

## Zum Thema

### Über den Autor

Dr. Andreas Steinbauer, Facharzt für Neurologie mit Additivfach neurologische Intensivmedizin und Geriatrie in Wien, Landesfachgruppenobmann-Stv. für Neurologie der Ärztekammer, beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger. Redaktionsmitglied der „Österreichischen Zeitschrift für das ärztliche Gutachten“. E-Mail: doc.steinbauer@gmail.com

### Literaturtipp

Fröscher W: Nervenheilkunde. Schattauer GmbH Verlag, Stuttgart, 2010, S. 229.

Gaul Ch, Diener H C: Kopfschmerzen: Pathophysiologie – Klinik – Diagnostik – Therapie. Thieme-Verlag, Stuttgart, 2016.

Leitlinie für Therapie und Diagnostik in der Neurologie, Kapitel Kopfschmerz und Migräne, Deutsche Gesellschaft für Neurologie; [http://www.dmkg.de/files/dmkg.de/patienten/Empfehlungen/Leitlinie-Migränee-Therapie\\_2015-2017.pdf](http://www.dmkg.de/files/dmkg.de/patienten/Empfehlungen/Leitlinie-Migränee-Therapie_2015-2017.pdf) (abgefragt 12. 6. 2019)

The International Classification of Headache Disorders, 3rd edition. International Headache Society (IHS), <https://ichd-3.org/wp-content/uploads/2018/01/The-International-Classification-of-Headache-Disorders-3rd-Edition-2018.pdf> (abgefragt 12. 6. 2019)

### Severin Kietaibl

Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien

# Das Zusammenspiel von Richter und Sachverständigem bei der Beurteilung von Folgeerkrankungen

**Folgeschaden; Wahrscheinlichkeit; Sachverständigenbeweis.** Müssen in einem Schadenersatzprozess mögliche Folgen einer Körperverletzung geklärt werden, ist das Gericht auf das Fachwissen eines medizinischen Sachverständigen angewiesen. In der Praxis übernimmt das Gericht die Prognose des ärztlichen Gutachtens dabei häufig wörtlich in sein Urteil. Infolgedessen hängt die rechtliche Beurteilung manchmal bloß von der vom Gutachter getroffenen Wortwahl ab. Das hat den OGH kürzlich dazu veranlasst, an die Rollenverteilung zwischen Richter und Sachverständigem zu erinnern.<sup>1</sup> Der Beitrag gibt einen Überblick über den rechtlichen Hintergrund dieser Entscheidung und soll helfen, die sich daraus ergebenden Erkenntnisse richtig einzuordnen.

### Problemstellung

Der Geschädigte steht bei einer Körperverletzung oftmals vor dem Problem, dass das volle **Schadensausmaß** im Zeitpunkt der Schädigung noch **nicht absehbar** ist. Zu denken ist etwa an ein Verkehrsunfallopfer, bei dem Jahre nach der eigentlichen Verletzung unfallkausale Folgeschäden auftreten.<sup>2</sup> Wird wegen einer Körperverletzung Schadenersatz geltend gemacht, stellt sich im Prozess dementsprechend regelmäßig die Frage, ob zur bereits eingetretenen Verletzung in Zukunft weitere Schäden hinzutreten werden. Da diese Prognose medizinisches Fachwissen erfordert, ist der Richter auf die Beiziehung eines Sachverständigen angewiesen, um die Wahrscheinlichkeit von Spätfolgen abschätzen zu können.

Die Prognose des Sachverständigen wird von den Gerichten dabei vielfach **wörtlich im Urteil wiedergegeben**. Auf diesem Weg wird

nicht nur der Inhalt, sondern auch die Formulierung der Aussage des Sachverständigen zur unmittelbaren Grundlage der rechtlichen Beurteilung. Das ist insofern problematisch, als bei der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit von Folgeschäden schon kleine Unterschiede rechtsfolgenreich große Auswirkungen haben können, die Sachverständigen ihre Wortwahl aber in der Regel nicht mit Blick auf mögliche rechtliche Schlussfolgerungen treffen.<sup>3</sup> Dass in dieser Hinsicht bloß **zufällige Formulierungsunterschiede abweichende Rechtsfolgen** auslösen können, empfindet nicht nur der Laie als unbefriedigend. Auch für den OGH ist es „der Rechtssicherheit abträglich“,<sup>4</sup> wenn eine Klage auf Feststellung der Haftung für künftige Schäden einmal abgewiesen wird, weil Folgeschäden „mit der in der Medizin möglichen Sicherheit“<sup>5</sup> ausgeschlossen sind, und ein anderes Mal Erfolg hat, weil sich (bloß?) „mit höchster medizini-

scher Wahrscheinlichkeit“<sup>6</sup> keine Komplikationen ergeben werden.

