rechtsfrage ist, wird zum Fall für den Sachverständigen, wenn dem Gericht »die bestehende Verkehrsauffassung der angesprochenen Verkehrskreise – z.B. eines bestimmten Fachpublikums – nicht bekannt ist«. ³⁶ Die Grenze ist offenbar fließend, die Revisibilität ein erheblicher Unterschied.

A. Recht auf Sachverständige

1. Richter als Sachverständige

Der seltsame Wechsel von Rechtsfrage zu Tatfrage weist freilich noch auf eine andere Dimension hin. § 364 der österreichischen ZPO,³⁷ die natürlich fest auf dem Boden eines richterlichen Beweisverfahrens und richterlicher Beweiswürdigung steht,³⁸ ordnet an, dass das Gericht »in Fällen, in welchen der Gegenstand zu seiner Beurteilung fachmännische Kenntnisse erfordert oder in welchen das Bestehen von geschäftlichen Gebräuchen in Frage kommt, ohne Zuziehung von Sachverständigen entscheiden [kann], wenn die eigene Fachkunde oder das eigene Wissen der Richter diese Zuziehung überflüssig macht und die Parteien zustimmen«. ³⁹ Während der

32 Vgl. Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO¹⁴ § 284 Rdnr. 3; Konzen, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in FS Gaul (1997) 335; Oestmann, Die Ermittlung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Zivilprozeß, JZ 2003, 285 (287 ff.).

33 OGH 11.11.1992, 1 Ob 644/92; RIS-Justiz RS0040668.

34 OGH 26.06.1999, 2 Ob 207/99a.

35 OGH 25.05.2004, 4 Ob 94/04h.

36 OGH 13.06.1995, 4 Ob 51/95; vgl. auch OGH 17.06.1986, 4 Ob 356/86 und den von Schreiber, Die Verwertung von Privatgutachten im Zivilprozess, in FS Kruse (2001) 721 (726) referierten Fall einer Meinungsumfrage (demoskopisches Gutachten) über die Frage der Bekanntheit des Aufheizens gläserner Backofentüren.

37 Nach h.A. soll eigene Sachkunde des Richters im außerstreitigen Verfahren auch ohne Zustimmung der Parteien verwertbar sein, Höllwerth, in: Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 31 Rdnr. 14, 88. Dies stützt sich auf den Wortlaut des § 31 Abs. 3 Satz 2 AußStrG, wo es nur heißt: »Wenn der Richter über die nötige Fachkunde verfügt, kann er vom Sachverständigenbeweis absehen«.

38 Vgl. etwa Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rdnr. 658 ff.

39 Die Mat zur ZPO sprechen noch davon, dass es dem richterlichen Urteil überlassen bleiben müsse, »ob es zur Würdigung des Sachverhaltes der Sachverständigenvernehmung bedarf«, Materialien I 320.

erste Teil (Entscheidung ohne Sachverständigen) selbstverständlich erscheint, ist der zweite Teil (bei Zustimmung der Parteien) überraschend.

Die Lehre war mit dieser Norm nie recht glücklich.⁴⁰ Der Umstand, dass das Zustimmungserfordernis in der Stammfassung nicht vorgesehen war⁴¹ und erst durch die ZVN 1983 eingeführt wurde, lässt es – entgegen angestrebten Versuchen der Lehre⁴² – allerdings wenig aussichtsreich erscheinen, es wegzuinterpretieren.⁴³

Der Gesetzgeber hat zwar durchaus Verständnis für das Anliegen, dem Gericht »überflüssige Beweisaufnahmen zu ersparen«, wenn der Richter »strittige Tatfragen aus eigener Fachkunde beantworten kann«. Er sieht aber gleichzeitig Bedenken auf Grund des rechtlichen Gehörs der Parteien bezüglich »dieser fachlichen Beurteilung sowie deren Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit«. ⁴⁴ Diese Sorge – die etwa von *Abrens* auch für das deutsche Recht formuliert wird⁴⁵ – ist der Grund für das Zustimmungserfordernis und damit für das Recht auf einen Sachverständigen, wenn »der Gegenstand zu seiner Beurteilung fachmännische Kenntnisse erfordert« (§ 364 ZPO). Durch das Zustimmungserfordernis werde sichergestellt, dass der Richter »hinreichend darlegt, welche Sachkenntnisse er hat und zu welchen Ergebnissen – zumindest in abstracto – er auf Grund deren kommt«. ⁴⁶ Es ist im Auge des Gesetzgebers also problematisch, wenn der Prozess von Beweisaufnahme und Würdigung zusammenfällt und gerade im österreichischen Rechtsmittelsystem, in dem Tatsachenfeststellungen kaum erfolgreich bekämpfbar sind, vollkommen offen bleibt, wo und wie eine wirksame Kontrolle stattfinden soll.⁴⁷

40 *Fasching*, Lehrbuch² Rdnr. 856; *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozeß, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 45 (47 f.); *Rechberger*, in: *Rechberger*, ZPO⁴ § 364 Rdnr. 2; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2017) Rdnr. 834. *Faschings* Kritik, dass § 364 ZPO in Frage stelle, ob der Richter ein Sachverständigengutachten überhaupt frei würdigen darf, ist dabei verfehlt, vgl. schon *Rüffler*, Der Sachverständige 42 f.

41 Die Stammfassung beschränkte diese Befugnis freilich auf die Kausalgerichtsbarkeit, wobei dies überwiegend als Ausprägung eines allgemeinen Prinzips verstanden und ein Umkehrschluss daher abgelehnt wurde; vgl. *Jelinek* in: *Aicher/Funk*, Der Sachverständige 45 (47) m.w.N.

42 *Fasching*, Lehrbuch² Rdnr. 856; *Rechberger*, in: *Rechberger*, ZPO⁴ § 364 Rdnr. 2.

43 Damit ist noch nicht gesagt, wie das Fachwissen verwertet werden soll. *Krammer*, Aktuelle Fragen zum Gebührenrecht (GebAG 1975), SV 1983/3, 2 (3), *Rüffler*, Der Sachverständige 63, und *Schumacher*, Das Fachwissen des Richters, ÖJZ 1999, 132 (138), plädieren für eine förmliche Gutachtenserstattung durch den Richter, vgl. auch bereits OGH in GIUNF 5876: »Es kann doch gewiß nicht in Abrede gestellt werden, daß im Falle des § 364 ZPO das Gutachten vom Gerichte abzugeben und [...] zu begründen ist«; a.A. *Deixler-Hübner*, Buchbesprechung, JBl 1997, 197.

44 AB 1337 BlgNR 15. GP 15.

45 *Abrens*, Beweis Kap. 44 Rdnr. 32.

46 AB 1337 BlgNR 15. GP 15.

47 *Krammer*, SV 1983/3, 2 (3); *Schumacher*, ÖJZ 1999, 132 (136 f.).

Die Rsp. ist dementsprechend de lege lata zu Recht restriktiv, wenn eine reitkundige Richterin Reitstunden beurteilt,⁴⁸ wenn eine Richterin selbst meint, sie »*habe sich überzeugt*«, dass die Eheverfehlungen eines Mannes mit schweren Kopfverletzungen nicht durch eine »*geistige Störung oder Geisteskrankheit*« entschuldigt wären,⁴⁹ oder wenn ein Berufungsgericht über die Behebbarkeit einer mangelnden Feuchtigkeitsisolierung und die Beseitigung vermorschter Holzsteher entscheidet.⁵⁰

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Gedanke des VfGH zu einem Verwaltungsverfahren, der aber auf den Zivilprozess übertragbar sein könnte:⁵¹ Dass ein Mitglied eines Grundverkehrsrenates, der über ein civil right i.S.d. Art. 6 EMRK zu entscheiden hatte, im Verfahren ein förmliches Gutachten erstattet, widerstreite »*den Grundsätzen eines fairen Verfahrens iS des Art 6 MRK, kann eine Verfahrenspartei dadurch doch gezwungen sein, gegen ein Mitglied des die Sache entscheidenden Gremiums zu argumentieren und nötigenfalls zu polemisieren. Unter diesen Umständen können die Partei und die Öffentlichkeit in Zweifel geraten, ob unparteilich Recht gesprochen wird*«. Dabei betonte der VfGH, »*daß Recht nicht nur gesprochen werden muß, sondern daß es auch augenscheinlich zu sein hat, daß Recht gesprochen wird; ein Tribunal muß daher derart zusammengesetzt sein, daß keine berechtigten Zweifel an der Unabhängigkeit seiner Mitglieder entstehen*«. ⁵² Wie weit dieser Gedanke trägt, erscheint allerdings fraglich. Der VfGH hat nach diesem Erkenntnis aus den 1980er Jahren – der Zeit der Entdeckung der EMRK durch den VfGH⁵³ – diese Linie nämlich nicht weiter verfolgt. Außerdem stellt sich das Problem der Unparteilichkeit nach Argumentieren oder gar Polemisieren gegen den Richter auch in Fällen, in denen die Parteien Rechtsmittel ergreifen und nach einer Zurückverweisung wieder vor demselben Richter stehen oder erfolglose Ablehnungsanträge stellen.

