

Gerichtliche Aufarbeitung der Feuchtigkeit im Flachdach

Bausteine des Bauprozesses

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie sind Bauunternehmer, Planer, Architekten, Bauphysiker. Ihr Bauprozess beginnt mit einem Baugrund, mit Kapital, Arbeit und Rohstoffen (Gestein, Holz, Glas, Metall, Kunststoff) und er endet mit einem **Bauwerk**. Ich bin Zivilrichter. Wenn ihr technisch-kaufmännischer Bauprozess im **Streit um Feuchtigkeit** im Flachdach endet, beginnt mein gerichtlicher Bauprozess. Mein Rohstoff ist nicht nur das zu beurteilende Bauwerk, sondern auch der **menschliche Konflikt** (der manchmal die Symptome Zorn, Gier, Neid und Verzweiflung zeigt) und mein Bauprozess endet mit einem Vergleich, mit einem Urteil oder mit einem Konkurs. Im Kern geht es dabei um oft folgende Fragen:

- Was ist die Ursache der Feuchtigkeit im Flachdach?
- Kann oder will der Werkbesteller den (vereinbarten, marktkonformen oder ohne Not in die Höhe getriebenen) Werklohn nicht zahlen?
- Unterschreitet das Bauwerk den vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Standard?
- Haben Baumängel dem übrigen Vermögen des Werkbestellers (oder gar Menschen) einen Schaden zugefügt?
- Hat der Werkunternehmer den Werkbesteller schlecht beraten?

So wie man seine Gesundheit nicht (nur) seinem Arzt anvertrauen kann, kann man sein Recht nicht dem Rechtsanwalt – oder dem „Rechtsstaat“ – überlassen. Da Recht haben und Recht bekommen nicht dasselbe sind, ist es wichtig, dass man seinen **„Konflikt am Bau“ als weiteren (wenngleich nicht erwünschten) Bauabschnitt** akzeptiert, in den man gleich viel konzentrierte Arbeit steckt wie in die vorangegangenen Abschnitte.

Ich berichte zunächst von drei typischen Ergebnissen der gerichtlichen Aufarbeitung von Konflikten rund um die Feuchtigkeit im Flachdach. Danach möchte ich mit Ihnen diskutieren, wie Sie als betroffene Bauunternehmer, Planer, Architekten und Bauphysiker mit ihrem Können und Wissen den **gerichtlichen Bauprozess um die Feuchtigkeit im Flachdach mitgestalten** können (und sollen) und wie Sie damit das Ergebnis des gerichtlichen Bauprozesses – seinen Nutzen und seine Kosten – beeinflussen können.

Alpbach, 15. Jänner 2019

Alfred Tanczos

I) Einer für alle, alle für einen

1) **Vier Werkunternehmer** – Dachdecker, Spengler, Zimmerer und örtlicher Bauaufseher - haben im Jahr 1998 für den Werkbesteller das Dachgeschoss seines Hauses ausgebaut. Es steht fest, dass durch **mangelhafte Werkvertragserfüllung** (mangelhaftes Verlegen des Unterdachs und der Verblechung, falsche Verlegung von Dachziegeln, mangelhafte Dachunterlüftung im Bereich der Verblechung) und durch Warnpflichtverletzungen ein **Wasserschaden** (erstmalig durch Wassereintritte im Jänner 2007 festgestellt) eintrat, dessen Behebung um € 190.000.- **der Zimmerer im April 2012 bezahlte**. Es ist nicht feststellbar, **welcher konkrete Schaden durch welche konkrete mangelhafte Leistung** des jeweiligen Professionisten entstanden ist.

2) In diesem Fall **nicht bestimmbarer Verursachungsanteile** der vier Werkunternehmer als Nebentäter haften gemäß § 1302 ABGB **alle für einen, und einer für alle**, weil das Risiko der Unaufklärbarkeit die Täter und nicht das Opfer treffen soll¹; doch bleibt dem Zimmerer, der dem Werkbesteller den Schaden ersetzt hat, der **Rückersatz gegen die Übrigen** vorbehalten. Da § 1302 ABGB nicht an bestimmbare Verschuldensanteile, sondern an bestimmbare Verursachungsanteile anknüpft², kommt es aufgrund der „Unaufklärbarkeit der Verursachung“³ zur **Solidarhaftung der vier Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller**.

3) Ein Nebentäter im Sinne des § 1302 ABGB – hier der Zimmerer - tilgt gegenüber dem Geschädigten als Solidarschuldner zur Gänze eine materiell eigene Schuld, sodass nicht § 1358 ABGB, der die Tilgung einer zumindest teilweise fremden Schuld voraussetzt, sondern § 896 ABGB anwendbar ist⁴. Da ein „besonderes Verhältnis“ im Sinne des § 896 ABGB zwischen den vier Nebentätern nicht festgestellt wurde, ist der bezahlte Schadenersatz von EUR 190.000,00 **zu gleichen Teilen auf die vier Nebentäter aufzuteilen**, sodass auf jeden EUR 47.500,00 entfallen⁵. Dieser **Rückgriffsanspruch verjährt gemäß §§ 1478, 1479 ABGB in 30 Jahren**; die Frist beginnt mit der Erfüllung des Gläubigeranspruchs durch den Zimmerer im April 2012.⁶ Die Verjährung der Direktansprüche des geschädigten Werkbestellers gegen die übrigen Solidarschuldner kann das dem Zahler (hier dem Zimmerer) nach § 896 ABGB zustehende Rückgriffsrecht nicht beeinflussen.⁷

4) a) Der Dachdecker vereinbarte mit dem Werkbesteller schon im Jahr 1996 im Werkvertrag die Geltung des Punkt 2.46. der ÖNORM B 2110, wonach sein Schadenersatzanspruch bei leicht fahrlässiger Vertragsverletzung durch den Dachdecker, wenn die Auftragssumme ATS 2 Mio nicht übersteigt, mit höchstens ATS 100.000,00 (wertgesichert) begrenzt ist.

b) Dass der Werkbesteller **dem Dachdecker** im Werkvertrag (durch Vereinbarung des Punktes 2.46. der ÖNORM B 2110) eine **Haftungsbeschränkung** gewährte, führt zu **keiner Schmälerung der Regressansprüche** nach § 896 ABGB. Der Regressanspruch besteht auch dann, wenn der vom Zimmerer darauf in Anspruch genommene Dachdecker dem geschädigten Werkbesteller für den von einem anderen Schädiger (dem Zimmerer) gezahlten

¹ Karner in KBB 5. Aufl., § 1302 ABGB Rz 3.

² 2 Ob 111/09a; RIS-Justiz RS0026615 (T 2).

³ 7 Ob 24/13z.

⁴ RIS-Justiz RS0017514.

⁵ P.Bydlinski in KBB 5. Aufl., § 896 ABGB Rz 2.

⁶ RIS-Justiz RS0017527, RS0017558 (T 1).

⁷ 10 Ob 68/17y, 8 Ob 105/16y, 2 Ob 191/12w.

Betrag aufgrund einer nur ihm gewährten Befreiung nicht haftet⁸, weil die Haftungserleichterung sonst ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter (der übrigen Solidarschuldner) wäre. Der Dachdecker als im Innenverhältnis zum Werkbesteller „befreiter Mitschädiger“ kann aber vom geschädigten Werkbesteller Vergütung verlangen, weil die Befreiung sonst wirkungslos wäre⁹. Im Ergebnis bedeutet dies einen „**Regresszirkel**“.

II) Prüfen, warnen und beraten

1) Die Werkbestellerin vereinbarte im Werkvertrag mit der Werkunternehmerin, dass sie im Bereich der Dachterrassen des letzten Obergeschosses eines Wohnhauses sie eine Regenrinne (einen Rinnenkasten) im Anschluss an die Traufe der Dachterrassen des Dachgeschosses bis zum Anschluss an die Jalousiekästen der Fenster/Türen der darunter gelegenen Wohnungen liefert und montiert. Die Werkvertragspartner vereinbarten, dass die Werkunternehmerin **sämtliche ihr übergebenen Ausführungspläne und sonstigen Ausführungsunterlagen vor Inangriffnahme der Arbeiten „verantwortlich zu überprüfen hat**.

2) Die Rinne wurde gemäß den Architektenplänen ausgebildet, die **Architektenpläne widersprachen aber den Regeln der Technik**, weshalb auch die Ausbildung des Flachdachrandes mit integrierter Regenrinne in folgenden Punkten den Regeln der Technik widerspricht:

- Die Rinne ist an die anschließende Verblechung angeschlossen. Es **fehlt eine Sicherheitsebene zum angrenzenden Flachdachaufbau** (zur Ableitung von Niederschlagswasser), sodass kein dichter Anschluss möglich ist. Bei Anwendung üblicher Sorgfalt war dies für die Werkunternehmerin **in den Plänen erkennbar**.

- Es **fehlen „gezielte“ Notüberläufe** der Rinne („mit Fassadenbewässerung für jede Überlastung der Rinnenabflüsse“): Überlaufendes Wasser hinterläuft die Fassadenblende, wodurch kein rascher Abfluss möglich ist. Für die Werkunternehmerin war dies **in den Plänen** bei Anwendung üblicher Sorgfalt **erkennbar**.

3) Erfolgt die **Schädigung durch das Unterlassen von Prüfungen und Warnungen**, ist die Unterlassung kausal, wenn bestimmte aktive Handlungen das Eintreten des Schadens verhindert hätten.¹⁰ Es muss daher durch **Hinzudenken des gebotenen Verhaltens ein hypothetischer Kausalverlauf fingiert** werden (mit geringeren Anforderungen an den Nachweis der Verursachung als bei positivem Tun), wobei die Beweislast, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre, den Geschädigten trifft.¹¹ Die Frage, wie sich die Geschehnisse entwickelt hätten, wenn der Schädiger pflichtgemäß gehandelt hätte, lässt sich naturgemäß nie mit letzter Sicherheit beantworten, weil dieses Geschehen eben nicht tatsächlich stattgefunden hat.¹² Es genügt daher die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist.¹³

⁸ 2 Ob 156/16s.

⁹ 10 Ob 68/17y.

¹⁰ 4 Ob 137/11t, 2 Ob 178/07a; RIS-Justiz RS0022913.

¹¹ 4 Ob 137/11t.

¹² 9 Ob 26/14k.

¹³ 8 Ob 140/15v.

4) Bei Verletzung einer Prüf- und Warnpflicht durch den Werkunternehmer ist der **Werkbesteller so zu stellen wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Prüf- und Warnpflicht entsprochen hätte.**¹⁴ Zum zu ersetzenden Schaden gehören nur solche Leistungen, die zur Herstellung des vertragsmäßig geschuldeten Zustandes zu erbringen waren, aber nicht jene Kosten, die der Werkbesteller auch bei vertragsgemäßer Prüfung und Warnung - „sowieso“ - tragen hätte müssen.¹⁵ **Sowiesokosten sind nicht durch eine Warnpflichtverletzung verursacht** und zählen daher nicht zum ersatzfähigen Vertrauensschaden.¹⁶ Um ein schlüssiges Vorbringen zu seiner auf eine Prüf- und Warnpflichtverletzung gestützten Forderung zu erstatten, muss der Werkbesteller daher **behaupten, welche konkreten Maßnahmen er bei einer ausreichenden Prüfung und Warnung durch den Werkunternehmer gesetzt hätte.**¹⁷ Mit der Pauschalbehauptung, er hätte in diesem Fall „eine andere geeignete, den Regeln der Technik entsprechende“ Bauausführung gewählt, erfüllte der Werkbesteller diese Behauptungsobliegenheit nicht.

III) Wer hat den Dachschaden?