### Zufällige Formulierungsunterschiede im Gutachten können abweichende Rechtsfolgen auslösen.

Beiden Fällen liegt freilich dasselbe Rechtsproblem zugrunde. Um sich dem Problembereich anzunähern, empfiehlt sich daher zu-

<sup>1</sup>In diesem Artikel wird die juristische Zitierweise verwendet. <sup>2</sup>Ob 11/18h EwBl 2018, 923 (Frauenberger-Pfeiler) = ZVR 2018, 367 (Huber). <sup>3</sup>Wenngleich in diesem Beitrag nur von Gesundheitsschäden die Rede ist, handelt es sich beim zeitlich gedehnten Eintritt von Schadensfolgen um ein allgemeines Problem, das nicht auf den medizinischen Bereich beschränkt ist. <sup>4</sup>Vgl Huber, Anmerkung zu 2 Ob 162/05 w, ZVR 2006, 532 (534). <sup>5</sup>2 Ob 11/18h. <sup>6</sup>2 Ob 30/08 p. <sup>7</sup>2 Ob 83/09h; weitere Beispiele bei Danzl/Fucik, Das Klagebegehren im Verkehrsunfallprozess, ÖJZ 2013, 101 (103 bei und in FN 38, 43); Greiter, Zukünftige Schäden bei einem Unfall – Wann hat eine Feststellungsklage Aussicht auf Erfolg? AnwBl 2011, 369; 2 Ob 11/18h.

nächst ein Blick auf die dahinterliegenden rechtlichen Grundlagen.

### Rechtlicher Hintergrund

#### Ausgangspunkt: Haftung auch für künftige Schäden

Dass im Zeitpunkt der Schädigung noch nicht das gesamte Schadensausmaß feststeht, ist aus schadenersatzrechtlicher Sicht zunächst nicht weiter problematisch. Dass der Schaden zeitlich gedehnt in Etappen auftritt, ändert nämlich grundsätzlich nichts am Umfang der Ersatzpflicht des Schädigers. Ist der Schädiger schadenersatzpflichtig – was in der Regel nur dann der Fall ist, wenn er den Schaden auch rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat –, **haftet** er nicht nur für den bereits eingetretenen Schaden, sondern **auch für erst künftig hervorkommende Spätfolgen**.

### Geltendmachung

#### Getrennte Einklagung

Eine andere Frage ist, wie der nachträglich eingetretene Schaden geltend zu machen ist. Naheliegender wäre es, zunächst lediglich Ersatz für den bereits sichtbaren Schaden einzuklagen und **abzuwarten**, ob die Verletzung Folgeschäden nach sich zieht. Treten in weiterer Folge tatsächlich Spätfolgen auf, könnten die dann auch schon konkret feststellbaren weiteren Schäden separat in einer **zweiten Klage** geltend gemacht werden.

Diese Vorgehensweise birgt für den Geschädigten allerdings die Gefahr, dass der Schadenersatzanspruch im Zeitpunkt des Hervorkommens der Folgeschäden bereits **verjährt** ist.<sup>7</sup> Schadenersatzansprüche verjähren gem § 1489 ABGB binnen drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger.<sup>8</sup> Allerdings löst nicht jeder einzelne (Teil-) Schaden eine eigene dreijährige Verjährungsfrist aus. Mit Kenntnis von Schaden und Schädiger beginnt die Verjährung nämlich nicht nur für die bereits sichtbare Körperverletzung, sondern **auch für noch nicht eingetretene Folgeschäden** zu laufen. Macht der Geschädigte also zunächst nur Ersatz für die bereits hervorgekommene Verletzung geltend und treten vier Jahre danach Spätfolgen auf, wäre die Verjährungsfrist für diese Folgeschäden bereits abgelaufen.<sup>9</sup>