2. Hang zum Sachverständigen

Der Gesetzgeber schiebt der Verwertung von Fachwissen des Richters also einen Riegel vor. Die daher notwendige Grenzziehung zwischen normalem richterlichen

48 LG St. Pölten 28.02.2002, 36 R 64/02h EFSlg 102.030: »*Das Erstgericht wird somit im fortgesetzten Verfahren zunächst den Parteien gegenüber das eigene Fachwissen und auch die mit dessen Hilfe getroffenen Feststellungen ausreichend darzulegen und die Zustimmung der Parteien zur Verwertung dieses Fachwissens einzuholen haben. Sollte diese Zustimmung verweigert werden, wird die Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet des Pferdesports wohl unumgänglich sein*«. Vgl. auch OLG Linz 26.06.2000, 2 R 87/00b ZVR 2001, 92.

49 OGH 20.10.1993, 3 Ob 543/93. Vgl. auch *Böhm-Hiller*, Gedanken zur freien richterlichen Beweiswürdigung und den Aufgaben eines Sachverständigen, RZ 1983, 87 (88).

50 OGH 28.01.1997, 4 Ob 2341/96k.

51 So *Krammer*, SV 1983/3, 2 (3); *ders.*, Die »Allmacht« des Sachverständigen (1990) 12 f.; *Rüffler*, Der Sachverständige 37 ff.; *Schumacher*, ÖJZ 1999, 132 (136 f.).

52 VfGH 01.12.1986, B 616/85, B 448/86.

53 Vgl. etwa *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rdnr. 1175.

Wissen und besonderen Fachkenntnissen ist auf dem Papier sicher leichter als in der Praxis. Sie ist auf dem Papier aber wahrscheinlich auch notwendiger als in der Praxis. Um problematische Fälle zu finden, muss man sich nämlich schon bemühen, der Verzicht auf Sachverständige in richterlicher Selbstüberschätzung des eigenen Sachverständs dürfte selten vorkommen. Wenn von Sachverständigengutachten zur Frage berichtet wird, »*ob eine regennasse Straße den Bremsweg eines LKWs verlängern könnte oder ob beim Seilbahnausstieg auf 1.800 m Seehöhe an einem Jänner-Morgen mit Eisglätte gerechnet werden muss*«,⁵⁴ würde man sich eher etwas mehr Mut und Entscheidungsfreude erwarten und versteht die Beschwerde, dass »*insgesamt weniger Sachverständige und mehr Allgemeinwissen und Menschenverstand zum Zuge kommen sollten. Dies wäre weder der Wahrheitsfindung noch der Gerechtigkeit der Entscheidungen abträglich*«. ⁵⁵

Die Sorge der Praxis deckt sich also nicht mit der des Gesetzgebers von § 364 ZPO. Der Richter tut eher nicht zu viel, sondern allenfalls bisweilen zu wenig. Es werden daher Übergriffe des Sachverständigen in Aufgaben des Richters befürchtet. Dabei hängt viel mit einem fehlenden Bewusstsein über die Grenzen des Sachverständes zusammen.

B. Grenzen des Sachverständes

1. Erwartungshaltung und Umgang mit Zweifel

Wer Übergriffen vorbeugen will, muss daher zunächst seine Erwartungshaltung prüfen. Der Sachverständige soll fehlende Kenntnis beisteuern, ist aber nicht der Heilsbringer, der alle Zweifel ausräumt. Er soll und kann es dem Richter nicht ersparen, eine objektiv zweifelhafte Sachlage zu beurteilen. Um diese unbequeme Lösung zu beherzigen, braucht es erhebliche richterliche Selbstdisziplin. Das ist aber in Kauf zu nehmen, weil es die von der Rechtsordnung vorgesehene unbequeme Lösung ist. Für den Umgang mit Zweifel gibt es schließlich normative Grundlagen: das Beweismaß,⁵⁶ die Beweislast⁵⁷ und die Möglichkeit des Richters – nicht des Sachverständigen – zur Schätzung, wenn die Höhe eines Anspruchs nur unverhältnismäßig schwierig ermittelt werden kann (§ 273 ZPO).

Notwendig ist daher ein Bewusstsein für die Leistungsfähigkeit von Sachverständen und deren Grenzen, die manchmal enger gesteckt sind, als Juristen das vermuten würden. In Österreich wird etwa gerade ein Krankenhaus gebaut. Dabei kämpft man mit elektromagnetischen Feldern, weshalb der Bauherr zwei Gutachten einholte. Gutachter 1 schlug vor, rund um das 110.000 m² große Grundstück ein

54 *Schilcher*, Alles, was Recht ist, in FS 100 Jahre Hauptverband der Gerichtssachverständigen (2012) 161 (166).

55 *Böhm-Hiller*, RZ 1983, 87 (89).

56 Statt vieler *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny* Vor § 266 ZPO Rdnr. 8 ff.

57 *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny* Vor § 266 ZPO Rdnr. 20 ff.

armdickes Kupferkabel zu vergraben. Gutachter 2 meinte, das mache es nur schlimmer. Dieses technisch einfach wirkende Beispiel mahnt zu einer realistischen Erwartungshaltung. Wo diese Erwartungshaltung fehlt, sind Probleme vorprogrammiert.

Ob Gutachter 1 oder Gutachter 2 zum Sachverständigen bestellt wird, hängt schließlich vom Zufall ab und damit hängt vom Zufall ab, wer gewinnt. Damit werden die normativen Grundlagen über den Umgang mit Zweifel beiseitegeschoben, weil eine nicht gerechtfertigte Erwartungshaltung den Zweifel erst gar nicht zulässt. Die Kompetenz des Richters wird so beschnitten, an seine Stelle setzt man den Sachverständigen. *Gönners iudex facti* wird von einer übersteigerten Erwartungshaltung wiederbelebt, mit dem Unterschied, dass bei *Gönner* wenigstens Rechtsmittel gegen ihn vorgesehen waren.⁵⁸

Wohin das führen kann, zeigt ein jüngerer Brandschadensfall.⁵⁹ Nach einem Frontalzusammenstoß wurde ein Auto in die Werkstatt geschleppt, wo es mitsamt der Werkstatt Feuer fing. Das Erstgericht sprach dem Werkstättenbetreiber einen Schadensersatzanspruch gegen den Autohalter zu, traf aber keine Feststellung zur Brandursache. Stattdessen schrieb es aus dem Sachverständigengutachten ab, dass mit einer Wahrscheinlichkeit von 90 % das Unterlassen des Abklemmens der Batterie die Brandursache war. Hier hat der Sachverständige seine Zweifel offen gelegt und damit seine Aufgabe erledigt, der Richter nicht.⁶⁰ Die Entscheidung muss im Ergebnis nicht falsch sein, illustriert aber die Kraft von Gutachten, die den Richter vergessen lässt, wozu er da ist.

So auffällig ist die Kapitulation vor dem Sachverständigen selten. Öfter geschehen solche Übergriffe unauffälliger und unter raffinierterer methodologischer Bemäntelung. Besonders gefährlich ist die Kombination von übersteigerten Erwartungshaltung an den Sachverständigen mit scheinbarer Aufgabenerfüllung durch den Sachverständigen.

2. *Scheingenauigkeit*

Sachverständige werden ja natürlich nicht bestellt, um zu erfahren, wie es vielleicht sein könnte, sondern um zu erfahren, wie es wirklich ist. Das ist auch verständlich, Juristen denken schließlich in meistens binären materiell-rechtlichen Mustern. Tatbestandsmerkmale sind entweder erfüllt oder eben nicht, wir freuen uns über Auskünfte, die die Subsumtion leichter machen. Und: je genauer diese Angaben sind, desto eher vertrauen wir ihnen. Die suggestive Kraft der 90 %-Wahrscheinlichkeit für die Brandursache, die den Richter unterwegs aufgeben lässt, ist dafür schon ein gutes Beispiel.

Unbeabsichtigt zeigt das auch die jüngste Änderung des deutschen Sachverständigenrechts, die etwa neue Anhörungsrechte, Prüfpflichten und Qualitäts-

58 *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny* Vor § 266 ZPO Rdnr. 20 ff.

59 OGH 09.11.2010, 4 Ob 146/10i.

60 So schon *Lukas/Geroldinger*, Scheingenauigkeit von Gutachten, in FS 100 Jahre Hauptverband 361 (374 f.).

anforderungen mit sich brachte.⁶¹ Der »Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft« all dieser Neuerungen quer durch die Verfahrensgesetze – von der ZPO bis zur Finanzgerichtsordnung – wurde in den Gesetzesmaterialien ursprünglich auf 507.575 € geschätzt.⁶² Ein Schönheitsfehler ist, dass die Anzahl der Gutachten, die von den Zivil-, Arbeits-, Finanz- und Verwaltungsgerichten eingeholt werden, gar nicht erfasst wird. Dafür sind 507.575 € eine recht präzise Schätzung, aber nicht präzise genug, denn der Normenkontrollrat schätzte den Aufwand um 9.875 € höher ein.⁶³ Dementsprechend wurde die Schätzung später auf 517.450 € angepasst.⁶⁴

So etwas ist kein neues Phänomen: Schon 1959 kritisierte der Psychiater *Hermann Witter* eine »Scheineinsicht in das Unerkennbare«, und dass sich »der bedenkliche methodologische Irrtum« einschleiche, dass ein »Ermessensurteil der biologisch-metrischen Weltform angehöre, also nicht eine Wertung, sondern eine Berechnung vorgelegt werde«.⁶⁵ Daraus zieht er die Folgerung, der Jurist müsse »wissen, wie weit er grundsätzlich bereit ist, die Verantwortung richterlicher Ermessensentscheidung an Nichtjuristen abzugeben«.⁶⁶

Fast 60 Jahre später wissen wir das noch immer nicht. Wenn bei großen Bauprojekten bauwirtschaftliche Mehrkosten aus einem nicht durchschaubaren Kausalitätsgewirr auf einmal auf Prozentpunkte genau aufgeteilt werden, wenn bei einem Autounfall eine Reaktionsverzögerung von 0,9 Sekunden festgestellt wird,⁶⁷ wenn die Minderung der Erwerbsfähigkeit mit der – inzwischen nicht mehr gebräuchlichen – Lohmüller'schen Formel auf zwei Nachkommastellen berechnet wird,⁶⁸ dann wird eine Scheineinsicht vermittelt. Gerade bei solchen Formeln ist Vorsicht geboten, damit nicht Methoden Präzision suggerieren, wo Präzision gar nicht möglich ist. Die Auffassung von *Köndgen*, dem »am Ende des Tages [...] die Scheingenauigkeit der Ökonomie immer noch lieber [ist] als die Kaffeesatzleserei der Praxis«,⁶⁹ ist daher verfehlt.