1) a) Die Klägerin ist Miteigentümerin einer Liegenschaft; mit ihren Miteigentumsanteilen ist untrennbar **Wohnungseigentum** an der Wohnung Top 45 verbunden. Der Beklagte ist Verwalter dieser Liegenschaft. Nachdem die Klägerin im September 2010 die Wohnung Top 45, eine damals **35 Jahre alte Penthousewohnung mit einem Blechbahnen-Flachdach erworben** hatte, trat am 13. Dezember 2010 (und danach zweimal im Jänner 2011) durch die **undichte Dachhaut** Wasser in die Wohnung ein. Die im Dezember 2010 „längst“ notwendige Dachsanierung – das damals 35 Jahre alte Flachdach hatte die übliche **Nutzungsdauer von 15 bis 30 Jahren** deutlich überschritten - hätte schon im Herbst davor durchgeführt werden müssen, aber erst im Februar 2011 wurde das Dach mit Sarnafil-Folie neu eingedeckt.

b) Am 28. Mai 2010 hatte der Beklagte die Wohnungseigentümer des Hauses, in dem sich die Wohnung Top 45 befindet, von einer bevorstehenden kompletten Dachsanierung schriftlich in Kenntnis gesetzt und in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass es sich bei dieser Reparatur um eine ordentliche Verwaltungsmaßnahme im Rahmen des § 28 WEG handle und der Beklagte von Gesetzes wegen verpflichtet sei, die entsprechenden Maßnahmen – auch ohne Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft - zu setzen.

c) Dem Beklagten war im Juli 2010 der **schlechte Zustand des Daches bekannt**, im Oktober 2010 kannte er auch „die Thematik der Wassereintritte“. Im Oktober 2010 war **genügend Geld als Rücklage vorhanden**, um die Sanierung zu beauftragen.

2) Die Überwachung des Erhaltungszustandes des **Daches über einer Eigentumswohnung** und die Ergreifung geeigneter Maßnahmen zur Behebung der Undichtheit dieses Daches gehören gemäß § 20 Abs 1 WEG zum gesetzlichen Aufgabenkreis des Liegenschaftsverwalters.¹⁸ Diese **Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung** im Sinne des § 28 Abs 1 Z 1 WEG musste der Liegenschaftsverwalter (unabhängig von einem Beschluss der

¹⁴ 8 Ob 75/13g, 9 Ob 342/98d.

¹⁵ 8 Ob 75/13g, 3 Ob 191/13d, 2 Ob 135/10g.

¹⁶ 3 Ob 274/01t.

¹⁷ 4 Ob 137/11t.

¹⁸ RIS-Justiz RS0117174.

Eigentümergeinschaft) nach seinem pflichtgemäßen Ermessen und unter Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes für einen ordentlichen Liegenschaftsverwalter im Sinne des § 1299 ABGB **eigenständig** ergreifen.¹⁹

3) Da der Liegenschaftsverwalter die **Undichtheit des Daches nicht vor dem Winter 2010/2011 beheben ließ** und am 13. Dezember 2010 bereits Wasser durch das undichte Dach in die Wohnung eingedrungen war, durfte die Wohnungseigentümerin wegen **Gefahr im Verzug** gemäß § 30 Abs 3 Satz 2 WEG ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer auch an allgemeinen Teilen der Liegenschaft die zur **Abwehr von Wassereintritten notwendigen Maßnahmen treffen**.²⁰ Soweit die Wohnungseigentümerin auf **eigene Kosten** Schäden an den allgemeinen Teilen der Liegenschaft und ernste Schäden des Hauses in ihrem Wohnungseigentumsobjekt behoben hat (§ 30 Abs 3 Satz 1 WEG), weil die Untätigkeit des Liegenschaftsverwalters zu Gefahr im Verzug geführt hatte, vermittelte ihr die Ausübung dieses „Rechts zur eigenständigen Schadensabwehr“²¹ einen **Ersatzanspruch** nach §§ 1036, 1037 ABGB²² oder nach § 837 Satz 3 ABGB²³ **gegen die Eigentümergeinschaft** (für die dies Aufwendungen im Sinne des § 32 WEG sind), aber nicht gegen den beklagten Liegenschaftsverwalter.

4) Der Liegenschaftsverwalter wusste im Sommer 2010 von der undichten Dachhaut über der Wohnung und im Oktober 2010 von Wassereintritten durch das Dach (§ 30 Abs 3 Satz 1 letzter Halbsatz WEG). Dass er trotz dieser Kenntnis nicht vor dem Winter 2010/2011 - in jenem Winter trat erstmals am 13. Dezember 2010 durch das undichte Dach Wasser in die Wohnung ein - diesen ersten Schaden des Hauses - ein undichtes Dach ist ein ernster Schaden des Hauses im Sinne des § 28 Abs 1 Z 1 WEG²⁴ - beheben ließ, ist eine **schuldhafte Verletzung seiner gesetzlichen Verwalterpflichten** (§ 20 Abs 1 WEG) und seiner Pflichten aus dem **Verwaltervertrag** mit der Eigentümergeinschaft. Da er als Liegenschaftsverwalter aber auch die Interessen jedes einzelnen Wohnungseigentümers zu wahren hatte²⁵, stellt diese vertrags- und gesetzwidrige Untätigkeit der Beklagten auch eine **Schutz- und Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber der Wohnungseigentümerin** dar, die in den Schutzbereich des Verwaltervertrages einbezogen ist.²⁶ Soweit der Liegenschaftsverwalter dadurch der Wohnungseigentümerin rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden zugefügt hat, der allein **in ihrem Vermögen** eingetreten ist, hat er ihr diesen Schaden zur Gänze zu ersetzen; soweit er aber an **allgemeinen Teilen der Liegenschaft** einen Schaden verursacht hat, kann die Wohnungseigentümerin nur den **auf ihren Miteigentumsanteil entfallenden Teil** des in Geld bestehenden Schadenersatzes vom Liegenschaftsverwalter begehren, es sei denn die anderen Wohnungseigentümer hätten ihr ihre Ansprüche **zediert**.²⁷

¹⁹ 6 Ob 3/14f; RIS-Justiz RS0122841.

²⁰ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II 23. Aufl., § 30 WEG Rz 13.

²¹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht WEG 3. Aufl., § 30 WEG Rz 57.

²² Würth/Zingher/Kovanyi II 23. Aufl., § 30 WEG Rz 14.

²³ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht WEG 3. Aufl., § 30 WEG Rz 57.

²⁴ 6 Ob 3/14f, 5 Ob 170/11b; RIS-Justiz RS0083089.

²⁵ RIS-Justiz RS0117809.

²⁶ 6 Ob 3/14f, 3 Ob 102/14t.

²⁷ 2 Ob 123/12w, 5 Ob 142/03y, 5 Ob 296/00s; RIS-Justiz RS0013214.

IV) Streit vor Gericht als Methode der Konfliktbearbeitung

1) Konflikte sind kein soziales Übel

Trotz aller Schiedsgerichte und Schlichtungsstellen und trotz aller Bemühungen, den Konflikt am Bau „gerichtsfern“ zu halten, hat gemäß Art 6 Abs 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) jeder Mensch Anspruch darauf, dass seine „Sache“ (sein behaupteter Anspruch) in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht gehört wird. Die demokratische Gesellschaft lebt von der **zivilisierten Auseinandersetzung**, in der man seine Standpunkte und Interessen artikuliert, ohne dem anderen abzusprechen, dass er einen abweichenden Standpunkt und andere Interessen haben darf. Auf der Basis eines optimistischen Menschenbildes sind die **Richtigkeitsüberzeugung und die Gewissensentscheidung** des Individuums die letzten uns zugänglichen moralischen Instanzen. Niemand hat das Recht, sich im Besitz der einzigen Wahrheit zu glauben, um sie in der Folge unter Berufung auf ihren endgültigen Charakter seinen Mitmenschen aufzuzwingen. Verweigere ich meinem Mitbürger die Anerkennung seiner ethischen Autonomie, verwehre ich ihm durch die Geringschätzung seines Gewissens auch die Respektierung seiner Würde als Mensch. Hinter der positiven Bewertung des Streits der Meinungen steht aber nicht nur die Überzeugung, dass jeder Mensch (und seine Meinung) grundsätzlich gleich viel wert ist, sondern auch die Annahme, dass der Streit Positives hervorbringen kann, weil er alte Normen und Fakten in Frage stellt und den Blick für alternative Lösungen schärft. Aus These und Antithese soll die Synthese hervorgehen. Wenn **Konflikte zwischen Einzelnen und Gruppen die erwünschte Normalität** sind, gilt es nur noch sicherzustellen, dass der Streit nicht destruktiv, sondern konstruktiv ausgetragen wird. Im Idealfall endet ein guter Streit nicht mit dem Sieg des einen über den anderen, sondern mit einem vernünftigen Kompromiss oder zumindest mit einem beiderseitigen Erkenntnisgewinn, ohne dass die Beziehung zwischen den Streitparteien nachhaltig gestört bleibt.

2) Streitkultur

Im demokratischen Dienstleistungsstaat gelten vor Gericht **Autoritätsargumente**, mit denen die Obrigkeit den Untertanen kraft ihrer staatlichen oder wissenschaftlichen Autorität – ohne Diskussion und Überzeugungsarbeit - verbindlich die Welt erklärt, nicht viel. Die Anrufung des Gerichts ist oft der letzte Versuch, den ausufernden Konflikt einander misstrauender Menschen mit zivilisierten Mitteln zu lösen. Der streitbare Bürger erhebt den Anspruch, dass die Repräsentanten der Rechtspflege – **Richter, Rechtsanwälte und Sachverständige** – ihre Standpunkte unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen artikulieren und dass nach einem **offenen sachlichen Diskurs** der wahre Sachverhalt ermittelt und das Gesetz richtig angewendet wird. Er erwartet, dass die von Berufs wegen vor Gericht agierenden Personen gut ausgebildet sind und gut vorbereitet an den Fall herangehen, dass sie die ihnen vom Gesetz zugewiesene Rolle (und keine andere) ausfüllen, die anstehenden Probleme erkennen, klar und deutlich Standpunkte präsentieren, sich auch nach außen erkennbar um Wahrheit

und Recht bemühen²⁸ und am Ende der Auseinandersetzung – jeweils im Rahmen ihres Aufgabenbereichs – **Lösungen anbieten**.

Die frühzeitige **Offenlegung der rechtlichen und tatsächlichen Prämissen** erzeugt in Verbindung mit einer fairen und sachlichen Verhandlungsführung manchmal ein **Vertrauensverhältnis**, das die Parteien veranlasst, **Vorschläge des Richters**, die er sinnvoll begründen kann, zu akzeptieren – besonders, wenn sie den Parteien mehr nützen als das bestbegründete Urteil, das vielfach die wahren Probleme zwischen den Parteien nur punktuell oder gar nicht lösen kann.²⁹

Wenn diese Erwartungen der Parteien enttäuscht werden, besteht die Gefahr, dass der Streit – die **konstruktive Uneinigkeit** zwischen mehreren Akteuren – in offene oder verdeckte **Feindseligkeit** umschlägt, dass die Streitkultur auf der Strecke bleibt und die alten Klischees bedient werden:

- Der Richter bestelle einen Sachverständigen, der ihm möglichst viel Arbeit (Beweisaufnahme, Beweiswürdigung, rechtliche Beurteilung, ja sogar die faktische Prozessleitung) abnimmt. Ohne sich mit den Methoden und den Ergebnissen des Gutachtens inhaltlich auseinanderzusetzen, unterschreibe er - „im Namen der Republik“ - das **Urteil des Sachverständigen**.
- Der **Rechtsanwalt sei ein reiner Lobbyist**, der vor dem Gutachten den Sachverständigen für seine Interessen manipulieren und danach dessen fachliche Qualifikation und persönliche Integrität mit rhetorischen Tricks untergraben wolle.
- Der Sachverständige agiere als **Richter ohne Kontrolle**, der seinen absoluten Wahrheitsanspruch aus der (faktischen) Unanfechtbarkeit seiner Behauptungen ableite.