#### Klage auf Feststellung der Haftung für künftige Schäden

Der Geschädigte kann dieses **Verjährungsrisiko** allerdings vermeiden, indem er schon in der ersten Klage nicht nur Ersatz für die eingetretene Körperverletzung begehrt, son-

dern **zugleich** auch die **Feststellung der Haftung für allfällige künftige Schäden**. Sobald nämlich aufgrund eines rechtskräftigen Feststellungsurteils feststeht, dass der Schädiger für Spätfolgen haftet, können auch Folgeschäden geltend gemacht werden, die erst nach drei Jahren auftreten.<sup>10</sup>

Dass es in diesem Fall nicht mehr darauf ankommt, wann die Folgeschäden auftreten, ist angesichts der Zielsetzungen des Verjährungsrechts auch durchaus sachgerecht. Die Verjährung dient insbesondere dem Schutz des zu Unrecht Beklagten vor **Beweisnot**.<sup>11</sup> Lang zurückliegende Ereignisse lassen sich oft nicht mehr genau feststellen, sodass es für den Beklagten mit Fortdauer der Zeit immer schwieriger wird, sich zu verteidigen.<sup>12</sup> Mit der kurzen dreijährigen Verjährungsfrist soll dieser „verdunkelnden Macht der Zeit“<sup>13</sup> im Interesse des Beklagten Einhalt geboten werden.

Schutzbedürftig ist der Beklagte freilich nur, solange nicht sicher ist, ob dem Kläger überhaupt ein Schadenersatzanspruch zusteht. Genau diese Zweifel schafft das Feststellungsurteil aus der Welt.<sup>14</sup> Da die Haftung des Schädigers für künftige Schäden in diesem Fall **unwiderlegbar feststeht**, besteht keine Gefahr, dass ein in Wahrheit gar nicht bestehender Anspruch geltend gemacht wird, mögen die Spätfolgen auch erst nach vielen Jahren auftreten.

Zur Vermeidung des Verjährungsrisikos – und auch aus prozessualen Gründen<sup>15</sup> – wird in der Praxis deshalb schon in der ersten Klage nicht nur Ersatz für den bereits eingetretenen Schaden begehrt, sondern auch die Feststellung der Haftung für allfällige künftige Schäden.<sup>16</sup> Das stellt die Gerichte zugleich vor das **Ausgangsproblem**, da im Prozess nun neben der Haftung des Schädigers auch die **Wahrscheinlichkeit von Folgeschäden** beurteilt werden muss.

### Voraussetzungen der Feststellungsklage

#### Feststellungsinteresse

Die Klage auf Feststellung der Haftung für künftige Schäden kann nämlich nicht immer erhoben werden. Sie setzt gem § 228 ZPO voraus, dass der Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat. Die Rechtsprechung ist diesbezüglich aber recht großzügig und bejaht das Feststellungsinteresse bereits dann, wenn zumindest die **Möglichkeit** von Folgeschäden besteht.<sup>17</sup> Nur wenn künftige Schäden **ausgeschlossen** sind, scheidet die Feststellungsklage aus.<sup>18</sup>

Schon die eingangs erwähnten Fälle haben aber gezeigt, dass die Gerichte diese Frage trotz der an sich klaren Unterscheidung – Folgeschäden ausgeschlossen oder nicht – oftmals **nicht so eindeutig beantworten**. Das Feststellungsinteresse wurde etwa verneint, wenn weitere Schäden „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“<sup>19</sup> auszuschließen waren. Waren Spätfolgen hingegen „mit größter Wahrscheinlichkeit“<sup>20</sup> ausgeschlossen oder einfach „nicht zu erwarten“,<sup>21</sup> wurde das rechtliche Interesse bejaht.

### Beweismaß

Dadurch werden aber zwei **verschiedene Fragen** miteinander vermischt. **Ob** Folgeschäden ausgeschlossen sind oder nicht, ist von der Frage zu trennen, **wann** das Gericht den Ausschluss von Spätfolgen annehmen darf. Hinter dem zweiten Aspekt steht das allgemeine Problem, wann der Richter eine Tatsache als erwiesen ansehen kann.

Um ein Urteil fällen zu können, muss das Gericht in einem ersten Schritt den zu beurteilenden **Sachverhalt ermitteln**. Grundlage dafür sind die Tatsachenbehauptungen der Parteien und die zu ihrem Nachweis von den Parteien angebotenen oder vom Richter amtswegig aufgenommenen Beweise.