Bevor im Prozess im Kaffeesatz gelesen wird, ist es also notwendig, die Grenzen des Sachverständigenbeweises zu kennen oder sie – vor dem Auftrag zur Gut-

61 Vgl. dBGBI I 2016/48; dazu *Lüblinghoff*, Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts, NJW 2016, 3329.

62 BR-Drucks. 438/15, S. 3.

63 Berichtigung zu BR-Drucks. 438/15 vom 14.10.2015.

64 BT-Drucks. 18/6985, S. 3.

65 *Witter*, Psychologie, anthropologische Psychiatrie und forensische Freiheitsfrage, NJW 1959, 1573 (1574).

66 *Witter*, NJW 1959, 1573 (1574).

67 RIS-Justiz RS0074906 [T 6].

68 Dazu *Lukas/Geroldinger* in FS 100 Jahre Hauptverband 361 (371 f.) m.w.N.

69 *Köndgen*, Diskussionsbeitrag zum Vortrag von *G. Wagner*, in *Lorenz*, Karlsruher Forum 2006 (2006) 157 (160).

achtenserstellung und zwar durchaus gemeinsam mit dem Sachverständigen – zu ermitteln, um den Sachverständigen nicht schon durch die Art der Fragestellung zur Entscheidung zu motivieren.

Ein Beispiel für eine solche Objektivierung der Erwartungshaltung gibt das LG Frankfurt, das zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses von T-Online-Aktien in Telekom-Aktien den Börsenkurs und nicht die Ertragswertmethode heranzog.⁷⁰ Materiell-rechtlich mag man das richtig oder falsch finden, prozessual mustergültig ist jedenfalls die Begründung: »Die Ertragswertmethode gibt zwar ein (komplexes) mathematisches Modell vor, doch wird hier angesichts der Ungenauigkeiten und des wissenschaftlichen Streits zu den einzelnen Abzinsungsparametern mit einer Scheingenauigkeit gearbeitet«. ⁷¹ Die Beschwerde dagegen wurde vom BVerfG zu Recht nicht angenommen.⁷² Das LG Frankfurt nimmt hier ja gerade seine Aufgabe als Gericht wahr.

C. Grenzbereich: Würdigung innerer Tatsachen

1. Allgemeines

Eine Bastion richterlicher Entscheidungsfreude gibt es – jedenfalls im klassischen Zivilprozess – noch. Auch die Würdigung von Aussagen erfordert natürlich besonderes Wissen. So kann etwa die Glaubwürdigkeit eines Zeugen unter psychologischen Aspekten betrachtet werden. Dennoch werden in aller Regel im streitigen Zivilverfahren keine Glaubwürdigkeitsgutachten eingeholt.⁷³

Wie nah richterliche und sachverständige Tätigkeit dabei aber beisammen liegen können, zeigt der Fall eines Mannes, der nach Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens wegen Kindesmissbrauchs verurteilt wurde.⁷⁴ Im anschließend vom vermeintlichen Opfer gegen den Verurteilten geführten Schadenersatzprozess bekämpfte dieser mit einem Privatgutachten die Tauglichkeit des Glaubhaftigkeitsgutachtens, dem der Generalbundesanwalt zuvor immerhin attestiert hatte, dass keine Zweifel an der Sachkunde der Gutachterin und an den angewandten Untersuchungsmethoden bestünden. Das zuständige Landgericht wies die Klage nach Anhörung der Parteien ab. Den Antrag auf Einholung eines neuen Glaubhaftigkeitsgutachtens verwarf es, weil »die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Partei oder eines Zeugen zum Wesen der richterlichen Rechtsfindung gehöre und der Tatrichter

70 LG Frankfurt 13.03.2009, 3–5 O 57/06 NZG 2009, 553.

71 LG Frankfurt 13.03.2009, 3–5 O 57/06 NZG 2009, 553.

72 BVerfG 26.04.2011, 1 BvR 2658/10 NJW 2011, 2497.

73 *Abrens*, Beweis Kap. 31 Rdnr. 76; *Lukas/Geroldinger* in FS 100 Jahre Hauptverband 361 (375, Fn. 78).

74 Vgl. LG Saarbrücken 13.12.2007, 2 O 77/05 BeckRS 2011, 27532. Auf Grund der rechtlichen Rahmenbedingungen ist der Fall ein deutscher Fall. In Österreich wird eine Bindung an das verurteilende Strafurteil angenommen, vgl. OGH 17.10.1995, 1 Ob 612/95.

daher auch in schwierigen Fällen berechtigt und verpflichtet sei, den Beweiswert einer Aussage selbst zu würdigen«. ⁷⁵

Das OLG Saarbrücken holte als Berufungsgericht ergänzend ein Gutachten ein und bestätigte die Klagsabweisung. Ob dem Landgericht bei seinem Verzicht auf eine Begutachtung ein Verfahrensfehler unterlaufen war, entschied es nicht. Es attestierte ihm aber immerhin, sich intensiv und umfassend mit den Feststellungen des Strafurteils und dem dortigen aussagepsychologischen Gutachten beschäftigt zu haben und aufgrund ausgewogener Überprüfung zur Erkenntnis gelangt zu sein, dass die Feststellungen des Strafurteils nicht ausreichten. Dabei habe das Landgericht »die persönlichen Angaben der Klägerin in deren Parteianhörung eingehend ausgewertet und [es sei] zu dem Ergebnis gelangt, dass die weitgehend nur pauschal gehaltenen Angaben der Klägerin zu den Tatvorwürfen zugleich eine Vielzahl von Ungereimtheiten und Widersprüchen aufwiesen und deshalb nicht geeignet waren, den Nachweis für die behaupteten sexuellen Missbrauchshandlungen zu erbringen«. ⁷⁶

War die Würdigung der Aussage des mutmaßlichen Opfers also Wesen und Kern richterlicher Aufgaben oder Vorrecht des Sachverständigen? Und was macht das eine zum anderen? An die in Deutschland leidenschaftlicher als in Österreich geführte Diskussion über die Zulässigkeit von Lügendetektortests sei dabei erinnert. Ungeachtet ihrer naturwissenschaftlichen Berechtigung findet sich hier auch der Gedanke einer »Angst der Richter [...], sich der Beurteilung der Glaubwürdigkeit als einer der ureigensten richterlichen Aufgaben zu berauben«. ⁷⁷

Entsprechend restriktiv ist der Maßstab der Rechtsprechung, wobei auf strafrechtliche Judikatur zurückgegriffen werden muss. Aussagepsychologische Gutachten werden dann eingeholt, wenn der Sachverhalt oder die Person des Zeugen solche Besonderheiten aufweist, dass Zweifel daran aufkommen können, ob die Sachkunde des Gerichts auch zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den gegebenen besonderen Umständen ausreicht. ⁷⁸ Der OGH lässt sie nur ausnahmsweise zu, »etwa bei Entwicklungsstörungen oder geistigen Defekten unmündiger oder jugendlicher Zeugen«. ⁷⁹ Im Zivilverfahren wird das nicht anders sein. ⁸⁰

Bei der Würdigung von Aussagen ist das Vertrauen der Richter in die eigenen Fähigkeiten also offenbar groß genug, obwohl auch sie natürlich Sachverstand erfordert. Tangenten zur Psychologie, zur forensischen Psychiatrie und zu Neurowissenschaften sind greifbar. Dennoch ist die Würdigung innerer Tatsachen eine unbestrittene Domäne des Richters.

75 OLG Saarbrücken 13.07.2011, 1 U 32/08 BeckRS 2011, 20786.

76 OLG Saarbrücken 13.07.2011, 1 U 32/08 BeckRS 2011, 20786.

77 *Schüssler*, Polygraphie im deutschen Strafverfahren (2002) 189.

78 Z.B. BGH 13.10.1981, 1 StR 561/81 NStZ 1982, 42.

79 RIS-Justiz RS0120634. Vgl. auch *Ratz*, in: *Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 281 Rdnr. 350; *Hinterhofer*, in: *Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 126 Rdnr. 9.

80 Für Deutschland BGH 24.06.2003, VI ZR 327/02 FPR 2003, 571.

Warum das so ist, ist nicht klar. Ganz pragmatisch: Die Vorstellung einer dauernden psychologischen Prozessbegleitung ist weder finanzierbar noch besonders attraktiv. Vielleicht spielt aber auch der im Zusammenhang mit Lügendetektortests angesprochene Aspekt eine Rolle: Die Sorge des Richters, sich sonst einer ureigenen Aufgabe zu berauben.