Wer die Streitkultur vor Gericht subtiler beschädigen will, greift zu jener Waffe, die alle Intellektuellen beherrschen: **Kultiviere die Unklarheit**, bleibe vage und mehrdeutig, drücke Einfaches kompliziert und Triviales schwierig aus und verwende eine beeindruckend tiefsinnig klingende Sprache, um am Gesprächspartner vorbeizureden, bei ihm Verwirrung zu stiften, Missverständnisse zu provozieren und damit die inhaltliche Diskussion verweigern. Richter, Rechtsanwälte und Sachverständige müssen daher zur Aufrechterhaltung der Streitkultur im Rechtsstreit jene spezielle Verantwortung wahrnehmen, die *Popper*³⁰ jedem Intellektuellem abverlangt: Er hat das Privileg und die Gelegenheit zu studieren, dafür schuldet er es seinen Mitmenschen (oder der „Gesellschaft“), die Ergebnisse seines Studiums in der einfachsten, klarsten und bescheidensten Form darzustellen. **„Wer es nicht einfach und klar sagen kann, der soll schweigen und weiterarbeiten, bis er es klar sagen kann.“**

3) Der Zivilrichter im Bauprozess

Der Richter ist im österreichischen Bauprozess – nicht nur in der Erwartungshaltung der „Rechtskunden“, sondern auch von Gesetzes wegen (§§ 179, 180, 182, 182a, 258, 432 ZPO) –

²⁸ Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit: „Justice must not only be done, it must also be seen to be done“ oder in den Worten des Verfassungsgerichtshofes (JBl 1987, 511): “Es muss nicht nur Recht gesprochen werden, sondern es hat auch augenscheinlich zu sein, dass Recht gesprochen wird.“

²⁹ *Schragel*, Verfahrenstechnik im Zivilprozess, RZ 1978, 21 (25).

³⁰ Auf der Suche nach einer besseren Welt, München 1990, 100.

kein zurückhaltender Moderator, sondern ein engagierter Verfahrensgestalter, der bei der Stoffsammlung zumindest gleichrangig vor die Parteien tritt. Er soll dem aufgeklärten Ideal eines Interpreten gerecht werden, der den wahren Sachverhalt ermittelt, ohne das Verfahren mit irrelevanten Beweisaufnahmen zu überfrachten, und das Gesetz frei von persönlichen (insbesondere „arbeitsökonomischen“) Interessen und Karrierestreben auslegt.³¹ Dazu gehört auch die **Fähigkeit zum selbstständigen Urteil**, das mehr ist als das Ergebnis mühevollen Protokollierens und ermüdenden Nachblätterns in Akten, Büchern und Datenbanken.

Im Rahmen seiner **Anleitungspflicht** hat der Richter auf die Parteien einzuwirken, damit sie ihrer Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht nachkommen. Er hat gemäß § 182 ZPO durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen tatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen.

Im Rahmen seiner **Wahrheitsforschungspflicht** hat er kraft der diskretionären Gewalt (§ 183 ZPO) – auch gegen den Willen beider Parteien – das Recht alle Beweise aufzunehmen, von denen er Aufklärung über erhebliche Tatsachen erwarten kann. Diese diskretionäre Gewalt, die ihm erlaubt, Beweise über Tatsachen aufzunehmen, die keine Partei behauptet hat (**Ausforschungs- oder Erkundungsbeweis**)³², ist gemäß § 183 Abs 2 ZPO nur durch den übereinstimmenden Widerspruch beider Parteien gegen die Heranziehung von Urkunden und Zeugen beschränkt; ein übereinstimmender Widerspruch gegen Augenschein, Sachverständigenbeweis und Parteienvernehmung ist wirkungslos.

Richterliche Urteilskraft äußert sich in der Fähigkeit und im Willen zur Reduktion von (scheinbarer) Komplexität und zur Zuspitzung der breit dargelegten Standpunkte auf wenige mündlich vermittelbare Argumente. **Die Kunst des Richtens ist eine Kunst des Analysierens.**³³

4) Der Sachverständige im Bauprozess

Sachverständiger ist gemäß § 125 Z 1 StPO eine Person, die auf Grund besonderen Fachwissens in der Lage ist, beweisrelevante Tatsachen festzustellen (**Befund**) oder aus diesen rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen und sie zu begründen (**Gutachten**).

Der Sachverständige versteht sich als ein (von den Parteien) unabhängiger, zur Objektivität und Unparteilichkeit verpflichteter **Mitarbeiter des Richters** und als Teil der Rechtspflege, der dem Richter fremdes Erfahrungswissen verschafft und die Kenntnis von Tatsachen vermittelt.³⁴ Er hat nie eine – über Wahrheit oder Unwahrheit, über Recht oder Unrecht – urteilende Funktion, er bleibt immer **Informations- und Erkenntnisquelle**. Den Erkenntnis-

³¹ *Somek*, Richterethos und Moraltheorie, RZ 1985, 265 (267); vgl. Erläut RV ZVN 2002, 962 BlgNR 21.GP, 26.

³² *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 659; *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, 10ff; JBl 1972, 478; RZ 1972/16.

³³ *Bauer* aaO, 6.

³⁴ Pkt. 1.1 der Zusammenfassung der von den Sachverständigen allgemein anerkannten Standespflichten in der Delegiertenversammlung des Hauptverbandes der allgemein beeideten (und gerichtlich zertifizierten) Sachverständigen Österreichs vom 4. April 1992 in der ergänzten Fassung vom 25. Mai 2013 (Standesregeln); *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 1996; SZ 49/67; MietSlg 44.782.

und Willensakt der Wahrheitsfindung kann er dem Richter nicht abnehmen, doch die richterliche Entscheidung kann durch die fachliche Qualität des Gutachtens – auf der Tatsachenebene – an Überzeugungskraft gewinnen.³⁵

Der Sachverständige schwört „bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, dass ich die Gegenstände des Augenscheins sorgfältig untersuchen, die gemachten Wahrnehmungen treu und vollständig angeben und den Befund und mein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft (der Kunst, des Gewerbes) angeben werde; so wahr mir Gott helfe“.³⁶ Er ist **vertrauenswürdig** (§ 2 Abs 2 Z 1 lit. e SDG) und er lebt in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen (§ 2 Abs 2 Z 1 lit. h SDG). **Charakterstärke, Gesetzestreue und Korrektheit** zeichnen ihn ebenso aus wie unbeirrbar und unerschütterliche **Zuverlässigkeit** und hohe Zahlungsmoral gegenüber privaten und öffentlichen Gläubigern.³⁷

Mit dem **Sachverständigen** tritt im Bauprozess eine Person neben den Richter, die durch ihren Expertenstatus und den damit oft verbundenen Wahrheitsanspruch im Gerichtsalltag von vielen als **der wahre Richter** angesehen wird. Auch den Richter (und noch mehr den Patienten als Kläger) beschleicht hin und wieder das Gefühl, er sei dem Spezialisten ausgeliefert, wenn der Gutachter in einer tiefsinnig klingenden Sprache an der Sache vorbeiredet und sein Fachvokabular dazu benutzt, um die inhaltliche Diskussion zu verweigern. Mancher gerichtlich bestellte Gutachter erlebt wiederum die mündliche Erörterung seines Gutachtens vor Gericht als überflüssigen und unfairen Angriff auf seine fachliche Qualifikation und auf seine persönliche Integrität, hat er doch schon ein perfektes schriftliches Gutachten vorgelegt. Daraus resultiert nicht nur ein psychologisches Spannungsverhältnis, sondern gelegentlich auch die Gefahr, dass nicht ein „unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht“ (Art 6 Abs 1 EMRK), sondern ein Sachverständiger über die geltend gemachten Ansprüche entscheidet. Hauptkritikpunkt ist, der **Sachverständige agiere als Richter ohne Kontrolle**. Während die Rechtsfrage durch mehrere Instanzen geprüft werde, sei die vom Gutachter entschiedene Tatfrage de facto unüberprüfbar. Der Richter folge ausnahmslos den Empfehlungen des Experten, ohne sich mit seinen Prämissen, seinen Methoden und mit seinen Ergebnissen inhaltlich auseinanderzusetzen. Er werde zum Automaten, der die urteilsreif zusammengefassten Ergebnisse des Sachverständigen nur noch „Im Namen der Republik“ unterschreibt.

5) Der Rechtsanwalt im Bauprozess

Er versteht sich als durch Ausbildung, Verschwiegenheit, Vertrauenswürdigkeit, Unabhängigkeit, Bindung an sein Gewissen und soziale Kompetenz ausgezeichneter **Berater, Beistand und Vertreter** seiner Partei in allen ihren öffentlichen und privaten Angelegenheiten. Er fühlt sich aber auch berufen, engagiert für die Erhaltung von Freiheit und Rechtsfrieden einzutreten und zur Vermeidung und außergerichtlichen Lösung von Konflikten beizutragen.³⁸

³⁵ Schiller, Richter – Sachverständigen, Rechte – Pflichten, Sach 1996/4, 3.

³⁶ § 5 Abs 1 des Bundesgesetzes über die allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher (SDG).

³⁷ Krammer/Schmidt, SDG-GebAG³ § 10 SDG E 27 ff mwN.

³⁸ Vorbemerkung der Vertreterversammlung zu den Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwaltsanwärter (RL-BA 1977).

Erste Berufspflicht des Rechtsanwaltes ist die **Treue zu seiner Partei**³⁹, deren Rechte er gegen jedermann mit Eifer und Gewissenhaftigkeit zu vertreten hat. Er ist gemäß § 9 Abs 1 Rechtsanwaltsordnung (RAO) befugt, alles, was er nach dem Gesetz zur Vertretung seiner Partei für dienlich erachtet, unumwunden vorzubringen und Angriffs- und Verteidigungsmittel in jeder Weise zu gebrauchen, welche seinem **Auftrag**, seinem **Gewissen** und den **Gesetzen** nicht widerstreiten.

Die Parteien müssen gem. § 178 ZPO ihre **Behauptungen wahrheitsgemäß, vollständig und bestimmt** aufstellen; sie dürfen weder etwas „ins Blaue“ behaupten, noch etwas verschweigen.⁴⁰ Diese Rechtspflicht entzieht den Prozess der Willkür: Positiv verpflichtet sie zum Vortrag aller wesentlichen Tatsachen, negativ verbietet sie den Parteien den Vortrag von Tatsachen, deren Unwahrheit der Partei bekannt ist oder bei verantwortungsvoller Prozessvorbereitung bekannt sein müsste. Parteien dürfen insbesondere auch keine Tatsachenbehauptungen des Gegners bestreiten, deren Wahrheit ihnen bekannt ist. **Bewusst unwahre Prozessbehauptungen** können – insbesondere bei einem Eingriff iSd § 1330 ABGB – einen **Unterlassungsanspruch** rechtfertigen.⁴¹ Auch eine **Haftung** der Partei für rechtmisbräuchliche Prozesshandlungen ihres anwaltlichen Vertreters kommt in Betracht.⁴²

Die Vorlage von **Urkunden** kann fehlende **Tatsachenbehauptungen** einer Partei ebenso wenig ersetzen wie ein Verweis auf sonstige Beweisergebnisse, wie Parteien-, Zeugen- oder Gutachteraussagen.⁴³

Im Rahmen der Gesetze, sachlich, ohne beleidigendes Beiwerk und mit adäquatem Inhalt darf der Rechtsanwalt an von ihm wahrgenommenen Mängeln **am Gericht Kritik üben** und dabei seine Meinung frei und unumwunden zum Ausdruck bringen.⁴⁴ Der in § 9 Abs 1 RAO enthaltene Rechtfertigungsgrund bedeutet, dass Beschuldigungen, die der Rechtsanwalt erhebt, die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich haben, sodass es zu einer Beweislastumkehr kommt. Nicht der Rechtsanwalt hat die Wahrheit seiner Beschuldigung oder seine Gutgläubigkeit zu beweisen, sondern ihm muss nachgewiesen werden, dass er nicht gutgläubig war. Er darf grundsätzlich **auf die Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vertrauen**. Ergeben sich aber erhebliche Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit, ist dieses Vertrauen nicht mehr gerechtfertigt und er hat dem Mandanten „die sich abzeichnenden rechtlichen Folgen kundzutun“⁴⁵ Der Rechtsanwalt schuldet zwar „Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit“ (§ 9 Abs 1 Satz 1 RAO) und Sorgfalt, aber nicht den Prozess Erfolg, so wie der Arzt nur eine Behandlung *lege artis*, aber nicht die Heilung des Patienten schuldet.