Das Beweisverfahren wird allerdings nur in den seltensten Fällen dazu führen, dass der Richter am Vorliegen der behaupteten Tatsache nicht den geringsten Zweifel hat. Damit dennoch ein Sachverhalt festgestellt werden kann, genügt es deshalb, dass das Gericht mit **hoher Wahrscheinlichkeit** von der zu

<sup>7</sup>Zum weiteren Problem der Globalbemessung von Schmerzengeld *Huber*, Globalbemessung, Teilbemessung und Teilglobalbemessung bei zukünftigen Schmerzen, *ÖJZ* 2008, 83.

<sup>8</sup>*Daneben* besteht eine kenntnisunabhängige dreißigjährige Frist. <sup>9</sup>*Erst-* und Folgeschäden verjähren allerdings nur dann gemeinsam, wenn schon im Zeitpunkt der ursprünglichen Verletzung mit Spätfolgen gerechnet werden musste. Waren Folgeschäden nicht vorhersehbar, beginnt für später dennoch eingetretene Schäden eine neue dreijährige Frist zu laufen. Im medizinischen Bereich können Spätfolgen freilich selten ausgeschlossen werden, sodass bei Folgeerkrankungen häufig das Verjährungsrisiko besteht. Grundlegend F. Bydlinski, Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht, in FS Steffen (1995) 65; zur Vorhersehbarkeit *Dehn* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>85</sup> (2017) § 1489 Rz 4.

<sup>10</sup>Vgl. *Vollmaier* in *Klang*<sup>7</sup> (2012) § 1478 ABGB Rz 72. <sup>11</sup>Zu den sonstigen Zielsetzungen des Verjährungsrechts, F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 167 ff. <sup>12</sup>*Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>7</sup> § 1451 ABGB Rz 23.

<sup>13</sup>*Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I (1899) 512. <sup>14</sup>*Diese* Wirkung wird nur durch eine Feststellungsklage, nicht aber durch eine normale Schadenersatzklage erreicht, vgl. FN 15. <sup>15</sup>*Werden* Erst- und Folgeschäden in zwei separaten Klagen geltend gemacht, besteht die Gefahr, dass die Gerichte die Frage der Haftung des Schädigers unterschiedlich beurteilen. Das Gericht ist im zweiten Prozess nämlich diesbezüglich nicht an die Entscheidung des ersten Prozesses gebunden, *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>7</sup> (2018) Rz 925, 931 ff. <sup>16</sup>*Steht* die Möglichkeit von Folgeschäden im Raum, stellt das Unterlassen des Feststellungsbegehrens für den vertretenden Rechtsanwalt sogar einen Haftungsfall dar, OLG Graz 5 R 102/05 t iFamZ 2006, 164 (*Parapatits*); *Danzl/Fucik*, *ÖJZ* 2013, 103. <sup>17</sup>*RIS-Justiz* RS0038976. <sup>18</sup>*RIS-Justiz* RS0132047 (T 1). <sup>19</sup>*2 Ob* 162/05 w ZVR 2006, 532 (*Huber*); *2 Ob* 11/18 h. <sup>20</sup>*9 ObA* 22/10 s. <sup>21</sup>*2 Ob* 29/05 m.

beweisenden Tatsache überzeugt ist.<sup>22</sup> Ist zB nach einer Operation strittig, ob dem Chirurgen ein Kunstfehler unterlaufen ist oder sich lediglich das allgemeine Operationsrisiko verwirklicht hat, kann das Gericht die Schadensverursachung durch den Chirurgen schon dann feststellen, wenn nach der Beweisaufnahme mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Kunstfehler auszugehen ist.

Von diesem sogenannten Regelbeweismaß gibt es allerdings in beide Richtungen **Ausnahmen**. Manchmal genügt es schon, dass die behauptete Tatsache bloß glaubhaft gemacht wird. Dafür reicht es aus, dass der Richter von der bloß **überwiegenden Wahrscheinlichkeit** überzeugt ist. Die Glaubhaftmachung dient zB der raschen Abklärung prozessualer Fragen oder der Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz durch einstweilige Verfügungen, niemals aber der endgültigen Sachentscheidung. Umgekehrt setzt etwa die Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, den Beweis der **Unmöglichkeit** oder der **an Gewissheit grenzenden Unwahrscheinlichkeit** der Vaterschaft voraus.<sup>23</sup>