Das Ganze ist freilich vor dem Hintergrund des Wissenschaftsbegriffs und damit des – selbst empfundenen – Akzeptanzproblems der Psychologie zu betrachten. Der psychologische Diskurs ist schließlich von seinen Ursprüngen bis heute stark geprägt von Selbstbehauptung nach außen und Selbstvergewisserung nach innen.⁸¹ Angesichts dessen war und ist es nach der Maxime »ein vernünftiger Richter weiß das selbst« wahrscheinlich einfach nicht üblich, solchen Sachverstand hinzuzuziehen. Wie reflektiert diese Entscheidung heute getroffen wird, steht auf einem anderen Blatt.

2. Sonderfall Pflegschaftsverfahren

Weniger Zurückhaltung im psychologischen Bereich findet man bei Pflegschaftsverfahren, wo die Erziehungsfähigkeit der Eltern und die Interaktionsfähigkeit der Kinder zum Beurteilungsgegenstand werden. All das steht unter dem Zeichen des Kindeswohls – einem unbestimmten Rechtsbegriff, der aber nicht »*allein mit juristischem Sachverstand definiert werden*« könne.⁸² Die Gerichte gehen dabei in einer erheblichen Zahl der Fälle davon aus, dass insbesondere die psychologischen Fähigkeiten, die zur Ausfüllung dieses Begriffes hilfreich wären, bei ihnen selbst nicht vorhanden sind und bestellen gerne Sachverständige. So wurden 2014 in 13 % der Obsorgeverfahren und in 16 % der Kontaktrechtsverfahren Sachverständige beigezogen.⁸³ Wenn der OGH sagt, es gehöre »*nicht zu den Grundprinzipien des Pflegschaftsverfahrens, daß in jedem Fall psychologische Gutachten eingeholt werden müssen*«, weil der Richter »*seine Ermessensentscheidung nicht de facto auf einen Sachverständigen abwälzen*« dürfe,⁸⁴ wird die Tendenz schon deutlich.⁸⁵

Ob hier wirklich immer Sachverstand fehlt, ob Entscheidungen unzulässig abgewälzt werden, oder ob die Hoffnung auf eine Legitimation durch Gutachten eine Rolle spielt, ist schwer zu sagen. Beunruhigend ist jedenfalls, dass nach einer Studie

81 Siehe nur Galliker, *Ist die Psychologie eine Wissenschaft?* (2016).

82 BMJ, *Organisationshandbuch der Familiengerichtshilfe* 1.0 (2013) 2.

83 BMJ, *Verfahrensdauer Pflegschaft* 2014 (2015) 162.

84 OGH 20.04.1989, 7 Ob 566/89.

85 In OGH 09.11.2011, 5 Ob 188/11z meint der Gerichtshof zum »*nicht untypische[n] Bild eines von der Trennung und Scheidung der Eltern sowie dem Obsorgestreit belasteten und von den Eltern in ihrer Auseinandersetzung instrumentalisierten Kindes*«: »*Wenn die Vorinstanzen der Ansicht waren, bei der Beurteilung einer solchen, in familienrechtlichen Verfahren nicht ungewöhnlichen Situation ohne die (amtswegige) Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens auskommen zu können, ist darin [...] keine vom Obersten Gerichtshof als unvertretbar aufzugreifende Einschätzung zu erkennen*«.

der LMU München 45 % der befragten bayrischen Psychologen schon einmal vom Gericht beim Gutachtensauftrag eine Tendenz signalisiert wurde.⁸⁶ Immerhin: Es gibt eine Folgestudie mit dem vielversprechenden Titel »*Was macht Österreich besser?*«. Danach ist die Einflussnahme von Gerichten auf Gutachter in Österreich zwar geringer als in Deutschland, allerdings ebenfalls nicht unbeträchtlich.⁸⁷

Deswegen oder trotzdem ist das Vertrauen in den Sachverständigen so groß, dass seine Beziehung im Pflegschaftsverfahren sogar eine grundrechtliche Komponente hat. Art. 8 EMRK schützt bekanntlich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Der EGMR hat daraus im Fall *Elsholz* besondere Verfahrensrechte der Eltern abgeleitet. Insbesondere kann eine Pflicht bestehen, psychologische Gutachten einzuholen, was von den besonderen Umständen des jeweiligen Falls abhängt.⁸⁸ In Dissenting Opinions in den Fällen *Sabin* und *Sommerfeld* heißt es aber sogar: »*Die prozessuale Regel sollte sein [...], dass die nationalen Gerichte die schwierige Frage des Kindeswohls auf der Grundlage eines [...] psychologischen Gutachtens bewerten.*«⁸⁹ Gerade dieses große Vertrauen in den Sachverständigen ist Rechtfertigung und Problem des Sachverständigenbeweises gleichermaßen. Negativ bemerkbar macht sich das auch bei der Kontrolle des Sachverständigen.

D. Kontrolle durch Privatgutachten

Die Kontrolle kämpft mit der Binsenweisheit, dass zwar auch das Sachverständigengutachten der freien Beweiswürdigung unterliegt, aber völlig im Dunklen bleibt, wie ein Richter ein Gutachten frei würdigen soll. Zwar kann natürlich »*[a]uch der Laie [...] logische Sprünge, Unklarheiten und Widersprüche einer wissenschaftlichen Ausführung erkennen*«,⁹⁰ das ist aber offenkundig nur ein sehr grober Filter und daher ein schwacher Trost. Das angelegte Dilemma ist bekannt und lässt sich nicht auflösen: Wer vorher nicht den Sachverständigen hat und einen Gutachter braucht, hat nachher nicht den Sachverständigen, um das Gutachten zu würdigen.

Häufig ist die Beweiswürdigung daher weniger eine direkte inhaltliche Würdigung des Gutachtens als eine indirekte Würdigung des Gutachters.⁹¹ Der Richter folgt dem Sachverständigen, weil er ihn für objektiv, kompetent und sorgfältig hält

86 *Jordan/Gresser*, Wie unabhängig sind Gutachter? DS 2014, 71 (76).

87 *Kassab/Gresser*, Was macht Österreich besser? Ergebnisse einer Befragung von medizinischen Sachverständigen in Österreich und Vergleich mit einer Befragung medizinischer Sachverständiger in Deutschland, DS 2015, 268 (272).

88 EGMR 13.07.2000, 25735/94, *Elsholz/Deutschland* Rdnr. 52 f.

89 EGMR 08.07.2003, 30943/96, *Sabin/Deutschland*; EGMR 08.07.2003, 31871/96, *Sommerfeld/Deutschland*.

90 *Stein*, Das private Wissen des Richters (1893) 78.

91 *Fasching*, Sachverständiger und Richter, SV 1977/1, 14 (17 f.); *Rüffler*, Der Sachverständige 89.

und daraus Schlüsse auf die Qualität des Gutachtens zieht. Je öfter der Richter den Sachverständigen schon bestellt hat, desto größer das Vertrauen – eine selbsterfüllende Prophezeiung, die der Qualitätssicherung nicht zuträglich ist. Im Ergebnis tritt an die Stelle eigener Erkenntnis von Tatsachen das Vertrauen, der Sachverständige habe richtig gehandelt.⁹² Dieses Vertrauen kann bitter enttäuscht werden.

Daran wurde die österreichische Öffentlichkeit vor kurzem eindrücklich erinnert. Ein psychologischer Gutachter erstattete reihenweise trotz ganz verschiedener Persönlichkeitsstrukturen wortidentische Textbaustein-Gutachten, denen ein deutscher Gutachter »so erhebliche Mängel [attestiert], dass die Gutachten aus fachlicher Sicht als völlig verfehlt zu bewerten sind«.⁹³ Obsorgeentscheidungen wurden freilich trotzdem darauf gestützt. Aufgedeckt wurde das nicht durch Beweiswürdigung der Richter, sondern durch die Opfer. Die freie Beweiswürdigung bleibt also oft schon aus faktischen Gründen »grau[e] Theorie«.⁹⁴

Die Parteien könnten dazu beitragen, die graue Theorie mit Leben erfüllen, indem sie eigene Experten aufbieten, um den Sachverständigenbeweis zu unterstützen oder insbesondere, um ihn zu widerlegen. Diese Chance wird vom Gericht aber oft eher als Bedrohung empfunden. Auch wenn die Experten der Parteien selbst gerichtlich beeidete Sachverständige sind, führt der private Auftrag zur negativ konnotierten Bezeichnung »Privatgutachter«.

Solche sind nach der Rsp. nicht einfach weitere, ja nicht einmal mindere Sachverständige, sondern werden vielmehr eher verdrängt. Es wird bisweilen der Eindruck erweckt, zu genau wollen es manche Gerichte gar nicht wissen. Die Sorge, damit umgehen zu müssen, dass der Sachverhalt vielleicht weniger eindeutig ist als das Gutachten, ist spürbar. Ausgerechnet im Strafverfahren hat es sogar lange Zeit gedauert, die Ansicht zu überwinden, das Privatgutachten sei überhaupt kein zulässiges Beweismittel, sondern diene nur der Information von Angeklagtem und Verteidiger.⁹⁵

1. *Status quo und Einordnungsversuche*

So rigoros ist der Zivilprozess zwar nicht, was ein Privatgutachten eigentlich ist, ist aber bis heute ungeklärt. *Schlosser* konstatiert dementsprechend auch für Österreich

92 *Fasching*, SV 1977/1, 14 (17 f.); *Rüffler*, *Der Sachverständige* 89.

93 *News*, *Der Bösachter*, 15.01.2014 (<http://www.news.at/a/news-kaempft-fuer-sie-der-boesachter>).