Da es „erste Pflicht“⁴⁶ des Klienten ist, seinem Rechtsanwalt alle Tatsachen (nach seinem Verständnis) wahrheitsgemäß mitzuteilen, muss der Rechtsanwalt eine vollständige Klienteninformation, solange sich gegen ihre Richtigkeit keine erheblichen Anhaltspunkte ergeben, nicht auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen.⁴⁷ Die dem Rechtsanwalt in § 9 Abs 1 RAO auferlegte Pflicht, die übernommenen Vertretungen gesetzesgemäß (vgl. die Wahrheits-

³⁹ § 10 RL-BA 1977. Diese „Richtlinien“ gelten als Verordnung (*Feil/Wennig*, Anwaltsrecht, 8. Aufl., Vorbemerkungen zu den RL-BA 1977 Rz 1); AnwBl 2004/7908, 67.

⁴⁰ *Fucik in Rechberger*⁴ § 178 ZPO Rz 1.

⁴¹ RIS-Justiz RS0022784.

⁴² 6 Ob 156/08x.

⁴³ 5 Ob 224/10t; 5 Ob 214/10x; 7 Ob 148/08b; RIS-Justiz RS0043157; RS0017844, RS0037915, RS0038037.

⁴⁴ AnwBl 2001/7745, 278 (*Strigl*); AnwBl 1991/3873, 639.

⁴⁵ RIS-Justiz RS0106940.

⁴⁶ RIS-Justiz RS0106940 (T7).

⁴⁷ RIS-Justiz R 026628 (T4).

und Vollständigkeitspflicht gemäß §178 ZPO) zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten, verbietet es, dass er **wissentlich unrichtige Behauptungen** aufstellt, um sich oder seinem Klienten Vorteile zu verschaffen.⁴⁸ Auch wenn der Rechtsanwalt bewusst eine unwahre Angabe eines anderen bestätigt, begeht er eine Ehre und Ansehen seines Standes beeinträchtigende Berufspflichtverletzung. Es genügt, dass er sich bei Gericht selbst als Zeuge für die Wahrheit einer Behauptung namhaft macht, deren Unwahrheit ihm bekannt ist.⁴⁹ Mangels ausreichender Information durch den Klienten muss der Rechtsanwalt so lange auf eine Klarstellung oder Vervollständigung hinwirken, bis keine erheblichen Bedenken gegen ihre Richtigkeit mehr bestehen. Erst dann darf er die Klienteninformation als Tatsachenbehauptung vor Gericht verwerten.⁵⁰ Wenn es um die Ableitung von Rechtsfolgen aus Tatsachen(behauptungen) geht, darf der Rechtsanwalt auch falsche Standpunkte einnehmen, solange sie wenigstens mit einem Teil der Rechtsprechung oder der Lehre übereinstimmen und daher vertretbar sind.⁵¹ Informiert er seinen Mandanten über die eingeschränkten Erfolgsaussichten und über das Kostenrisiko, darf er auch ohne eigenes Haftungsrisiko **gegen eine etablierte Rechtsprechung ankämpfen**, weil immer die Möglichkeit der Änderung einer einhelligen höchstgerichtlichen Judikatur besteht.⁵²

Rechtsanwälte dürfen daher, wenn sie eine Berufspflicht ausüben, behaupten, dass ein anderer – etwa in einem Sachverständigengutachten – die Unwahrheit sagt.⁵³ Eine **sachlich berechtigte Kritik** kann aber wegen ihrer **beleidigenden und ausfälligen Form** die dem Gericht schuldige Achtung verletzen.⁵⁴ Bereits fahrlässig unkorrekte Formulierungen verletzen die Berufspflicht des Rechtsanwaltes und beeinträchtigen Ehre und Ansehen des Standes.⁵⁵ Die anwaltliche Behauptung, ein gerichtlich bestellter Sachverständiger habe offenbar ein Gefälligkeitsgutachten erstattet, kann daher als Vorwurf der falschen Beweisaussage (§ 288 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB)) aufgefasst werden. Erhebt Rechtsanwalt eine solche Unterstellung ohne Anhaltspunkte für ihre Wahrheit, verstößt er gegen § 9 RAO.⁵⁶

6) Beweisen heißt Überzeugen

Beweisen ist die **Tätigkeit**, die dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des von einer Prozesspartei behaupteten Sachverhalts vermittelt.⁵⁷ Der Richter hat gemäß § 272 Abs 1 ZPO unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach **freier Überzeugung** zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten ist oder nicht. „Beweis“ bedeutet **nicht Gewissheit**. Der Beweis ist erbracht, wenn ein so hoher Grad an Überzeugung erreicht ist, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt⁵⁸; als „Regelbeweismaß“ der ZPO soll die „**hohe Wahrscheinlichkeit**“ gelten⁵⁹. In Bauprozessen

⁴⁸ AnwBl 2003/7882, 418 (*Strigl*).

⁴⁹ AnwBl 1967/542, 32; AnwBl 1973/237, 222.

⁵⁰ RIS-Justiz RS 0106940 (T7); AnwBl 1988/2996, 671.

⁵¹ *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB, 3. Aufl., § 1300 ABGB Rz 15 mwN.

⁵² MietSlg 32.228; SZ 58/165.

⁵³ *Feil/Wennig* Anwaltsrecht, 8. Aufl., § 9 RAO Rz 16.

⁵⁴ MietSlg 44.745, 44.744.

⁵⁵ RIS-Justiz RS0120395.

⁵⁶ AnwBl 1993, 683.

⁵⁷ *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 799.

⁵⁸ *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 802.

⁵⁹ 4 Ob 208/15i; RIS-Justiz RS0110701.

lassen die Beweisergebnisse oft keinen „objektiven“ Schluss auf bestimmte (historische) Tatsachen zu; in vielen Fällen bleibt ein erheblicher subjektiver Spielraum für den Richter. Beweisen heißt letztendlich nichts anderes als den Richter zu überzeugen. **Widersprüchliche Beweisergebnisse** sind nicht Hindernis, sondern Ausgangspunkt der richterlichen Beweiswürdigung. Nur dann, wenn für mehrere Sachverhaltsvarianten beinahe gleich viel spricht, ist der Beweis nicht erbracht und eine Entscheidung nach Beweislastregeln angezeigt.

Freie richterliche Beweiswürdigung bedeutet **nicht Willkür**: Auch wenn sich „wegen der besonderen Kompliziertheit und Vielschichtigkeit eines Erkenntnisvorgangs und der hierfür ausschlaggebenden Komponenten nicht alles durch das Medium der Sprache vollständig mitteilen lässt“⁶⁰, kann doch nur durch größtmögliche **Offenlegung der Gedankengänge** eine Annäherung an das wissenschaftliche Erkenntnisideal der Falsifizierbarkeit (Widerlegbarkeit, **Prüfbarkeit**)⁶¹ erreicht werden. § 272 Abs 3 ZPO verpflichtet den Richter in der Begründung seiner Entscheidung die Umstände und Erwägungen anzugeben, die für seine Überzeugung maßgeblich waren.⁶² Gelingt es dem Richter nicht, deutlich zu machen, aus welchen Gründen er seiner Entscheidung gewisse Beweisergebnisse zu Grunde gelegt hat, anderen hingegen nicht gefolgt ist, liegt ein als **Verfahrensmangel** geltend zu machender Begründungsmangel vor, der im Fall seines Aufzeigens in einem Rechtsmittel zur Aufhebung der Entscheidung führt.⁶³ Finden sich im Urteil statt einer Beweiswürdigung überhaupt nur Leerformeln und offensichtliche **Scheinbegründungen**, liegt ein dem Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO gleichzuhaltender Verstoß vor.⁶⁴ In seiner Beweiswürdigung sollte der Richter aber nicht verhehlen, dass er oft einen logischen Sprung macht, indem er **das Wahrscheinliche und Plausible zur Wahrheit macht**, so dass selbst das wirklich Wahre nur dann Aussicht hat, im Urteil als wahr festgestellt zu werden, wenn es zugleich das Höchstwahrscheinliche ist.⁶⁵

Am Ende ist der Übergang von der richterlichen Wahrheitssuche zum sprachlich formulierten „**Wahrspruch**“ immer Sache eines Beschlusses, einer Entscheidung⁶⁶, bei der das Einzigartige, das Ausnahmeweise, das Seltene, das Zufällige Gefahr läuft, um sein Recht zu kommen⁶⁷. Das Zivilverfahren ist Wahrheitssuche und es ist durchaus möglich, dass viele Urteilsfeststellungen wahr sind. Aber auch wenn sie wahr sind, können wir das niemals sicher wissen. „Sollte einer auch einst die vollkommenste Wahrheit verkünden: Wissen könnt’ er das nicht, es ist alles durchwebt von Vermutung.“⁶⁸

⁶⁰ M. Bydlinski in *Fasching/Konecny*, ZPO² § 428 Rz 4.

⁶¹ Popper, *Logik der Forschung*⁸ (1984) 14 ff; Popper, *Ausgangspunkte*³ (1984) 52 ff.

⁶² Fucik, *Beweiswürdigung*, SV 1997/3, 24.

⁶³ Klauser/Kodek, JN-ZPO¹⁷ § 272 ZPO E 37; LGZ Wien 41 R 833/93.

⁶⁴ M. Bydlinski in *Fasching/Konecny*, ZPO² § 428 Rz 4; Klauser/Kodek, JN-ZPO¹⁷ § 272 ZPO E 33.

⁶⁵ Bauer, *10 Gebote für den Streitrichter* (1942) 38.

⁶⁶ Popper, *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, 50.

⁶⁷ Bauer, *10 Gebote für den Streitrichter*, 38.

⁶⁸ Karl Poppers Übersetzung eines ca. 2500 Jahre alten Spruchfragments des griechischen Philosophen und Dichters Xenophanes in *Popper*, *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, 50.