Einen über das Regelbeweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit hinausgehenden Überzeugungsgrad verlangt die Rechtsprechung aber **auch** für die **hier** relevante Frage, ob bei einer bestimmten Körperverletzung Spätfolgen ausgeschlossen sind. Den Ausschluss von Folgeschäden darf das Gericht nach dem OGH nämlich nur dann als erwiesen ansehen, wenn **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** nicht mit Spätfolgen zu rechnen ist.<sup>24</sup>

#### Zwischenergebnis

Im Hinblick auf das für die Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse hat das Gericht auf Sachverhaltsebene festzustellen, ob Folgeschäden ausgeschlossen sind oder nicht. Für diese Feststellung kommt es darauf an, ob der Richter Folgeschäden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit für ausgeschlossen hält. Der Grad der Wahrscheinlichkeit betrifft also nur die **für die Tatsachenfeststellung erforderliche Überzeugung**. Die Tatsachenfeststellung selbst hat immer dahingehend zu lauten, dass Folgeschäden entweder ausgeschlossen oder nicht ausgeschlossen sind.

#### Kritik des OGH

##### Unzureichende Tatsachenfeststellung

Die Praxis mancher Erstgerichte, die Prognose des medizinischen Gutachtens wort-

wörtlich als entscheidungserheblichen Sachverhalt festzustellen, wird diesen **rechtlichen Vorgaben nicht gerecht**. Aus Perspektive des Sachverständigen – und damit aus medizinischer Sicht – lässt sich die Gefahr von Folgeschäden in der Regel nur mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit abschätzen. Aus rechtlicher Sicht ist demgegenüber stets eine absolute Aussage dahingehend zu treffen, dass Folgeschäden entweder ausgeschlossen sind oder nicht.

Die wörtliche Übernahme der medizinischen Prognose als Sachverhalt – so etwa die Feststellung, dass sich „mit höchster medizinischer Wahrscheinlichkeit keine Komplikationen ergeben werden“<sup>25</sup> – stellt dementsprechend streng genommen **keine ausreichende Tatsachenfeststellung** für die Beurteilung des Feststellungsinteresses dar. Der OGH löst dieses Problem durchaus pragmatisch und prüft, ob die jeweilige Feststellung dahin **auszulegen** ist, dass Folgeschäden ausgeschlossen sind oder nicht.<sup>26</sup>

**Da Sachverständige keine einheitliche Terminologie verwenden, kommt es zu einer kaum mehr überschaubaren Kasuistik.**

#### Kasuistik und Gefahr von Zufallsergebnissen

Diese Vorgehensweise kann allerdings nicht darüber hinweghelfen, dass die Sachverständigen bei ihrer Prognose **keine einheitliche Terminologie** verwenden. Konsequenz der in die Urteile übernommenen terminologischen Vielfalt ist eine kaum mehr **überschaubare Kasuistik**, da bei jeder einzelnen Formulierung (oftmals über drei Instanzen) beurteilt werden muss, ob daraus der Ausschluss von Folgeschäden abzuleiten ist oder nicht.<sup>27</sup>

Hinzukommt, dass die Sachverständigen ihre Wortwahl in der Regel nicht mit Blick auf die rechtliche Beurteilung des Feststellungsinteresses treffen. Die Wiedergabe der Prognose des medizinischen Gutachtens hat dementsprechend zur Konsequenz, dass sich in dieser Hinsicht **zufällige Formulierungsunterschiede** entscheidend auf den Erfolg der Feststellungsklage auswirken können, was – wie die eingangs erwähnten Beispiele verdeutlichen – mitunter zu schwer nachvollziehbaren Differenzierungen führt.

#### Trennung von Tatsachenfeststellung und Beweismaß

Die **Prognose des Sachverständigen** und dementsprechend die Wahrscheinlichkeit von Folgeschäden ist richtigerweise (schon) **auf Ebene des Beweismaßes zu berücksichtigen**. Dadurch wird einerseits die schon erwähnte Vermengung von Tatsachenfeststellung und des für die Tatsachenfeststellung erforderlichen Überzeugungsgrads vermieden. Andererseits erübrigt sich bei korrekter Vorgehensweise das Problem der unüberschaubaren Kasuistik, da Folgeschäden auf Tatsachenebene (nur) entweder ausgeschlossen sind oder nicht.