94 *Jelinek* in: *Aicher/Funk*, *Der Sachverständige* 71.

95 OGH 31.05.1972, 11 Os 67/72: »Es kann in einem laufenden Verfahren nur die Aufgabe haben, dem Angeklagten oder seinem Verteidiger über für den Straffall erhebliche Umstände eine über ihr eigenes Wissen und Können hinausgehende Information seitens hierzu durch ihre spezielle Vorbildung und ihren Beruf besonders befähigter Personen zu verschaffen und es auf diese Weise dem Angeklagten oder seinem Verteidiger leichter zu ermöglichen, sachdienliche Anträge an das Gericht oder entsprechende Fragen an einen gerichtlich bestellten Sachverständigen zu stellen«.

eine Unsicherheit, »die weit über die übliche und durchaus gerechtfertigte Skepsis bei der Beweiswürdigung solcher Gutachten hinausgeht«. ⁹⁶

Das Problem ist typisch für das Beweisrecht: Es gibt die fünf klassischen Beweis-kategorien, ⁹⁷ darunter wird mit mehr oder weniger Gewalt subsumiert. Das Bermudadreieck des Privatgutachters wird dabei abgesteckt vom gerichtlichen Sachverständigenbeweis, dem Urkundenbeweis und dem Parteivorbringen (das nach § 272 ZPO unkompliziert gewürdigt werden kann). Dass *Schlosser* die Versuche, Privatgutachten zwischen diesen drei Punkten einzuordnen, als »geradezu dilettantisch« bezeichnet, ⁹⁸ gibt wenig Anlass zur Hoffnung.

Tatsächlich beschleicht den unbefangenen Leser der Verdacht, dass bei all den Gedanken um die Einordnung die Rechtsfolgen aus den Augen verloren werden. Das ist schade, weil das österreichische Recht mangels *numerus clausus* der Beweismittel zu solchen Kategorisierungen keineswegs zwingt. Überdies ist ein Etikett per se noch kein Erkenntnisfortschritt. So ist man sich etwa sicher, dass nicht die Regeln über den Sachverständigenbeweis anwendbar sein sollen, denn – so die Befürchtung – sonst müsste der Privatgutachter vielleicht aus Amtsgeldern honoriert werden ⁹⁹ oder der Gegner des Auftraggebers könnte ihn ablehnen. ¹⁰⁰ Beide Befürchtungen zeigen, wohin das Etikettierungsbedürfnis führt. Kaum hat man das Etikett gefunden, wird – *more geometrico* – *ad absurdum* argumentiert, die eigentlichen Fragen bleiben dabei auf der Strecke. Kaum ist man sich sicher, dass das Privatgutachten kein Sachverständigenbeweis ist, wird daraus sogleich weiter gefolgert, dass es ein Sachverständigengutachten auch nicht widerlegen könne. ¹⁰¹

Alles das sind unbewiesene Behauptungen, für die es keine Rechtsgrundlage gibt. Natürlich kann ein Privatgutachten ein Sachverständigengutachten widerlegen, das ist eine logische, keine rechtliche Frage. Es zeigt sich aber, wie gefährlich die Deduktion aus Etiketten ist.

96 *Schlosser*, Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht, in FS Rechberger (2005) 497 (502).

97 Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Augenschein, Parteienvernehmung.

98 *Schlosser* in FS Rechberger 497 (502).

99 Zum Kostenersatz für Privatgutachten vgl. etwa *Schmidt* in: *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten² (2015) 95; OLG Wien 10.08.1988, 2 R 98/88 EvBl 1989/173.

100 *Fucik*, Am Rande des Sachverständigenwesens: Privatgutachten und Rechtsgutachten in der Rechtsprechung des OGH, in FS 100 Jahre Hauptverband 331 (334).

101 *Schmidt*, Privatgutachten im Spannungsfeld von Standesregeln, Wirtschaftlichkeit, Beweismaß und Rechtsrahmen, SV 2010, 1 (9). Sogar § 37 Abs. 1 GebAG will die Überprüfung von Gutachten nur dann besser entlohnen, wenn es sich um gerichtliche Gutachten handelt: »Für die im Auftrag des Gerichtes durchgeführte Überprüfung des gerichtlichen Gutachtens eines anderen Sachverständigen oder von einander widersprechenden gerichtlichen Gutachten mehrerer Sachverständiger ist der Sachverständige mit der doppelten Gebühr zu entlohnen«.

Dasselbe gilt für die häufig anzutreffende Einordnung des Privatgutachtens als Privaturkunde,¹⁰² die immerhin »Beweis mach[t], dass ihr Inhalt der Ansicht des jeweiligen Gutachtenverfassers entspricht«. ¹⁰³ Die Echtheit des Privatgutachtens ist freilich kaum je ein Streitpunkt. Irgendeine inhaltliche Würdigung darf dann wohl schon stattfinden, bei der – nach *Fasching* – für die Beweiskraft zu erwägen ist, ob das Privatgutachten »das Ergebnis unmittelbarer Begutachtung unter Zuziehung und Mitwirkung beider Parteien [ist] oder nicht (und wer das Gutachten honoriert hat)«. ¹⁰⁴

Wird das Privatgutachten nur als Urkunde verwendet, geht aber doch offenkundig viel verloren. Eigentlich ist ja eine Person das Beweismittel – der Privatgutachter. Es passt nicht in das System des österreichischen Prozesses, diese Person vollkommen durch die Urkunde zu mediatisieren und so »Personenbekundungen [...] durch den Urkundenbeweis überwuchern zulassen«. ¹⁰⁵

Nicht minder gekünstelt ist die Vorstellung vom urkundlich belegten Parteivorbringen¹⁰⁶ oder substantiierten Parteivortrag.¹⁰⁷ Dass das Parteivorbringen gewürdigt werden kann, steht außer Zweifel. Aber auch hier soll der Sachverstand offenbar nur durch etwas anderes hindurchstrahlen und dabei seinem Transportmittel gleichzeitig eine höhere Autorität verleihen.

Das Bedürfnis, in einem mündlichen Verfahren mit demjenigen zu sprechen, um dessen Sachverstand es geht, bleibt in beiden Varianten auf der Strecke. Es verwundert daher nicht, dass andere Wege gesucht werden, um diesem Bedürfnis Abhilfe zu schaffen. Dafür bleibt – Sachverständiger darf der Sachverständige ja nach h.A. nicht sein – dann nur mehr der Zeuge. Dabei könnte man schon bezweifeln, ob ein solches Umgehungsgeschäft überhaupt statthaft ist,¹⁰⁸ der größte Schönheitsfehler ist aber, dass Zeugen nur über ihre Wahrnehmungen aussagen und gerade keine Schlussfolgerungen ziehen sollen.¹⁰⁹ Zum eigentlich Interessanten – nämlich den Schlussfolgerungen – könnte der Privatgutachter dann nicht befragt werden.¹¹⁰ Angesichts eines fest eingebürgerten Rechtssatzes des OGH erscheint es indes

102 RIS-Justiz RS0040636.

103 RIS-Justiz RS0040363.

104 *Fasching*, Lehrbuch² Rdnr. 1008.

105 *Schlosser* in FS Rechberger 497 (504).

106 *Schmidt* in: *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige² 95.

107 Vgl. die Kritik von *Schlosser* in FS Rechberger 497 (503), der fragt, ob unsubstantiiertes Partievortrag relevant sein könnte.

108 Krit.: *Rechberger*, in: *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 351 Rdnr. 8; *Schlosser* in FS Rechberger 497 (506).

109 *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³ (2016) Rdnr. 825.

110 So *Rüffler*, Der Sachverständige 208; vgl. auch *Lackner*, Die prozessuale Relevanz außerprozessualer Sachverständigengutachten, ÖJZ 1983, 518 (519). Dies entspricht auch der strafrechtlichen Judikatur, vgl. OGH 14.01.2004, 13 Os 170/03.

überhaupt fragwürdig, warum der Privatgutachter Zeuge sein soll, denn: »*Ein Sachverständigengutachten kann durch Zeugen nicht entkräftet werden.*«¹¹¹

Irgendetwas geht also offenbar immer verloren. Auch wenn *Fucik* meint, ein Verständnis des Privatgutachtens, das dieses in keine der klassischen Schubladen einordnet, sei »*methodisch so verfehlt, dass es noch kein Autor ernsthaft vertreten hat*«,¹¹² ist eine weniger an Begriffen hängende Einordnung daher vielleicht doch sinnvoll.¹¹³

All die Kategorisierungsversuche haben die österreichische Praxis schließlich nicht einen Schritt weitergebracht. Das eigentliche Problem bleibt völlig ungelöst, wie ein Rechtssatz des OGH, der bei anhaltender Vitalität bald seinen 50. Geburtstag feiert, anschaulich zeigt: »*Das Gericht ist nicht verpflichtet, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten, auch wenn dieser Gutachter generell gerichtlich beeidet ist, und dem Gutachten eines vom Gericht zur Erstattung eines Gutachtens in einer bestimmten Rechtssache herangezogenen Sachverständigen aufzuklären. Es kann sich vielmehr ohne weitere Erhebungen dem ihm als verlässlich erscheinenden Gutachten anschließen.*«¹¹⁴

2. Rechtsfolgenorientierung statt Kategorisierung

Vor diesem Hintergrund sollte man die Suche nach dem richtigen Beweismittel aufgeben und vom Ergebnis her denken. Eines ist doch offensichtlich: »*Den Parteien muß es stets unbenommen bleiben, die Ergebnisse eigener Sachverständigengutachten zur Kontrolle des Gerichtssachverständigen ins Verfahren bringen zu können; nur diese Offenheit erscheint mit den Grundsätzen eines fairen effektiven Verfahrens und mit dem Recht auf Beweis vereinbar.*«¹¹⁵

Selbstverständlich muss das Gericht daher Widersprüche zwischen Privatgutachten und gerichtlichen Sachverständigengutachten aufklären. Das Verdikt der »*Verlässlichkeit*« des Gerichtsgutachtens kann nur am Ende dieser Überprüfung stehen, nicht schon deren Anfang verhindern. Das Gericht ist daher dazu verpflichtet, sich mit dem Privatgutachten auseinanderzusetzen und auch den Privatgutachter zu befragen, wenn das sinnvoll ist.