V) Bausteine des Bauprozesses

1) Die vorbereitende Tagsatzung

Nach rechtzeitiger Einbringung der Klagebeantwortung oder des Einspruchs hat der Richter die vorbereitende Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung gemäß § 257 Abs 1 ZPO so anzuberaumen, dass den Parteien von der Zustellung der Ladung an mindestens drei Wochen zur Vorbereitung bleiben. Sie können einander weitere **Behauptungen und Beweismittel** durch spätestens eine Woche vor der vorbereitenden Tagsatzung bei Gericht und beim Gegner einlangende vorbereitende Schriftsätze mitteilen. Am Beginn der vorbereitenden Tagsatzung tragen die Parteien (meist durch bloßen Verweis auf ihre Schriftsätze) ihre **Standpunkte** vor, ehe der Richter mit ihnen die **Tatfragen und Rechtsfragen** des Falls erörtert. Der Richter ist gemäß §§ 182, 182a ZPO für die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner **Entscheidungsgrundlagen** mitverantwortlich. Er ist zwar grundsätzlich an die Geständnisse („Außerstreitstellungen“) der Parteien gebunden, darf gemäß § 183 ZPO von Amts wegen alle Beweise aufnehmen, von denen er Aufklärung über erhebliche Tatsachen erwarten kann. Diese **diskretionäre Gewalt** ist nur durch den übereinstimmenden Widerspruch beider Parteien gegen die Heranziehung von Urkunden und Zeugen beschränkt (§ 183 Abs 2 ZPO). Ein übereinstimmender Widerspruch beider Parteien gegen Augenschein, Sachverständigenbeweis und Parteienvernehmung ist wirkungslos. Die vom Gesetz vorgesehene **aktive Verfahrensgestaltung durch den Richter** (als Leiter der „Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess“) setzt engagierte Richterpersönlichkeiten voraus, die den Akt genau studieren, sich auf die Verhandlung eingehend vorbereiten, entschlossfreudig sind und den Prozessablauf fest in der Hand haben. Neben der Verpflichtung zur Erforschung der „Wahrheit“ muss der Zivilrichter auch **auf die Parteien einwirken, ihrer Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht nachzukommen**. Hat eine Partei maßgebliche Gesichtspunkte erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten, muss der Richter gemäß § 182a ZPO diese Umstände mit der betreffenden Partei erörtern und ihr Gelegenheit zur Äußerung geben. Die damit verbundene **Zurückdrängung anwaltlicher Prozesstaktik** – die Bedeutung des von vornherein rechtlich versierten Parteienvertreters wird zugunsten des vom Richter im Rahmen des „Rechtsgesprächs“ aufgeklärten Parteienvertreters zurückgedrängt – nimmt der Gesetzgeber zur Verbesserung der Qualität der Entscheidungsfindung in Kauf.⁶⁹ An das Rechtsgespräch sollen sich gemäß § 258 Abs 1 Z 4 ZPO ein **Vergleichsversuch** sowie bei dessen Scheitern die Erörterung des weiteren Verlaufes des Prozesses und die Bekanntgabe des **Prozessprogramms** anschließen. Im Prozessprogramm sollen die Streitpunkte (aber auch die in Wahrheit nicht oder kaum umstrittenen Punkte) klar zum Ausdruck kommen und ein Prozessfahrplan erstellt werden, der die Weichen für den Ablauf des weiteren Erkenntnisverfahrens stellt. Der Richter hat die **umstrittenen Tatsachen**, über die Beweise aufzunehmen sind, und die hierfür vorgesehenen Beweismittel genau zu bezeichnen sowie den **Zeithorizont und die Reihenfolge der Beweisaufnahmen** zu bestimmen. Erachtet der Richter die Beiziehung eines Sachverständigen für erforderlich, hat er gemäß § 351 Abs 1 ZPO seine beabsichtigte Wahl zu erörtern; den Parteien steht (abgesehen von Ablehnungsgründen) kein Mitspracherecht bei der **Auswahl des Sachverständigen** zu.

2) Die Auswahl des Sachverständigen

Die Auswahl des Sachverständigen im Zivilprozess ist durch den Grundsatz der **freien richterlichen Beweiswürdigung** (§ 272 ZPO) geprägt. Dadurch soll (auch) der Tendenz

⁶⁹ Tanczos, Die Zivilverfahrens-Novelle 2002, SV 2003, 70.

einer Monopolisierung von Fachwissen bei einzelnen Berufsgruppen für das gerichtliche Sachverständigenwesen entgegengetreten werden. Für das Gericht muss der **freie Zugang zum Fachwissen** ohne Rücksicht auf die Interessen einzelner Berufe gesichert bleiben. Ob ein Sachverständiger, der die erforderliche Sachkunde für den konkreten Fall besitzt, nach der Eintragung in die Sachverständigenliste⁷⁰ zu einer gewissen Tätigkeit „befugt“ ist, ist für das Gerichtsverfahren nicht wesentlich. Zum Sachverständigen kann jede Person bestellt werden, die über besondere Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, wie immer sie diese erworben hat.⁷¹ Die **Zertifizierung für ein Fachgebiet** hat zwar Indizwirkung, weil § 351 Abs 1 ZPO den Richter in erster Linie auf die „öffentlich bestellten“ Sachverständigen verweist, doch kommt es vor allem auf das **Vertrauen des Richters in die persönliche Integrität, die Unparteilichkeit und die fachliche Qualifikation** des Sachverständigen an, weshalb die Auswahl des Sachverständigen als Ermessensentscheidung an keine konkreten gesetzlichen Vorgaben gebunden werden kann.⁷² Die Beurteilung, ob ein Sachverständigengutachten zur Feststellung eines bestimmten Sachverhalts ausreicht oder ob zusätzliche Erhebungen (etwa durch einen **zweiten Gutachter**) erforderlich sind, ist ein Akt der Beweiswürdigung, weshalb auch die Abweisung eines Antrages auf Beiziehung eines zweiten Sachverständigen ein Akt der freien Beweiswürdigung ist.⁷³ Hält der Richter ein von ihm bestelltes Gutachten für ungenügend, kann er ein weiteres einholen und sich in seinem Urteil ohne Ergänzung des Erstgutachtens auf das Zweitgutachten stützen.⁷⁴ Ausgehend davon, dass der Sachverständige dem Richter jenes Fachwissen verschafft, das er selbst nicht besitzt, kann jenseits der Wissensgrenze des Richters nur dieses Vertrauen die für den Beweis notwendige richterliche Überzeugung von der Richtigkeit des Gutachtens vermitteln.⁷⁵ Die **Beurteilung, ob ein Sachverständiger über die nötigen Fachkenntnisse verfügt**, ist demnach ebenfalls eine Frage der Beweiswürdigung.⁷⁶

Aus diesem Grund erfolgt die Sachverständigenbestellung immer von Amts wegen, ohne dass den Parteien (abgesehen von Ablehnungsgründen) ein Mitspracherecht bei der Auswahl der sachverständigen Person zustünde. Der in § 351 ZPO vorgesehene **Anhörung der Parteien vor Bestellung einer konkreten Person zum Sachverständigen** kommt keine besondere Bedeutung zu, weil ihre Unterlassung keinen Verfahrensmangel bildet.⁷⁷

Bei **Zweifeln an seiner Kompetenz** für Teile des Gutachtensauftrags hat der Sachverständige den Richter zu informieren und ihm zumindest nach den Standesregeln des Hauptverbandes des Gerichtssachverständigen⁷⁸ die Bestellung eines weiteren Sachverständigen vorzuschlagen. Nicht zuletzt aufgrund des für die Beweiswürdigung notwendigen Vertrauens des Richters in die Sachkunde und in die persönliche Integrität des Sachverständigen trifft ihn gerade im Gerichtsverfahren die **Pflicht zur persönlichen Gutachtenserstattung**. Die bloße Sanktionierung der unkontrollierten, selbstständigen Arbeit von anderen Personen durch Unterfertigung als gerichtlich bestellter Sachverständiger ist nicht nur nach den Standesregeln⁷⁹ unstatthaft, sie kann auch als Inkompetenz aufgefasst werden, entzieht der

⁷⁰ § 2 Abs 1 Sachverständigen- und Dolmetschergesetz (SDG).

⁷¹ OLG Wien 12 R 104/99y; Vgl. § 353 ZPO.

⁷² 2 Ob 8/06z; 5 Ob 1006/92; RIS-Justiz RS0040578; RS0040566; RS0040607.

⁷³ 3 Ob 68/14t; RIS-Justiz RS0097380; RS0040586; RS0097433; RS0043163.

⁷⁴ 6 Ob 4/09w; RIS-Justiz RS0040588.

⁷⁵ Schiller, Richter-Sachverständiger, Rechte-Pflichten, SV 1996/4, 3.

⁷⁶ 3 Ob 230/11m; RIS-Justiz RS0098078.

⁷⁷ 5 Ob 1006/92; 7 Ob 682/83; RIS-Justiz RS0040631; OLG Wien 12 R 104/99y; aA OLG Wien 17 R 139/00m.

⁷⁸ Punkt 2.2 der Standesregeln des Hauptverbandes der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs.

⁷⁹ Punkt 2.6 der Standesregeln des Hauptverbandes der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs.

bestellte Sachverständige dadurch dem Richter seine spezifischen Sachkenntnisse doch genau so, als hätte er diese Kenntnisse gar nicht.

Nimmt der Sachverständige in einem frühen Verfahrensstadium an einer parteiöffentlichen Verhandlung teil, können alle Beteiligten seine **Persönlichkeit und fachliche Qualifikation auf die Probe stellen**. So kann der Richter dafür sorgen, dass die Parteien „ihren“ Prozess unmittelbarer erleben und (mit-)gestalten, wodurch mancher aus Misstrauen, Unverständnis und Missverständnis resultierender, für die Entscheidung in der Sache nutzlose Streit um den gerichtlich bestellten Sachverständigen gar nicht aufkommen kann.

3) Der Auftrag an den Sachverständigen

a) Gemeinsame Auftragsformulierung

In komplexeren Fällen empfiehlt es sich, nicht nur den Sachverständigen – zur Erarbeitung einer aussagekräftigen Befundgrundlage für die Gutachtenserstattung – im Rahmen der mündlichen Streitverhandlung an der Befragung von Parteien und Zeugen mitwirken zu lassen, sondern schon im Rahmen der vorbereitenden Tagsatzung mit den Parteien und dem Sachverständigen eine **Strategiebesprechung** abzuhalten.

Dadurch können unter Zuhilfenahme des Expertenwissens des Sachverständigen

- die Tatsachenbehauptungen der Parteien präzisiert werden,
- relevante Fragen der Parteien schon im Gutachten (und nicht erst in der mündlichen Gutachtenserörterung) beantwortet werden,
- Zweifel des Sachverständigen über Umfang und Inhalt seines Auftrages beseitigt werden.

Bei der Beweisaufnahme ist es die Aufgabe des Sachverständigen, aufgrund seiner Fachkenntnisse jene **Methode** auszuwählen, die sich zur Erfüllung des Auftrages am besten eignet. Andernfalls verhindert das Gericht, dem es an der notwendigen Fachkunde mangelt, die Fruchtbarmachung spezifischen Expertenwissens. Das Gericht hat daher dem Sachverständigen die anzuwendende Methode im Allgemeinen nicht vorzuschreiben, gehört doch die **Methodenwahl zum Kern der Sachverständigentätigkeit** (5 Ob 206/10w; RIS-Justiz RS0119439). Mit dem **prozessualen Know-how des Richters und der Expertenmeinung des Sachverständigen** können die Tatsachenbehauptungen der Parteien präzisiert, relevante Fragen der Parteien schon im Gutachten (und nicht erst in der mündlichen Gutachtenserörterung) beantwortet, weitere Termine koordiniert und Zweifel des Sachverständigen über Umfang und Inhalt seines Auftrages beseitigt werden.

In der vorbereitenden Tagsatzung (§ 258 ZPO), dem ersten Teil der mündlichen Streitverhandlung, soll der Richter das Prozessthema mit den „**informierten Personen**“ (§ 258 Abs 2 ZPO) so deutlich und umfassend erörtern, dass jede Partei die bis dahin (nur) für den Richter rechtlich relevanten Gesichtspunkte kennen lernt und Gelegenheit erhält, dazu ein für ihren Prozessstandpunkt günstiges Vorbringen zu erstatten.