Eine eindeutige Tatsachenfeststellung ist in den **allermeisten Fällen** auch möglich, da der Ausschluss von Folgeschäden nur festgestellt werden darf, wenn Spätfolgen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zu erwarten sind. Selbst wenn das Risiko von Spätfolgen nach dem medizinischen Gutachten nur sehr gering ist, muss daher festgestellt werden, dass **Folgeschäden nicht ausgeschlossen** sind.

**Kritisch** sind somit nur jene Fälle, in denen künftige Schäden zwar **äußerst unwahrscheinlich** sind, aber auch **nicht gänzlich ausgeschlossen** werden können. In diesem Bereich können sich – wie eingangs verdeutlicht – schon feine sprachliche Differenzierungen entscheidend auf den Erfolg der Feststellungsklage auswirken.<sup>28</sup> In der Lehre wird deshalb zT vertreten, die Sachverständigen zu möglichst eindeutigen Aussagen bzw zur Verwendung einer einheitlichen Terminologie anzuhalten.<sup>29</sup> Diese Forderung darf freilich nicht von verfehlten Erwartungshaltungen an den Sachverständigen geleitet sein.

#### Rollenverteilung zwischen Richter und Sachverständigem Funktion des Sachverständigen

Setzt die Sachverhaltsermittlung besonderes Fachwissen voraus, soll der Sachverständige dem Richter die notwendige **Sachkunde vermitteln**.<sup>30</sup> Die Beiziehung des Sachverständigen ändert jedoch nichts daran, dass die **Ermittlung des Sachverhalts** selbst weiter-

<sup>22</sup> Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> (2017) Vor § 266 ZPO Rz 11 f. <sup>23</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 13 ff, § 274 ZPO Rz 1 f. <sup>24</sup> RIS-Justiz RS0132047 (T 1); 8 Ob 138/17 b; 2 Ob 11/18 h. <sup>25</sup> 2 Ob 83/09 h. <sup>26</sup> Vgl Frauenberger-Pfeiler, Anmerkung zu 2 Ob 11/18 h, ÖJZ 2018, 923 (926). <sup>27</sup> Vgl 2 Ob 11/18 h. <sup>28</sup> Das Verjährungsrisiko (wohl aber die prozessualen Gefahren, s FN 15) besteht dennoch nicht, da Folgeschäden dann nicht vorhersehbar waren, s FN 9. <sup>29</sup> Danzl, Anmerkung zu 4 Ob 46/06 b, ZVR 2007, 24 (26); Huber, Anmerkung zu 2 Ob 11/18 h, ZVR 2018, 367 (370 f). <sup>30</sup> Auch wenn der Richter ausnahmsweise selbst über das notwendige Fachwissen verfügt, darf er gem § 364 ZPO nur mit Zustimmung der Parteien von der Bestellung des Sachverständigen absehen, Spitzer, Der Sachverständigenbeweis im österreichischen Zivilprozess, ZP 131 (2018) 25 (30 ff).

hin **Aufgabe des Richters** bleibt. Der Sachverständige ist lediglich Beweismittel, das vom Richter entsprechend zu würdigen ist. Es liegt dementsprechend in der Verantwortung des Richters, aus dem medizinischen Gutachten „die notwendigen Schlüsse zu ziehen und eine eindeutige Feststellung dahin zu treffen, ob der Eintritt künftiger Unfallfolgen ausgeschlossen ist oder nicht“.<sup>31</sup>

Wenn daher vom Sachverständigen aussagekräftige Prognosen eingefordert werden, ist das insoweit zu befürworten, als die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit von Spätfolgen **so deutlich wie möglich** ausfallen soll. Falsch wäre es hingegen, vom Sachverständigen deutlichere Aussagen einzufordern, als es die wissenschaftliche Methode zulässt, oder diesen durch die Art der Fragestellung zu beeinflussen. Eine durchaus nicht unübliche Praxis, wie zwei Studien der LMU München verdeutlichen.<sup>32</sup> In Bayern gaben immerhin 18,5% der befragten Humanmediziner an, schon einmal vom Gericht beim Gutachtensauftrag eine Tendenz signalisiert bekommen zu haben. Für Österreich fallen die Resultate zwar positiver aus, aber auch hierzulande sahen sich 7,7% der befragten medizinischen Sachverständigen schon einmal gerichtlicher Einflussnahme ausgesetzt.<sup>33</sup> Freilich muss dies auch seitens des Richters kein bewusster Prozess sein.