Das wird meistens der Fall sein. Auch beim Gerichtsgutachter verspricht man sich ja einiges von der mündlichen Erörterung des Gutachtens¹¹⁶ und eine kategoriale

111 RIS-Justiz RS0040598.

112 *Fucik* in FS 100 Jahre Hauptverband 331 (334).

113 Vgl. auch *Koller*, *Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess*, in *WiR*, *Sachverstand im Wirtschaftsrecht* (2013) 97 (113): »*Die Zuordnung zu den klassischen Beweismitteln erscheint etwas gezwungen*«.

114 RIS-Justiz RS0040592.

115 *Stürmer*, *Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozeß der Europäischen Union*, in FS *Sandrock* (2000) 959 (961).

116 Vgl. nur *Krammer*, »*Allmacht*« 26 ff.

Verschiedenheit von Gerichts- und Privatgutachten gibt es diesbezüglich nicht. Der BGH hat mit dem Satz, das Gericht müsse sich mit dem Privatgutachten so befassen, »als wenn es sich um die abweichende Stellungnahme eines von ihm bestellten weiteren Gutachters handeln würde«,¹¹⁷ daher auch für Österreich die Marschroute vorgegeben.

In vielen Fällen wird dem auch entsprochen, in vielen anderen Fällen aber nicht.¹¹⁸ Diese sind m.E. mit Verfahrensfehlern behaftet, und zwar nicht lege ferenda als Ausfluss einer Ausdehnung der Bedeutung von Privatgutachten, sondern de lege lata.

Ist das erkannt, stellen sich Folgefragen, die allerdings nicht im Vordergrund stehen. Unproblematisch ist es, wenn der Richter im Ergebnis dem Gerichtsgutachten glaubt. Hält er hingegen das Privatgutachten für richtig, stellt sich die Frage, wie weiter zu verfahren ist. Nach der Rsp. lässt sich schließlich »mit Privatgutachten allein [...] kein Sachverständigenbeweis führen«.¹¹⁹ Werden Feststellungen nur auf ein Privatgutachten gestützt, liege ein Verfahrensmangel vor.¹²⁰ Oft wird das so sein, zwingend ist es indes nicht.¹²¹ Die starren Regeln zum Sachverständigenbeweis sollten jedenfalls überdacht werden.

3. Impulse durch (Binnen-)Rechtsvergleichung

Anknüpfungspunkte dafür können die anderen Verfahrensrechte bieten. Ein Binnenrechtsvergleich zeigt, dass sowohl das Strafverfahren als auch das Verwaltungsverfahren weiter sind als der Zivilprozess:

Im Strafprozess – in dem das Privatgutachten wie erwähnt lange nicht einmal zugelassen war, sondern nur zur Information von Angeklagtem und Verteidiger diente – hat es sich etwa eingebürgert, die Gutachter miteinander zu konfrontieren.¹²² Seit 2015 sieht § 249 Abs. 3 StPO¹²³ sogar ein direktes Fragerecht des Privatsachverständigen vor. Dieses Fragerecht sollte Vorbildwirkung für den Zivilprozess haben und könnte im Rahmen von § 289 ZPO, der das Fragerecht der Parteien gegenüber Sachverständigen normiert, schon jetzt verwirklicht werden. Es ist schließlich kein Grund dafür ersichtlich, warum der Privatsachverständige keine direkten Fragen

117 BGH 06.03.1986, III ZR 245/84 NJW 1986, 1928.

118 Vgl. nur die Vielzahl der zu RIS-Justiz RS0040592 angeführten Entscheidungen.

119 RIS-Justiz RS0040363.

120 OGH 12.04.2011, 17 Ob 21/10b SV 2011, 148 (*Krammer*).

121 *Schlosser* in FS Rechberger 497 (509) denkt für diesen Fall eine Bestellung des Privatsachverständigen zum Gerichtssachverständigen an, wobei das Ablehnungsrecht des Gegners eingeschränkt sei.

122 Vgl. etwa OGH 19.12.2005, 14 Os 129/05k.

123 »Der Angeklagte kann zur Befragung eines Sachverständigen eine Person mit besonderem Fachwissen beiziehen, der ein Sitz neben dem Verteidiger zu gestatten ist. Diese darf den Verteidiger bei der Fragestellung unterstützen oder selbst Fragen zu Befund und Gutachten an den Sachverständigen richten«.

stellen können sollte, sondern dem Parteienvertreter entweder zuflüstern oder diesen vorher präparieren muss.¹²⁴

Im Verwaltungsverfahren wird vom VwGH aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgeleitet, dass die Parteien die Möglichkeit haben müssen, zu einem Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen. »Die Frist zur Stellungnahme muss dazu ausreichen, um ein Gutachten durch ein Gegengutachten entkräften zu können«. ¹²⁵ Geradezu mustergültig entscheidet der VwGH: »Die Aussagen von Sachverständigen haben grundsätzlich den gleichen verfahrensrechtlichen Beweiswert, und es besteht demnach zwischen dem Gutachten eines Amtssachverständigen¹²⁶ und dem eines Privatsachverständigen kein verfahrensrechtlicher Wertunterschied. Bei einander widersprechenden Gutachten hat die Behörde allerdings die Gedankengänge aufzuzeigen, die sie veranlasst haben, von den an sich gleichwertigen Beweismitteln dem einen höheren Beweiswert zuzubilligen als dem anderen«. ¹²⁷

Auch eine komplette Neuorientierung des Umgangs mit Privatgutachten im Zivilprozess nach diesem Vorbild, die hoch an der Zeit wäre, vermag das Grundproblem freilich nicht aus der Welt zu schaffen. Der Kern der Zurückhaltung bei Privatgutachten ist sicher ein Misstrauen gegenüber dem Gutachter als »hired gun« in den Händen der Partei. Dieses Misstrauen ist menschlich nachvollziehbar, bleibt letztlich aber doch diffus. Zu bedenken ist nämlich, dass Privatgutachten in Österreich in der Regel von Personen erstattet werden, die selbst gerichtlich beeidete Sachverständige sind. Ausgerechnet den Personen, deren persönliche und fachliche Integrität und Glaubwürdigkeit der Kern der indirekten Würdigung ihrer Gutachten ist, traut man also nicht über den Weg. Dabei werden Privatgutachten sogar mit dem Rundsiegel ausgefertigt, das auf die gerichtliche Beeidigung hinweist. Aus materiellrechtlicher Perspektive würde man von einem besonderen Vertrauenstatbestand sprechen.

Daran könnte man anknüpfen und sich de lege ferenda ein Beispiel am englischen Prozess nehmen. Dort ist eine »duty to the court« der Sachverständigen vorgesehen, diese »overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or by whom they are paid«. ¹²⁸ Zwar sind Sein und Sollen dabei zweifellos zu trennen und kann man einer solchen vertrauensbildenden Maßnahme sicher verschiedenes Gewicht beilegen. Das Modell dürfte sich in der englischen Praxis aber bewähren¹²⁹ – der expert witness wird zum »quasi-officer of the court«. ¹³⁰

124 In England verspricht man sich von dieser – vielleicht zu gemächlich als »hot tubbing« bezeichneten – Konfrontation viel, vgl. *Andrews, Andrews on Civil Processes I* (2013) Rdnr. 13.75.

125 VwGH 08.04.2014, 2012/05/0004.

126 Amtssachverständige sind der Behörde beigegebene Sachverständige (§ 52 Abs. 1 AVG).

127 VwGH 08.04.2014, 2012/05/0004. Vgl. auch *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 45 Rdnr. 12.

128 Civil Procedure Rules 35.3.(2).

129 Vgl. *Koller* in *WiR*, Sachverstand 97 (112, 113 f.).

130 *Andrews*, Civil Processes I Rdnr. 13.09.

III. Neuer Sachverstand ohne Sachverständigen

Diese Idee schlägt die Brücke zurück in das österreichische Recht, wo der »quasi judicial officer« gerade zum »judicial officer« weiterentwickelt wird, der neuen Sachverstand bringt. Wie erwähnt, ist eine der »sachverständigenintensivsten« Materien das Pflegschaftsverfahren. Wenn es um Obsorge und Kontaktrecht geht, ist psychologischer Sachverstand besonders gefragt. Die Gerichte halten sich – im Lichte der *Elsholz*-Rsp. des EGMR durchaus grundrechtskonform – zurück.¹³¹

Vor dem Hintergrund dieser großen Nachfrage lassen die Anzahl der Verfahren, Überlastung und Kostendruck gerade neuen Sachverstand entstehen, der, ohne das zu deklarieren, das Recht auf einen Sachverständigen unterläuft. Es geht um Sachverstand, den die Justiz selbst vorhält, es geht um Sachverstand ohne Sachverständigen.