Nachdem sie zuvor auf Basis der **Schriftsätze** der Parteien (die wie ein Milchglas den Blick auf die Wirklichkeit trüben können) und der damit vorgelegten **Urkunden** Arbeitshypothesen aufgestellt haben, können der Richter und der Sachverständige in dieser noch nicht durch Beweisaufnahmen und Festlegungen belasteten **Atmosphäre des runden Tisches** manchen Streitpunkt zwanglos – etwa durch ein kurzes **ad hoc Gutachten** des Sachverständigen – beseitigen und **entwaffnend ehrliche Sachverhaltsdarstellungen** der Parteien und der

wichtigsten Zeugen erfahren. Sollte sich dabei das anwaltliche Tatsachenvorbringen als unwahr herausstellen, kann es noch ohne Gesichtsverlust für den Rechtsanwalt und ohne für die betroffene Partei nachteilige richterliche Beweiswürdigung (§ 272 Abs 1 ZPO) richtiggestellt werden. Um aus diesem Gespräch, an dem Experten und Interessenvertreter teilnehmen, eine lebendige Diskussion mit verwertbaren Ergebnissen zu machen, muss der **Richter Moderator, Mediator und Entscheidungsträger** sein – „ein trockener lederner Patron wird keine fruchtbringende Erörterung zu Wege bringen.“⁸⁰. Dass durch das Reden „die Leut´ zusammenkommen“ – die ZPO betont das **Mündlichkeitsprinzip**⁸¹ - und konstruktiver an der Konfliktlösung arbeiten, ist ein willkommener Nebeneffekt.

b) Anpassung des Auftrages an die Verfahrensergebnisse

Sind jene Tatsachen, an die das Gutachten des Sachverständigen anknüpfen soll, noch ungeklärt und lassen sie sich allein durch eine Befundaufnahme des Sachverständigen nicht klären, muss der Richter zunächst Zeugen und Parteien vernehmen und durch diese Beweisergebnisse eine Befundgrundlage für den Sachverständigen schaffen. Kommen aufgrund divergierender Aussagen der Parteien und Zeugen **mehrere Sachverhaltsvarianten** in Betracht, muss eine Entscheidung getroffen werden, ob der Sachverständige sein **Gutachten auf Basis einer Sachverhaltsvariante** oder für jede Variante ein gesondertes Gutachten erstatten soll. Gemäß § 404a Abs 3 der deutschen ZPO bestimmt der Richter bei streitigem Sachverhalt, welche Tatsachen der Sachverständige der Begutachtung zugrunde legen soll. Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, gilt das auch für den österreichischen Zivilprozess. Diese **das Verfahren leitende Entscheidung** darf der Richter weder dem Sachverständigen noch den Parteienvertretern überlassen. Wenngleich auch die richterliche Entscheidung für ein Gutachten auf Basis einer Variante nur eine vorläufige (vorbehaltlich anderer Beweisergebnisse) sein kann, liegt die darin enthaltene **Beweise würdige Komponente** auf der Hand, sodass eine Delegation an den Sachverständigen oder an die Rechtsanwälte nicht nur unzulässig (Beweiswürdigung ist Richtersache), sondern auch extrem **konfliktträchtig** ist.

Beispiel: Die beiden an der Errichtung eines mangelhaften Flachdachs (dessen Mängel waren die Ursache des Feuchtigkeitseintritts) beteiligten Bauunternehmer A und B schildern als Zeugen die Bauphase in einem für den jeweils anderen schlechten Licht. Der gerichtlich bestellte Sachverständige legt seiner Analyse **nur** die Aussage des Zeugen A zu Grunde, weil er B für einen Lügner hält.

Als gerichtliches Hilfsorgan darf der **Sachverständige dem Richter bei der Beweiswürdigung zur Seite stehen**, indem er zu ad hoc Anfragen des Richters schon anlässlich der Einvernahme von Parteien und Zeugen sachverständige Stellungnahmen abgibt, die in Wahrheit kleine Gutachten sind. Gibt ihm der Richter außerdem in der Tagsatzung gemäß § 289 Abs 1 ZPO Gelegenheit, selbst **fachkundige Fragen an die Parteien und Zeugen** zu stellen, auf die der Richter mangels Fachkunde gar nicht käme, kann sich der Sachverständige in **ständigem Kontakt mit seinem richterlichen Auftraggeber und den Parteienvertretern** in einer kontradiktorischen, das rechtliche Gehör und die sonstigen Parteien- und Zeugenrechte währenden Streitverhandlung durch Mitwirkungshandlungen (§ 359 Abs 2 ZPO) von Parteien und Zeugen jenes **Befundmaterial verschaffen**, das er als Basis für sein Gutachten benötigt. Er kann die **Irrelevanz anwaltlicher Fragen offenlegen**

⁸⁰ Bauer, Zehn Gebote für den Streitrichter (1942), 25.

⁸¹ RIS-Justiz RS0120713.

(„Wie immer man diese Frage beantwortet, das Gutachten kann sich dadurch nicht ändern“) und nach der Einvernahme der Zeugen und Parteien noch in der Tagsatzung an der dadurch erforderlich gewordenen Adaptierung des Gutachtensauftrages mitwirken. Das erleichtert dem Richter und den Parteien, frühzeitig den **Prozessstoff zu sichten und irrelevante Beweisaufnahmen zu vermeiden.**

Beispiel: In der öffentlichen Verhandlung versucht ein Architekt als „Experte im Zeugenstand“ – um die **Wahrheit zu verschleiern** - dem damit etwas **überforderten Richter** tiefgründige und geheimnisvolle Tatsachen auf besonders umständliche Weise in seinem Fachchinesisch mitzuteilen, die in allgemein verständlicher Sprache für den (interessierten) Laien schnell begreifbar, überprüfbar und protokollierbar wären. Soll der neben dem Richter sitzende Gerichtssachverständige, der in wenigen Sätzen alles verständlich machen und alle Unwahrheiten aufdecken könnte, **ungefragt dem Richter zu Hilfe eilen?**

Gerade in komplexen Verfahren bietet sich die Gelegenheit, auf Basis von **fundierte Rechtsansichten** den **Streit auf die wesentlichen Punkte zu beschränken** (§ 189 Abs 1 ZPO), nachdem sich Richter, Sachverständige und Parteien zuvor intensiv mit der Behauptungs-, der Beweis- und der Rechtslage befasst haben. Richterliche Urteilskraft äußert sich in der Fähigkeit und im Willen zur **Reduktion von (oft scheinbarer) Komplexität** und zur Zuspitzung der breit dargelegten Standpunkte auf wenige **mündlich vermittelbare Argumente**. Die Kunst des Richtens ist eine Kunst des Analysierens. Da ein erheblicher Bestand an Rechtsansichten für den Richter berufsnotwendig ist, kann niemand erwarten, dass er meinungslos an die Entscheidung einer Sache herangeht. Die Äußerung einer **rechtlichen Arbeitshypothese im Gutachtensauftrag** kann kein Grund sein, an seiner Unbefangenheit zu zweifeln.

c) Gibt es einen „Subauftrag“?

Abschreckendes Beispiel: In einem Zivilprozess um den Werklohn für ein Gebäude mit Mängeln im Flachdach bestellt der Richter einen Architekten mit folgendem Zusatz zum Sachverständigen: „Die erforderlichen **Subsachverständigen** mögen im **eigenen Wirkungsbereich** beigezogen werden.“

Der Architekt lässt die Dachfolie von einem Kunststofftechniker überprüfen; die Parteien weigern sich, die hierfür entstandenen Kosten zu übernehmen.

Die Auswahl und Bestellung von Hilfs- oder Subgutachtern ist **dem Richter vorbehalten**; ihre Einbeziehung in das Gerichtsverfahren durch den bestellten gerichtlichen Sachverständigen entspricht nicht dem Gesetz.⁸² Ermächtigt das Gericht den bestellten Sachverständigen, einen „Subgutachter“ beizuziehen, der als Grundlage für die Beantwortung der dem Sachverständigen vorgelegten Fragen Befund und Gutachten auf einem **anderen** Fachgebiet erstatten soll, ohne diesen „Subgutachter“ mit Beschluss zu bestellen, liegt darin ein Verstoß gegen die **richterliche Bestellungspflicht** des § 351 Abs 1 ZPO. Der Vertrag zwischen dem gerichtlich bestellten Sachverständigen und dem Subgutachter kann **kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis** begründen und der Subgutachter kann daraus **keinen Gebührenanspruch gegen die Republik Österreich** ableiten.⁸³

⁸² OLG Graz 8 Rs 85/89 SV 1990/3, 23; aA OLG Wien 34 Rs 125/90 SV 1990/3, 21.

⁸³ OLG Wien 16 R 73/96i SV 1996/3, 28.

Nicht zuletzt aufgrund des notwendigen Vertrauens des Richters in die Fachkunde und in die persönliche Integrität des Sachverständigen trifft ihn die Pflicht zur persönlichen Gutachtenserstattung. Der Sachverständige darf aber **Hilfskräfte** beiziehen, die unter seiner fachlichen Anleitung arbeiten und kein abgesondert als Gutachten verwertbares Ergebnis produzieren. Die Verwendung derartiger Hilfskräfte ist schon deshalb nicht rechtswidrig, weil im Gebührenanspruchsgesetz für sie eine Entlohnung vorgesehen ist.⁸⁴

4) Mitwirkungshandlungen (Aussagen, Vorlage von Urkunden und Augenscheinsgegenständen) der Parteien und „dritter Personen“ (§ 359 Abs 2 ZPO)

§ 359 Abs 2 ZPO normiert: „Benötigt der Sachverständige die **Mitwirkung der Parteien oder dritter Personen** und wird ihm diese auf seine **Aufforderung** nicht unverzüglich geleistet, so hat der Sachverständige dies dem Gericht unter genauer Auflistung der erforderlichen Mitwirkungshandlungen und der entgegenstehenden Hindernisse mitzuteilen. Das **Gericht** hat sodann, mit abgesondert nicht anfechtbarem Beschluss, **den Parteien das Erforderliche aufzutragen** und ihnen hiefür eine angemessene Frist zu setzen. Dieser Zeitraum ist in die dem Sachverständigen für die Begutachtung gesetzte Frist nicht einzurechnen. Kommen die Parteien der Aufforderung des Gerichts nicht fristgerecht nach, so hat der Sachverständige sein **Gutachten ohne Berücksichtigung des Fehlenden** zu erstatten. Werden die fehlenden Informationen noch vor Ausarbeitung des Gutachtens nachgebracht, so hat sie der Sachverständige sogleich zu berücksichtigen, ansonsten hat er ein **Ergänzungsgutachten** zu erstatten. Die Kosten dieses Gutachtens tragen unabhängig vom Verfahrensausgang die säumigen Parteien zur ungeteilten Hand.“

Während der Sachverständige dem Gericht Erfahrungssätze und Fachwissen vermittelt, teilen **Zeugen** dem Gericht nur ihre **sinnlichen Wahrnehmungen** von Tatsachen mit (sie sollen diese Tatsachen weder beurteilen noch daraus Schlüsse ziehen). Der Zeuge ist für das Gericht **als Erkenntnisquelle unersetzbar** (seine subjektiven Wahrnehmungen kann kein anderer gemacht haben), während das Fachwissen des Sachverständigen nur durch andere Sachkundige beigebracht werden kann. Daraus folgt auch, dass ein gerichtlich eingeholtes Sachverständigengutachten nie durch Zeugen (und seien sie noch so „sachverständig“), sondern **nur durch andere gerichtlich bestellte Sachverständige widerlegt** werden kann.⁸⁵

Der **sachverständige Zeuge** (§ 350 ZPO) ist eine Person mit besonderer Sachkunde (die daher als Sachverständiger bestellt werden könnte), die für den Zivilprozess erhebliche Tatsachen wahrnehmen konnte, ohne zu diesem Zweck bereits vom Gericht als Sachverständiger bestellt worden zu sein. Der sachverständige Zeuge darf seine Sachkunde nur als Erkenntnisquelle für die von ihm wahrgenommenen vergangenen Tatsachen benützen, **aber keine Bewertungen vornehmen und keine Schlussfolgerungen daraus ziehen**.⁸⁶

5) Augenschein („Befund-Tagsatzung“) oder Befundaufnahme?

Der gerichtliche Augenschein ist die **unmittelbare Sinneswahrnehmung des Richters** von Personen und Sachen im Zuge oder aus Anlass eines Rechtsstreits. Seine Ergebnisse sind nur dann verlässlich, wenn der Richter das Wahrgenommene in vollem Umfang feststellen und

⁸⁴ LGZ Wien 43 R 586/79 EFSlg 34.415.

⁸⁵ RIS-Justiz RS0040598.

⁸⁶ RIS-Justiz RS0040558.

auswerten kann, was ihm oft ohne besonderes Fachwissen nicht gelingen wird. Aus diesem Grund erfolgt der Augenschein entweder unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Tagsatzung (dann bleibt er **gerichtlicher Augenschein** [§ 368 Abs 1 ZPO]) oder in Abwesenheit des Richters allein durch den Sachverständigen; dann ist er ein echter Sachverständigenbeweis (**Befundaufnahme** [§ 362 ZPO]). Das ändert aber nichts daran, dass die Tatsachenfeststellung Sache des Richters bleibt, der im Rahmen seiner freien **Beweiswürdigung** auf Basis anderer Beweisergebnisse (insbesondere auf Basis des **Befundes** eines anderen von ihm bestellten Sachverständigen) zu einem abweichenden Urteilssachverhalt kommen kann.