Gustav Schneider

Richter i.R. und Lehrbeauftragter der Wirtschaftsuniversität Wien.

## Benötigt der Gerichtsgutachter den Schutz des Richters?

**Verfahrensrecht; Zivilprozessordnung; falsches Gutachten; vorsätzlich falsche Beweisaussage; Haftung des Gutachters.** Raffinessen des Prozessrechts und anwaltliche Taktik stehen nicht im Ausbildungsprogramm für Sachverständige. Gegenüber angriffigen Parteienvertretern geraten diese daher leicht in die Defensive. Der Frage, ob Richter in solchen Situationen einschreiten müssen, widmet sich der erste Teil der Betrachtung. Schadenersatz- und Wiederaufnahmeklagen bilden ein Instrumentarium, dessen Nutzbarmachung durch unterlegene Prozessparteien zum Nachteil eines Sachverständigen nicht beeinflusst werden kann. Auf diese Problematik wird im zweiten Teil des Beitrags eingegangen.

### Einleitung

Pensionierungen haben ihre Rituale. So auch die Ruhestandsversetzung des Autors. Ein langjähriger, routinierter, äußerst geschätzter Sachverständiger aus einem

### Umgang mit Zweifeln

Der Wunsch nach klaren Aussagen darf also nicht dazu führen, die dem Richter eigene Aufgabe der Sachverhaltsermittlung auf den Sachverständigen abzuwälzen. „Der Sachverständige soll fehlende Kenntnis beisteuern, ist aber nicht der Heilsbringer, der alle Zweifel ausräumt.“<sup>34</sup>

**Der Sachverständige soll fehlende Kenntnis beisteuern, ist aber nicht der Heilsbringer, der alle Zweifel ausräumt.**

Die Rechtsordnung bürdet den Umgang mit Zweifeln bewusst dem Richter auf, gibt ihm dafür aber auch **Leitlinien** an die Hand, **wie im Zweifelsfall vorzugehen** ist. Sie legt den Überzeugungsgrad fest, der erreicht sein muss, damit der Richter eine Tatsachenbehauptung als erwiesen ansehen kann. Und sie hält Regeln für den Fall bereit, dass sich eine Tatsachenbehauptung

### Zum Thema

#### Über den Autor

Mag. Severin Kietabl, Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

E-Mail: severin-philipp.kietabl@wu.ac.at

(gemessen am zur Anwendung kommenden Beweismaß) nicht beweisen lässt. Der Richter hat dann nämlich zulasten der beweisbelasteten Partei zu entscheiden. Da im konkreten Fall der Schädiger die Beweislast für den Ausschluss von Folgeschäden trägt,<sup>35</sup> hat die Feststellungsklage immer schon dann Erfolg, wenn Spätfolgen nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können.

### Fazit

Die Bestellung des Sachverständigen soll dem Richter fehlende Fachkunde vermitteln, kann aber schwierige Beurteilungsfragen manchmal nicht ersparen. Der Umgang mit Zweifeln bleibt dabei Aufgabe des Richters, der von der Rechtsordnung dafür auch mit Vorgaben ausgestattet ist. Der Sachverständige soll bei seiner Prognose deshalb möglichst eindeutig, aber nicht eindeutiger als möglich sein.

DAG 2019/37

<sup>31</sup> 2 Ob 11/18 h. <sup>32</sup> Spitzer, ZJP 131, 36, 38 f. <sup>33</sup> Jordan/Gresser, Wie unabhängig sind Gutachter? DS 2014, 71 (76); Jordan/Gresser, Was macht Österreich besser? DS 2015, 268 (272). <sup>34</sup> Spitzer, ZJP 131, 33. <sup>35</sup> Frauenberger-Pfeiler, ÖJZ 2018, 926.

medizinischen Fachbereich kam zur Verabschiedung und bemerkte dabei, auch er werde nun seine Tätigkeit beenden. Auf die konsternierte Frage, was ihn denn dazu bewege – das Alter konnte es nicht sein –,

antwortete er: „Weil mich andere Richter nicht schützen.“

Was bringt der Satz zum Ausdruck?

- Ein Unbehagen in der Begegnung mit Verfahrensbeteiligten, insbesondere in öf-