A. Sachverstand in der Justiz

1. Expertisen der Familiengerichtshilfe

Wo früher Kinder- und Jugendhilfeträger (Jugendwohlfahrtsträger) und Sachverständige tätig waren, gibt es seit es 2012 – weil die Kinder- und Jugendhilfeträger überlastet sind und es nicht ausreichend Sachverständige gibt – die Familiengerichtshilfe zur Vermittlung sozialarbeiterischer, psychologischer und pädagogischer Expertise.¹³² Sie ist als Allzweckwaffe konzipiert,¹³³ die – jeweils auf Auftrag des Gerichts – nicht nur Clearingversuche unternehmen und so auf eine gütliche Streitbeilegung hinwirken soll, sondern auch Erhebungen durchführen darf (z.B. Hausbesuche). Sie ist berechtigt, Personen zu laden und zu befragen sowie unmittelbaren Kontakt mit dem Kind herzustellen (§ 106a AußStrG). Die Sicherheitsbehörden, Staatsanwaltschaften und Gerichte haben ihr Akteneinsicht zu gewähren. Dass eine Familiengerichtshelferin nach den Regeln über den Sachverständigen abgelehnt werden kann (§ 106a Abs. 4 AußStrG), versteht sich dabei fast von selbst. Schließlich erstattet die Familiengerichtshilfe dem Gericht »Bericht«, womit »psychologische Expertisen« gemeint sind.¹³⁴

Vielsagend sind hier schon die Ausführungen in den Materialien: Das Gericht soll seine Entscheidung »unter anderem auf die Erhebungsergebnisse der Familiengerichtshilfe stützen« können, wodurch aber »allgemein gerichtlich beidete Sachverständige [nicht] aus dem Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren »hinausgedrängt« werden [sollen]. Vielmehr kann, soll und muss das Gericht auf

131 Dazu oben II.C.2.

132 ErlRV 2004 BlgNR 24. GP 9 f.

133 Vgl. prägnant *Doppel*, Fachliche Anforderungen an die Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012, 51 (53).

134 ErlRV 2004 BlgNR 24. GP 10. Vgl. auch *Beck*, in: *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 106a Rdnr. 28 ff.

deren Know-How weiterhin zugreifen, soweit dies zur vollständigen Sammlung der Entscheidungsgrundlagen erforderlich ist«. ¹³⁵ Allerdings: Stellungnahmen der Familiengerichtshilfe »sollten auch fachliche Schlussfolgerungen enthalten und dem Gericht auf diese Weise die nötige Fachkunde für die Entscheidung zur Verfügung stellen, sodass das Gericht allenfalls im Sinn des § 31 Abs. 3 AußStrG vom Sachverständigenbeweis absehen kann«. ¹³⁶

Die Literatur hat diesen Hinweis bereits verstanden und betont, die Familiengerichtshilfe könne aufgefordert werden, zum »Verfahrensgegenstand selbst aus Sicht des Kindeswohls Stellung zu nehmen, also zu begründen, welche Regelung der Obsorge oder des Rechts auf persönlichen Verkehr unter Berücksichtigung des Wissensstandes der Sozialarbeit, (Entwicklungs-)Psychologie und Pädagogik dem Kindeswohl am besten gerecht würde. Diese Stellungnahmen sollen ausführlich und nachvollziehbar begründet sein, sodass es zumindest in manchen Fällen nicht mehr nötig sein sollte, zusätzlich ein Sachverständigengutachten einzuholen«. ¹³⁷

Die Familiengerichtshilfe ist eine Einrichtung der Justiz. Ihre Standards werden vom BMJ festgelegt, das BMJ bildet die Mitarbeiter auch aus. ¹³⁸ Der hier vorgehaltene Sachverstand ist im Zivilprozess eine neue Kategorie. Er ist nicht der fachkundige Richter, er passt aber auch nicht ins System der klassischen fünf Beweismittel.

2. Bestellung eines Erwachsenenvertreters

Die Idee der Heimholung von Sachverstand in die Justiz – wenngleich nicht zum Richter – findet der Gesetzgeber offenbar attraktiv, was sich auch bei der aktuellen Reform des Sachwalterrechts bemerkbar macht.

Mit 01.07.2018 löst der Erwachsenenvertreter den Sachwalter ab. ¹³⁹ »Die gerichtliche Fürsorge für Menschen, die nicht mehr in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst wahrzunehmen, soll [damit] neu geordnet werden«. ¹⁴⁰ Im Zuge dieser umfassenden Neuordnung wird § 117a AußStrG eingeführt, wonach das Gericht, wenn »konkrete und begründete Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters vor[liegen], [...] zunächst den Erwachsenenschutzverein (§ 1 ErwSchVG) mit der Abklärung (§ 4a ErwSchVG) zu

135 ErlRV 2004 BlgNR 24. GP 9.

136 ErlRV 2004 BlgNR 24. GP 35.

137 Engel, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012, 48 (51). Eine Grenze ergibt sich nach Doppel, iFamZ 2012, 51 (53) »jeweils dann, wenn spezifisches Fachwissen und damit Zusatzqualifikationen zur Klärung einer Frage erforderlich sind, wie z.B. aussageanalytische Kompetenzen bei Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs oder Kriterien für die Abklärung von Misshandlung bei Kleinkindern [...]. Dann wird es nötig sein, für diese speziellen Fragen eine weitere Expertise in Auftrag zu geben«.

138 Vgl. nur BMJ, Organisationshandbuch der Familiengerichtshilfe 1.0 (2013).

139 Siehe BGBl I 2017/59.

140 ErlME 222/ME 25. GP 1.

beauftragen [hat]«. ¹⁴¹ Im Zuge dieser Abklärung – dem sog. »*Clearing*« ¹⁴² – soll der Erwachsenenschutzverein eine »*Einschätzung aus seiner professionellen sozialarbeiterischen Sicht*« zu verschiedenen Punkten liefern, etwa welche Angelegenheiten die Person selbstbestimmt wahrnehmen kann oder wie die Person am besten unterstützt werden könnte. ¹⁴³ Die Eignung des Vereins, diese Aufgabe wahrzunehmen, wird dabei vom BMJ festgestellt. ¹⁴⁴ Gleichzeitig mit der Einführung dieses verpflichtenden Clearings wird die bisher vorgesehene Notwendigkeit der Beiziehung eines Sachverständigen bei der Bestellung eines Sachwalters (§ 121 Abs. 5 AußStrG) abgeschafft.

Die Richtung geht also weg vom gerichtlichen Sachverständigen hin zum Sachverstand der Erwachsenenschutzvereine. Interessant ist, dass diese Initiative – genauso wie jene zur Familiengerichtshilfe – ihren Ausgang nicht in der Prozessrechtsabteilung des BMJ, sondern in der für das Materiengesetz zuständigen Abteilung genommen hat. ¹⁴⁵ Die bereits angesprochene, in der zivilprozessualen Lehre und Rsp. vorherrschende Formalisierung der Beweismittel tangiert den Gesetzgeber der Familiengerichtshilfe und des Erwachsenenschutzvereins also offenkundig nicht. Während man beim Privatgutachten an den Lippen des historischen Gesetzgebers hängt, schlägt der moderne Gesetzgeber so unbekümmert und weitgehend unemerkt eine Schneise durch das Beweisrecht.

B. »*Innovationsdruck*« durch Massenverfahren

Ein liberaleres Verständnis der Beweismittel zeichnet sich auch in anderen Belangen ab, wobei hier der Druck zur Bewältigung von Massenverfahren und das damit einhergehende Bedürfnis, Verfahrensaufwand zu sparen, eine Rolle spielen. ¹⁴⁶ Wie diese Entwicklung grundsätzlich zu bewerten ist, kann hier dahinstehen, *Oberhammer* konstatiert etwa eine »*bemerkenswerte Verrohung der Prozesskultur*«. ¹⁴⁷ Konkret interessant ist allerdings einer der größten Wirtschaftsstraffälle, die Österreich derzeit beschäftigen:

Zertifikate, die Aktien an einer Gesellschaft auf Jersey vertreten, werden in Wien gehandelt. Eine Privatbank, die mit der Jersey-Gesellschaft verbunden ist,

141 § 117a Abs. 1 AußStrG i.d.F. BGBl. I 2017/59.

142 ErlME 222/ME 25. GP 56.

143 Vgl. § 4a ErwSchVG i.d.F. BGBl. I 2017/59 und dazu ErlME 222/ME 25. GP 73.

144 § 1 ErwSchVG i.d.F. BGBl. I 2017/59.

145 Auch im Bereich des Wirtschaftsrechts gibt es ein Pilotprojekt, bei dem Sachverständige der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft dem Handelsgericht Wien »geborgt« werden. Sie unterstützen den Richter bei der Vorbereitung und Durchführung der Verfahren, indem sie ihm Fachkunde vermitteln.

146 Ausf. Kritik zu solchen »*Abkürzungen*« äußert *Oberhammer*, Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegerklagen, in *Kalss/Oberhammer*, Anlegeransprüche – kapitalmarktrechtliche und prozessuale Fragen, 19. ÖJT II/1 98 ff.