Gibt der Richter dem Sachverständigen in der Tagsatzung gemäß § 289 Abs 1 ZPO Gelegenheit, **fachkundige Fragen an Parteien und Zeugen** zu stellen, auf die der Richter mangels Fachkunde gar nicht käme, kann sich der Sachverständige in **ständigem Kontakt mit seinem richterlichen Auftraggeber** und den Parteienvertretern in einer kontradiktorischen, das rechtliche Gehör und die sonstigen Parteien- und Zeugenrechte während der Streitverhandlung durch Mitwirkungshandlungen (§ 359 Abs 2 ZPO) von Parteien und Zeugen jenes **Befundmaterial verschaffen**, das er als Basis für sein Gutachten benötigt.

6) Beweissicherung durch den Sachverständigen

Wenn ein **Beweismittel** durch Einflüsse außerhalb der Sphäre des Beweisführers **objektiv gefährdet** erscheint (§ 384 Abs 1 ZPO) – die Brandruine droht einzustürzen - oder wenn der Beweisführer ein **rechtliches Interesse** an der Feststellung des **gegenwärtigen Zustandes** einer Sache hat (§ 384 Abs 2 ZPO) – die Behörde ordnet im öffentlichen Interesse die sofortige Sanierung des mangelhaften Kamins an - , kann der Richter als vorbeugende Rechtsschutzhandlung vor oder während des Prozesses die „**vorsorgliche**“ **Befundaufnahme** durch einen Sachverständigen anordnen.

Der Beweisführer hat das **Beweisthema und das Beweismittel** zu nennen - er kann auch einen bestimmten Sachverständigen vorschlagen (§ 385 Abs 1 ZPO) - ; ein mangels genau bezeichneter Tatsachen auf einen **Erkundungsbeweis** hinauslaufender Beweissicherungsantrag ist **unzulässig**.⁸⁷

Der Richter hat in seinem Beschluss die zu befundenden Tatsachen zu nennen, den Sachverständigen zu bestellen und die zum Vollzug der Befundaufnahme nötigen Anordnungen zu treffen (§ 386 Abs 3 ZPO). Der dem Beweissicherungsantrag stattgebende Beschluss, vor dessen Erlassung der Richter den Gegner des Beweisführers (außer bei Gefahr im Verzug) vernehmen soll (§ 386 Abs 1 ZPO), ist gemäß § 386 Abs 4 ZPO **unanfechtbar**.⁸⁸

Im **Hauptprozess** hat der Richter die **unterlassene Verständigung des Gegners** im Beweissicherungsverfahren gemäß § 272 ZPO frei zu würdigen.⁸⁹ Die Erstattung eines **Gutachtens ist im Beweissicherungsverfahren ausgeschlossen**; ein dennoch – im richterlichen Auftrag – erstattetes Gutachten soll im Hauptprozess „unbeachtlich“ sein.⁹⁰

⁸⁷ LGZ Wien EFSlg 8924.

⁸⁸ 6 Ob 252/10t.

⁸⁹ 8 Ob 93/10z.

⁹⁰ 7 Ob 120/03z.

7) Das Gutachten

a) Gerichtsgutachten

Der (manchmal mit Hilfe des Sachverständigen adaptierte) **Auftrag** des Richters setzt den Rahmen, innerhalb dessen der Sachverständige das Objekt der Begutachtung unter **Verwertung anderer Beweismittel** (Augenscheinsgegenstände, Urkunden, Aussagen von Parteien, Zeugen und anderen Sachverständigen) mittels **offen gelegter Methoden** (meist Normen, Lehrmeinungen und Erfahrungen) einer **Beschreibung und Bewertung** unterzieht. Mit seinem Fach- und Erfahrungswissen zieht der Sachverständige aus dem Befund **Schlussfolgerungen**.

Stützt sich ein gerichtlich bestelltes Gutachten auf keinen **Befund** oder enthält es keine **Ableitung** aus dem Befund mit einer nachvollziehbaren **Methode**, ist es mit den (oft zitierten) „Denkgesetzen und Lebenserfahrungen“ unüberprüfbar und daher als Beweismittel unbrauchbar. Der Richter darf sich die Entscheidung nicht vom Sachverständigen abnehmen lassen und die Parteien sollen sein Urteil verstehen, daher muss das Gutachten – jedenfalls aber seine **Zusammenfassung** - in einer dem Richter und den Parteien **verständlichen Sprache** formuliert sein.

Nachvollziehbar ist ein Gutachten, wenn ein Laie die Entwicklung der Gedanken des Sachverständigen im Gutachten verstehen und zuordnen kann. **Nachprüfbar** ist es, wenn ein Fachmann den Inhalt und die Ansätze bis ins Detail überprüfen kann.

Argumentieren ist dabei eine fundamentale Tätigkeit des Sachverständigen: Er versucht **mit den Mitteln der Sprache, den Richter für seine Thesen zu gewinnen**. Seine Argumentation ist schlüssig, wenn sie die Wahrheit der These garantiert, wenn alle Argumente wahr sind und die These logisch aus den Argumenten folgt. Dadurch und nicht durch die persönliche Autorität des Gutachters gewinnt die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft.

Da der Richter bei der Wahrheitsfindung **dem Gutachten** des ihm fachlich weit überlegenen Sachverständigen oft **ausgeliefert** ist, weil ihm das Wissen zur Deutung dieses Beweisergebnisses fehlt und er weder die Wahrheit der Argumente noch die Ableitung der These aus den Argumenten überprüfen kann, kommt es vor, dass logisch unkorrekte, aber psychologisch wirksame Argumentationen des Sachverständigen den Richter überzeugen. So wie sich selbst muss der Richter daher auch den Gerichtssachverständigen zu für jedermann nachvollziehbaren und für den Experten auch nachprüfbaren Aussagen zwingen, um zu verhindern, dass **subjektive Vermutungen zunächst zur Gewissheit, danach zur richterlichen Überzeugung und schließlich zum Beweis werden**, ohne dass objektiv etwas bewiesen wäre.

Bei logischer Betrachtung ist der schwerste Vorwurf an einen Sachverständigen, dass sein **Gutachten Widersprüche enthält**. Der Nachweis eines inneren Widerspruchs oder dessen **Herbeiführung durch geschickte Fragestellung** ist daher ein Standardinstrument anwaltlicher Kritik am Sachverständigen. Wenn der Richter Tendenzen zeigt, einem psychologisch wirksamen, aber unschlüssigen Gutachten zu folgen, wird man es dem Rechtsanwalt nicht verübeln können, dass er subversiv argumentiert und versucht, die **Glaubwürdigkeit des Sachverständigen zu untergraben**: Was ohne Argumente geglaubt wird, kann auch niemand mit Argumenten widerlegen. Selbst der Verfassungsgerichtshof hat

die Meinung vertreten, dass in einem fairen Verfahren die Parteien gegen einen Sachverständigen nötigenfalls **polemisieren** dürfen.⁹¹

Erst der Diskurs, das Streitgespräch – im Gerichtsverfahren setzt es sich aus **Tatsachenbehauptungen, Beweisaufnahmen, Erörterung der Beweisergebnisse und der richterlichen Beweiswürdigung** zusammen – erzeugt jene Wirklichkeit, die sich als Sachverhalts(re)konstruktion (**Feststellungen**) im Urteil findet. Urteilsfeststellungen sind das Ergebnis menschlicher Kommunikation und nicht der Widerschein einer objektiven Wahrheit. Am Ende ist der **Übergang von der richterlichen Wahrheitssuche zum sprachlich formulierten Wahrspruch** immer Sache eines Beschlusses, einer Entscheidung, bei der gerade das Einzigartige, das Seltene, das Zufällige Gefahr läuft, um sein Recht zu kommen. Das Gerichtsverfahren ist Wahrheitssuche; und es ist durchaus möglich, dass viele Urteilsfeststellungen wahr sind. Aber auch wenn sie wahr sind, können wir das niemals sicher wissen.

b) Fachwissen – rechtliche Beurteilung

Erst wenn die Tatsachen (der Sachverhalt) feststehen, kann die Rechtsfrage gelöst werden. Das Sachverständigengutachten trägt zur Lösung der Tatfrage bei; **rechtliche Beurteilungen sind dem Sachverständigen verwehrt**. Finden sie sich in einem Gutachten, sind sie **unbeachtlich**.

Beispiel: Der Richter trägt einem erfahrenen Sachverständigen auf, ein Gutachten darüber zu erstatten, ob einem Bauunternehmer „bei der Abwicklung des Bauvorhabens **haftungsbegründende Fehlleistungen** im Bereich des Flachdachs unterlaufen sind“. Der Sachverständige ersucht den Richter, ihm einen auf **konkrete Tatfragen** beschränkten Auftrag zu erteilen. Er könne ja den rechtlichen Diskussionen mit den Parteienvertretern nicht standhalten. Der Richter beruhigt den Sachverständigen mit den Worten: „Herr Baurat, Sie verstehen von diesem Rechtsgebiet doch mehr als alle in diesem Prozess tätigen Juristen zusammen!“

In Grenzfällen und bei „gemischten“ (Tat- und Rechts-) Fragen soll der Richter dem Sachverständigen **schon im Gutachtensauftrag** den einem Beweis zugänglichen **Tatsachenkern herauschälen** und dabei alle (pseudo-)rechtlichen Begriffe (wie „haftungsbegründende Fehlleistungen“) vermeiden.

c) Fachwissen - Beweiswürdigung

Beweisen ist die Tätigkeit, die dem Richter die **Überzeugung von der Wahrheit** oder Unwahrheit des von den Parteien behaupteten Sachverhalts **vermittelt**. Der Richter hat gemäß § 272 Abs 1 ZPO unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten ist oder nicht. § 272 Abs 3 ZPO verpflichtet den Richter in der Begründung seiner Entscheidung die Umstände und Erwägungen anzugeben, die für seine Überzeugung maßgeblich waren. „Beweisen“ bedeutet nicht absolute Gewissheit, der Beweis ist schon dann erbracht, wenn ein so hoher Grad an Überzeugung erreicht ist, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt.

⁹¹ VfGH B 616/85 JBl 1987, 511.

Widersprüchliche Beweisergebnisse sind nicht Hindernis, sondern Ausgangspunkt eingehender Beweiswürdigung. Nur dann, wenn für mehrere Sachverhaltsvarianten beinahe gleich viel spricht, ist der Beweis nicht erbracht und eine Entscheidung nach Beweislastregeln angezeigt.

Befund und Gutachten des Sachverständigen unterliegen der freien Beweiswürdigung des Richters (§ 272 Abs 1 ZPO). Damit der Richter, dem bei Sachverständigengutachten fast immer das nötige **Wissen zur Deutung** von Beweisergebnissen fehlt, dem Gutachten des ihm fachlich weit überlegenen Sachverständigen nicht vollkommen ausgeliefert ist, muss das Gutachten zumindest nachvollziehbar und nachprüfbar sein.

Beispiel: In einem zivilrechtlichen Schadenersatzprozess nach einem Feuchtigkeitsschaden, der von einem Flachdach ausging, bestellt der Richter gemäß § 362 Abs 2 ZPO **zum selben Beweisthema zwei Sachverständige**. Ein Gutachter kommt zum Ergebnis, der beklagte Bauunternehmer habe das Flachdach nach dem Stand der Technik errichtet, der andere Gutachter kommt zum Schluss, der beklagte Bauunternehmer durch unvollständige Abdichtung den Schaden verursacht. Wie soll der Richter entscheiden?

d) Mündliches und schriftliches Gutachten

Im Sinne des Unmittelbarkeitsgrundsatzes hat der Sachverständige Befund und Gutachten **grundsätzlich mündlich** zu erstatten, doch erlaubt § 357 Abs 1 ZPO **aus Praktikabilitätsgründen auch die schriftliche Begutachtung**, die bei umfangreichen Befundaufnahmen und aufwändigen wissenschaftlichen Untersuchungen unumgänglich ist. Die Parteien sind vom Einlangen des schriftlichen Gutachtens gemäß § 360 Abs 2 ZPO in Kenntnis zu setzen; in der Praxis wird ihnen eine **Kopie des Gutachtens** **zugestellt**. Die Verwertung des schriftlichen Gutachtens im Urteil ohne Verständigung der Parteien verwirklicht einen Nichtigkeitsgrund.⁹²

Mündliche Gutachten machen tendenziell einen kurzen Prozess: Als Prototyp kann die zivilprozessuale **Verkehrsunfallrekonstruktion** gelten, die – nach einem Schriftsatzwechsel – den Vortrag der Parteien, die Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens, den Vergleichsversuch, die Bekanntgabe des Prozessprogramms, die Vorlage der Urkunden, die Einvernahme der Parteien und Zeugen im Rahmen eines Ortsaugenscheins, die Befundaufnahme, die mündliche Gutachtenserstattung durch den Sachverständigen und die Gutachtenserörterung, schließlich die Urteilsverkündung und Urteilsbegründung in 90 Minuten zu Wege bringt. Dieser beschleunigte Zivilprozess ist nicht mit besonders einfachen Tat- und Rechtsfragen des Verkehrsunfalls, sondern eher damit zu erklären, dass sich - wohl auch unter dem Kostendruck der Haftpflichtversicherer -Konventionen (Terminkoordination mit dem Sachverständigen, Stelligmachen von Zeugen, Beschränkung auf die wesentlichen Streitpunkte, Akzeptanz der Anwendung des § 273 ZPO) herausgebildet haben, die einen langen Zivilprozess nicht opportun erscheinen lassen.

Dagegen scheint es in **Zivilprozessen um Bauwerke oder Industrieanlagen** mit ihren ausufernden schriftlichen **Fragenkatalogen** (in denen gerne neue Tatsachenbehauptungen versteckt werden) und zahlreichen **schriftlichen Ergänzungsgutachten** zur Strategie zu gehören, „Kampfhandlungen, die schon längst hätten geschehen sollen, nachzutragen, und den Kampf um Streitpunkte, die schon erledigt schienen, wieder auflodern zu lassen, um so

⁹² 9 ObA 237/02x.

eine heillose Unordnung in das Schlachtgetümmel zu bringen“⁹³. Wer durch mündliche Begutachtung einen kurzen Bauprozess machen will, wird sich aber der Einsicht nicht verschließen können, dass **die Dauer und die Fairness eines Zivilprozesses in einem Spannungsverhältnis** stehen. Erstattet der Sachverständige Befund und Gutachten mündlich – vielleicht sogar unmittelbar in das ihm **vom Richter überlassene Diktiergerät** –, werden die fachlich und in der Beherrschung der Fachsprache dem Sachverständigen deutlich unterlegenen Rechtsanwälte unter einen **fragwürdigen Zeit- und Argumentationsdruck** gesetzt. Sie können die Prämissen und die Schlussfolgerungen des Sachverständigen weder selbst überprüfen noch durch ihre Experten (Privatgutachter) überprüfen lassen und damit ihr Fragerecht nicht wirksam ausüben. Da in diesem Fall **Gutachtenserstattung und Gutachtenserörterung zeitlich zusammenfallen**, droht der **Schluss der mündlichen Streitverhandlung** und damit der Ausschluss von weiteren Fragen, Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen, ehe ein Privatgutachter Fehler des Befundes und des Gutachtens aufzeigen kann. Dadurch wird faktisch die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO) verhindert, ohne dass die Parteien daraus einen rechtlich relevanten Verfahrensmangel ableiten können.

e) showdown – die Erörterung des Gutachtens

Gemäß § 357 Satz 2 ZPO ist der Sachverständige im **Zivilprozess** verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten **mündliche Aufklärungen** zu geben oder das Gutachten in der mündlichen Verhandlung zu erläutern. Mancher gerichtlich bestellte Gutachter erlebt die mündliche **Gutachtenserörterung als überflüssigen und unfairen Angriff auf seine fachliche Qualifikation und auf seine persönliche Integrität**, hat er doch schon ein perfektes schriftliches Gutachten vorgelegt.

Beispiel: Der Sachverständige hat „zur Vorbereitung auf die **mündliche Gutachtenserörterung**“ umfangreiche schriftliche Fragenkataloge der Parteien **schriftlich** beantwortet. Diesen Text (30 DIN-A4-Seiten) hat er dem Richter mehrere Tage vor der Tagsatzung ausgefolgt. Am Beginn der Erörterung in der Tagsatzung folgt der Sachverständige seinen Text auch den Parteien mit der Bemerkung aus, nun seien alle Fragen beantwortet. Auf alle Fragen während der Tagsatzung antwortet der Sachverständige: „Lesen sie zu Hause in aller Ruhe meinen Text, sie werden darin die Antwort finden.“

Die Parteien haben das Recht dem Sachverständigen die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendigen **Fragen** zu stellen; sie müssen in ihrem Antrag nicht jene Fragen nennen, die sie an den Sachverständigen in der Tagsatzung zu stellen beabsichtigen.⁹⁴ Wird die mündliche **Erörterung** des schriftlichen, den Parteien zugestellten Gutachtens **trotz des Antrages einer Partei unterlassen**⁹⁵, begründet dies einen Verfahrensmangel, wenn der Rechtsmittelwerber in seinem Rechtsmittel dartun kann, welche ergänzenden Fragen er noch zu stellen gehabt hätte und inwieweit durch eine mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens allenfalls ein anderes Verfahrensergebnis hätte herbeigeführt werden können.⁹⁶ In der Praxis ist die mündliche Gutachtenserörterung ein wirksames Instrument der Parteien, mit Hilfe von Privatgutachtern Fehler, Lücken und Widersprüche im Befund und im Gutachten aufzuzeigen und dadurch die **Beweiskraft** des Sachverständigengutachtens zu **erschüttern**. Das kann den

⁹³ Bauer, Zehn Gebote für den Streitrichter (1942), 19.

⁹⁴ RIS-Justiz RS0040376.

⁹⁵ 3 Ob 111/01x.

⁹⁶ 1 Ob 520/81, 2 Ob 595/86.

Richter veranlassen, gemäß § 362 Abs 2 ZPO eine Gutachtensergänzung anzuordnen oder (allerdings selten) einen anderen Sachverständigen zu bestellen.

Gemäß § 289 Abs 1 ZPO hat der Richter in der mündlichen Gutachtenserörterung **Fragen, welche ihm unangemessen erscheinen, zurückzuweisen**. Eine Frage ist von ihrer Form her unangemessen, wenn sie in **beleidigenden, persönlichen Angriffen** gegen den Sachverständigen (und nicht in fachlichen Einwendungen gegen sein Gutachten) besteht. Sie ist von ihrem Inhalt her unangemessen, wenn sie nicht zur Aufklärung oder Vervollständigung des Sachverhalts beitragen kann, sondern nur dazu dient, mit **rhetorischen Mitteln die fachliche Autorität des Sachverständigen zu untergraben** oder ihm mit verhandlungstaktischen Methoden die Glaubwürdigkeit zu nehmen, ohne sein Gutachten sachlich zu erschüttern.

Größere Ungebühr ist jede nicht bloß unerhebliche **Verletzung von Anstandsregeln**, die mit dem Verkehr gesitteter Menschen oder der Würde des Gerichts und der am Verfahren Beteiligten unvereinbar ist. Der Richter muss den Beleidiger nicht auffordern, sich beim Sachverständigen zu entschuldigen, ehe er eine Ordnungsstrafe verhängt.

f) Die Auseinandersetzung mit dem Privatgutachten

Ein von einer Partei eingeholtes Privatgutachten kann eine wesentliche Grundlage für die gezielte Ausübung von **Kontrollrechten der Partei** im Rahmen des Zivilprozesses sein:

- Das **Parteivorbringen** kann auf die wesentlichen Punkte beschränkt und sachverständig ausgeführt werden.
- Der Privatgutachter kann die **Befundgrundlagen „aufbereiten“** und Formulierungsvorschläge für den Auftrag an den gerichtlich bestellten Sachverständigen erstatten.
- Der Privatgutachter kann (als **„informierte Person“**; § 258 ZPO) an der Befundaufnahme des gerichtlich bestellten Sachverständigen teilnehmen.
- Das **Fragerecht** kann effektiv (weil auf Fachwissen beruhend) ausgeübt werden.
- Sachverständig begründete Einwände der Parteien gegen das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen können das Gericht zu dessen Ergänzung oder zur Bestellung eines anderen Sachverständigen veranlassen.

Im Interesse der Wahrheitsfindung und der Fairness des Verfahrens soll daher der **Privatgutachter nicht als sachverständiger Zeuge, sondern als informierte Person** (§ 258 Abs 2 ZPO) während der mündlichen Gutachtenserstattung neben dem Rechtsanwalt als dessen fachlicher Berater ohne Fragerecht so wie im Strafprozess (§ 249 Abs 3 StPO) im Verhandlungssaal auf der Parteienbank Platz nehmen dürfen.⁹⁷ Damit dessen Nachvollziehbarkeit und Beweiskraft gewährleistet ist, soll außerdem stets der **Richter die Protokollierung des mündlichen Gutachtens übernehmen**. Erst wenn er die Äußerungen des Sachverständigen soweit versteht, dass er sie in eigenen Worten wiedergeben kann, wird man von einem Beweisergebnis sprechen können, denn immerhin bedeutet beweisen im Sinne des § 272 Abs 1 ZPO den Richter überzeugen

⁹⁷ aA LGZ Wien 33 Nc 10/00z SV 2000, 119 (abl *Krammer*, der sonst das Recht auf Parteigehör und auf ein faires Verfahren gefährdet sieht).

VI) Schlussbemerkung

Ein Bauprozess vor einem staatlichen Zivilgericht macht als Konfliktlösungsmodell Sinn, wenn sich der Streitfall auf wenige mündlich gut darstellbare Argumente reduzieren lässt. Wer sich einen lebendigen Bauprozess wünscht, in den alle Beteiligten gut vorbereitet hineingehen, in dem die anstehenden Probleme von allen Beteiligten erkannt werden, in dem alle Beteiligten ihre **Standpunkte mündlich in einem offenen, sachlichen Diskurs klar und verständlich artikulieren**⁹⁸ und aus dem alle - zumindest - mit einem Erkenntnisgewinn herausgehen, dem gibt die Zivilprozessordnung ein brauchbares Werkzeug in die Hand. Nimmt der Richter die ihm vom Gesetz zugeordnete Funktion des Leiters der „Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess“ wahr, wird es schwierig, aneinander vorbeizureden, Verwirrung zu stiften und/oder die inhaltliche Diskussion zu verweigern.

Bauherren und Bauunternehmer, die ihren Konflikt am Bau vor Gericht austragen, werden hoffentlich unsere staatliche Zivilgerichtsbarkeit (anders als der österreichische Gesetzgeber⁹⁹) nicht als soziales Übel betrachten und Mario Vargas Llosa¹⁰⁰ beipflichten: „Der **Markt besteht nicht nur aus freiem Wettbewerb**; er besteht vor allem aus einem klaren und unparteiischen Rechtssystem, das die Einhaltung von Verträgen garantiert und Bürger wie Unternehmen vor Missbrauch und Ungerechtigkeit schützt.

⁹⁸ 4 Ob 50/06s; RIS-Justiz RS 0120713.

⁹⁹ Erläut RV ZVN 2002, 962 BlgNR 21.GP, 36.

¹⁰⁰ Der Teufel als Prediger. Freie Märkte sorgen für Gerechtigkeit. Ein Beitrag zur Debatte um die Thesen von George Soros in Die Zeit, Nr. 8/1997 vom 14.2.1997, 24.