147 *Oberhammer*, 19. ÖJT II/1 99.

manipuliert den Kurs durch verdeckte Käufe, gleichzeitig stehen Verletzungen anderer kapitalmarktrechtlicher Verpflichtungen im Raum. Als die Vorgänge bekannt werden, klagen tausende Anleger auf Leistung von Schadensersatz.¹⁴⁸

Die Aufklärung der Marktmanipulation wäre an sich ein klassischer Fall für ein Sachverständigengutachten. Allerdings hat die Oesterreichische Nationalbank (OeNB) im Rahmen ihrer Beteiligung an der Bankenaufsicht einen Bericht zu diesem Thema erstattet.¹⁴⁹ Unklar war, welche Bedeutung dieser Bericht im Anlegerprozess haben sollte. Dabei ist zu betonen, dass die Frage nur lautet, ob Feststellungen auf den Bericht gestützt werden dürfen, ob man sich also den unmittelbaren Sachverständigenbeweis erspart. Nicht zu bezweifeln ist, dass der Bericht im Verfahren überhaupt »vorkommen« darf. Treffend erklärt der 6. Senat: »*Letztlich geht es stets um die Frage, welchen Stellenwert derartige Beweismittel im Rahmen des gesamten Prozessstoffes haben und inwieweit die Aufnahme zusätzlicher mittelbarer oder unmittelbarer Beweise geboten ist*«. ¹⁵⁰

Das OLG Wien meinte dazu, der Bericht könne »*ein Sachverständigengutachten nicht ersetzen, weil mit einem Urkundenbeweis die Regeln über den Sachverständigenbeweis nicht umgangen werden könnten. In der Verwertung des Berichts liege ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz. Dem Erstgericht sei es offengestanden, die durch Verwertung des Berichts festgestellten Tatsachen durch unmittelbare Beweisaufnahme zu erheben*«. ¹⁵¹

Im Gegensatz dazu ließ der OGH die Verwertung – binnen kürzester Zeit in Entscheidungen dreier Senate – zu.¹⁵² Als Beweismittel komme »*alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts geeignet und nach Lage des einzelnen Falls zweckdienlich ist*«. ¹⁵³ Das ist sicher richtig, die Frage ist aber, ob auf dieser Basis Feststellungen getroffen werden dürfen. Dies bejaht der OGH: Die Verwertung des Berichts verstoße nicht grundsätzlich gegen den Unmittelbarkeits-

148 Vgl. etwa OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i.

149 Der OeNB obliegen sämtliche Vor-Ort-Prüfungen, Gutachten und Analysen. Nach § 79 Abs. 4 BWG hat sich die FMA »weitestmöglich auf die Prüfungen, Gutachten und Analysen der Oesterreichischen Nationalbank [...] zu stützen und kann sich auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit verlassen, es sei denn, sie hat begründete Zweifel an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit«.

150 OGH 21.12.2015, 6 Ob 111/15i. Die Entscheidung ist durch einen anderen Hinweis noch bemerkenswerter: Der OGH wirft im Lichte der Massenverfahren den Unterinstanzen »das Hölzl« der notorischen Tatsachen: »[A]ufgrund des Ergebnisses einer Mehrzahl gleichartiger Entscheidungen [kann] eine ursprünglich beweisbedürftige Tatsache gerichtsbekannt werden, sodass diese in der Folge keiner neuerlichen Beweisaufnahme bedarf. In diesem Sinne kann daher auch der Inhalt früherer Entscheidungen verwertet werden, wobei offenkundige Tatsachen nicht einmal behauptet werden müssen«.

151 Wiedergegeben in OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i.

152 OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i EvBl 2016, 738 (Frössel); 12.11.2015, 9 Ob 27/15h; 21.12.2015, 6 Ob 111/15i.

153 OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i.

grundsatz, weil dieser »kein Gut an sich, kein sogenannter Selbstzweck [ist ...]; er ist vielmehr Mittel zur Wahrheitsfindung, steht in einem Spannungsfeld zur Prozessökonomie und ist daher unter gewissen Voraussetzungen auch verzichtbar«. ¹⁵⁴

Das Motiv für diesen Verzicht ist der Entscheidung ebenfalls zu entnehmen: »[I]n Anbetracht der strukturellen Beweisprobleme auf Seiten des Anlegers, was Vorgänge beim Emittenten angeht, geht es [...] nicht an, das Gutachten der OeNB in einem Zivilverfahren einfach zu ignorieren«. ¹⁵⁵ Die Alternative wäre eine Vielzahl einzelner Sachverständigengutachten in vielen einzelnen Verfahren. Da es kein österreichisches Pendant zu § 411a dZPO gibt, wäre damit ein erheblicher Aufwand verbunden, weshalb der Wunsch des OGH verständlich ist.

Ist dieser erste Schritt einmal getan, fällt der Rest nicht mehr schwer. Beim OeNB-Bericht handelt es sich nach dem OGH jedenfalls nicht um einen Sachverständigenbeweis. »[A]m ehesten« könne der Bericht »dem Urkundenbeweis gleichgestellt werden«, ¹⁵⁶ eine »streng kategorische Einordnung zu den nicht taxativ aufgezählten Beweismitteln« sei aber ohnehin »nicht zwingend erforderlich«. ¹⁵⁷ Der OGH legt damit eine erfrischend unverkrampfte Haltung an den Tag.

C. Folgerungen

Sachverstand ohne Sachverständigen kennt die ZPO eigentlich nicht. Von den Fällen abgesehen, in denen der Richter einschlägige Fachkunde verwerten darf, ist besondere Sachkunde traditionell durch die Beiziehung von Sachverständigen zu gewährleisten.

Ohne dass sich der Prozessrechtsgesetzgeber oder die Prozessrechtsdogmatik nennenswert damit beschäftigt haben, sind in wesentlichen Sonderbereichen Einrichtungen entstanden, die Sachverstand vermitteln, ohne Sachverständigenbeweis zu sein. Die Justiz nähert sich damit dem Konzept des Amtssachverständigen im Verwaltungsverfahren an, wobei die Bewährungsprobe jedenfalls noch aussteht.

Auch die Beiziehung von Sachverstand aus sonstigen Quellen, wie dem OeNB-Bericht, ist eine Neuerung. Daraus allgemeine Schlüsse zu ziehen, erscheint allerdings verfrüht. Die großzügige Handhabung dürfte doch in einem engen Zusammenhang mit den Besonderheiten von Massenverfahren stehen.

Vielleicht kann man von den Initiativen des Gesetzgebers im Bereich der Familiengerichtshilfe und des Erwachsenenschutzes sowie der Großzügigkeit des OGH

154 OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i.

155 OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i.

156 Dabei handelt es sich freilich nicht um eine öffentliche Urkunde i.S.d § 292 Abs. 1 ZPO, weil darin nichts verfügt, erklärt oder bezeugt wird, vgl. OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i. So etwa auch *Pimmer*, Ist die Prozessökonomie eine Rechtfertigung für die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes? *ecolex* 2015, 286 (289); *Oberhammer*, 19. ÖJT II/1 100 Fn. 47.

157 OGH 22.10.2015, 1 Ob 39/15i.

beim Ersatz von Sachverständigen durch andere Quellen profitieren. Eine solche undoktrinelle Haltung wäre jedenfalls bei Privatgutachten wünschenswert und könnte so zur der Qualitätssicherung von Sachverständigengutachten beitragen.

IV. Zusammenfassung

Was ist also die Rolle des Sachverständigen? Eigentlich überrascht es nicht, dass ausgerechnet hier Tat- und Rechtsfrage verschwimmen. Das ursprüngliche Konzept der ZPO, wonach der Richter die Oberhand behält, ist klar. Mittlerweile genießt der Sachverständige durch die Einführung des Rechts auf einen Sachverständigen und durch grundrechtliche Überlegungen allerdings eine Art Institutionsgarantie. Seine Stellung ist daher heute stärker als zur Zeit der Schaffung der ZPO.

Vor dem Hintergrund dieser Stärke und gerade auch der grundrechtlichen Überlegungen zum PflEGsverfahren ist das neue Phänomen des Sachverständigen ohne Sachverständige eine bemerkenswerte Gegenbewegung. Neuer – zum Teil justizieller – Sachverständigen führt weg vom Sachverständigen. Allerdings hat dieser neue Sachverständigen seine Bewährungsprobe noch vor sich.

Der Richter befindet sich inmitten dieser Bewährungsprobe, weil die Stärke des Sachverständigen oft Kehrseite seiner Schwäche ist. Seine Position ist nur durch recht allgemeine Programmsätze wie die freie Beweiswürdigung abgesichert. Diese Programmsätze zu befolgen, fällt aber aus faktischen Gründen manchmal schwer und ist noch dazu unbequem. So wenig wie es *de iure* einen *index facti* gibt, so sehr hat der Sachverständige aufgrund dieser Prozesspraxis *de facto* diese Rolle. Es gibt also Aufholbedarf.

Dabei kommt es nämlich zu Übergriffen in richterliche Kompetenzen, häufig als Folge richterlicher Selbstbeschränkung. Mangelnde Überprüfbarkeit paart sich mit mangelnder Überprüfung. Engherzigkeit im Beweisrecht führt zu Engstirnigkeit bei der Sachverhaltsermittlung. Die Delegation von Entscheidungen bringt scheinbar legitimierte Lösungen hervor, durch die die normativen Grundlagen für den Umgang mit Zweifel im Prozess verwischt werden. Irgendwo beginnt der Kaffeesatz, aber die Kaffeesatzleserei ist nicht Aufgabe des Sachverständigen. Dafür gibt es den Richter, der mit den notwendigen rechtlichen Vorgaben ausgerüstet ist.

Unterm Strich: *De iure* behält der Richter in Österreich im Wesentlichen auch heute noch die Oberhand, woran man auch nichts ändern sollte. *De facto* ist der *index facti* stärker zu spüren als das notwendig, sinnvoll und vor allem als das rechtlich zulässig wäre.