

## **Auswahl des Gerichtssachverständigen – Überschneidungen der Fachgebiete Unfallchirurgie und Orthopädie – Widerspruch zwischen Gerichts- und Privatgutachten – Gewährleistung des rechtlichen Gehörs der Parteien (§§ 351 und 357 ZPO; Art 6 Abs 1 EMRK)**

1. Die Auswahl des Sachverständigen ist Ergebnis einer Ermessensentscheidung des Gerichts, das hierüber weder an die Vorschläge der Parteien noch an konkrete gesetzliche Vorgaben gebunden ist, insbesondere nicht an die Verpflichtung, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten über ein bestimmtes Thema öffentlich bestellt sind. Demnach kommt der Nichtein-

tragung einer Person in die Sachverständigenliste für ein bestimmtes Fachgebiet keine Indizwirkung dahin zu, dass ihr die zur Erfüllung eines in dieses Fachgebiet fallenden Gutachtensauftrags erforderliche Befugnis oder Fachkompetenz fehlt. Die Eintragung in die Sachverständigenliste hat vielmehr nur Indizwirkung, dass der Sachverständige gerade auf diesem Gebiet eine besondere Fachkunde

aufweist. Letztlich kommt es darauf an, welchen Sachverständigen der Richter im konkreten Fall (aufgrund objektiver und daher überprüfbarer Kriterien) für am besten geeignet hält.

2. Das Sonderfach der Orthopädie und orthopädischen Chirurgie überschneidet sich teilweise mit dem Fachgebiet der Unfallchirurgie bei Verletzungen und deren Folgen. Die Beurteilung einer aufgrund eines Hüftverrenkungsbruches entstandenen posttraumatischen Arthrose, somit einer unfallbedingten Verletzung und der daraus entstehenden Folgen, fällt in das Fachgebiet der Unfallchirurgie.
3. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist das Gericht nicht verpflichtet, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten, auch wenn dieser Gutachter – wie auch hier – generell gerichtlich beideter ist, und dem Gutachten eines vom Gericht zur Erstattung eines Gutachtens in einer bestimmten Rechtssache herangezogenen Sachverständigen aufzuklären. Es kann sich vielmehr ohne Verfahrensverstöß dem ihm als verlässlich erscheinenden Gutachten des Gerichtssachverständigen anschließen und ist nicht verpflichtet, (allein) deshalb einen weiteren Sachverständigen zu bestellen.
4. Zur Waffengleichheit (Chancengleichheit) und damit zu den Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK gehört die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. Dieses wird auch dann verletzt, wenn einer Entscheidung Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich eine Partei nicht äußern konnte. Das Erstgericht hat dem Kläger Gelegenheit zur Erörterung des schriftlichen Sachverständigen-gutachtens im Sinne des § 357 Abs 2 ZPO eingeräumt und damit dem Gebot des rechtlichen Gehörs entsprochen. Bei dieser Gelegenheit hätte der Kläger Fragen an die gerichtliche Sachverständige stellen und diese mit dem Privatgutachten konfrontieren können. Wenn er diese Gelegenheit zur Erörterung des gerichtlichen Sachverständigen-gutachtens nicht ergriffen, sondern sich mit einem Antrag auf Beziehung eines orthopädischen Sachverständigen begnügt hat, kann er nicht mit Erfolg einen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK mit der Begründung rügen, dass das Gericht seine Feststellungen auf das (ihm verlässlich erscheinende) Gutachten der Gerichtssachverständigen stützt, die sich in ihrem Gutachten nicht mit der abweichenden Beurteilung des Privatsachverständigen auseinandersetzt.

### OLG Graz vom 7. September 2016, 4 R 140/16i

Im Verfahren 25 Cgs 9/11t des LG Leoben als Arbeits- und Sozialgericht wurde das Klagebegehren des Klägers auf Zuerkennung einer Invaliditätspension abgewiesen. Der beklagte Facharzt für Unfallchirurgie erstattete in diesem Verfahren als Sachverständiger ein Gutachten.

Der Kläger begehrt vom Beklagten die Zahlung von € 26.859,62 sA (Verdienstentgang von € 22.969,08, Kosten eines Privatgutachtens von € 840,-, Verfahrenskosten von € 3.890,54). Er bringt vor, der Beklagte, der als Unfallchirurg in die Sachverständigenliste eingetragen sei, habe ein unrichtiges orthopädisches Gutachten erstattet, das zur Abweisung des Klagebegehrens geführt habe, weil er davon ausgegangen sei, dass der Kläger auf ein Drittel des Arbeitstages beschränkt auch mittelschwere Arbeiten verrichten könne. Tatsächlich könne er nur mehr leichte Arbeiten verrichten, was ein Privatgutachten eines Facharztes für Orthopädie und orthopädische Chirurgie bestätigt habe, auf dessen Gutachten der Beklagte nur mangelhaft eingegangen sei.

Der Beklagte wendet ein, er habe sein Gutachten nach den anerkannten Regeln der Medizin erstattet. Mit dem Privatgutachten, das widersprüchlich und nicht nachvollziehbar sei, habe er sich auseinandergesetzt. Er verfüge als Facharzt für Unfallchirurgie auch über Kenntnisse und Erfahrungen auf dem Gebiet der Orthopädie. Die Forderung des Klägers sei auch verjährt.

Mit dem angefochtenen Urteil weist das Erstgericht das Klagebegehren ab und trifft folgende Feststellungen:

Der Beklagte verfügt aufgrund seiner Ausbildung und Berufserfahrung über Fachkenntnisse sowohl im Fachbereich der Unfallchirurgie als auch im Bereich der Orthopädie. Der Beklagte hat das Gutachten im Verfahren des LG Leoben als Arbeits- und Sozialgericht zu 25 Cgs 9/11t, wonach dem Kläger mittelschwere Arbeiten bis zu einem Drittel des Arbeitstages zugemutet werden können, nach den anerkannten Regeln der Medizin erstellt, wobei das Gutachten aus medizinischer Sicht schlüssig und nachvollziehbar ist. Das LG Leoben als Arbeits- und Sozialgericht hat daraufhin die Klage auf Zuerkennung einer Invaliditätspension mit Urteil vom 19. 2. 2014, 25 Cgs 9/11t, abgewiesen. Der dagegen erhobenen Berufung des Klägers gab das OLG Graz mit Urteil vom 11. 9. 2014, 6 Rs 47/14z, keine Folge. Die vom Kläger dagegen erhobene außerordentliche Revision wies der OGH mit Beschluss vom 25. 11. 2014, 10 ObS 130/14m, zurück.

In seiner Beweiswürdigung führt das Erstgericht aus, dass der Antrag des Klägers auf Beziehung eines orthopädischen Sachverständigen abzuweisen gewesen sei, weil das Gericht bei der Auswahl eines Sachverständigen nicht an die Vorschläge der Parteien gebunden und auch nicht verpflichtet sei, nur solche Personen heranzuziehen, die für ein bestimmtes Gebiet in die Sachverständigenliste eingetragen seien. Aus dem Umstand, dass eine Person in der Sachverständigenliste für ein bestimmtes Fachgebiet nicht eingetragen sei, könne nicht geschlossen werden, dass ihr die zur Erfüllung eines in dieses Fachgebiet fallenden Gutachtensauftrags erforderliche Befugnis oder Fachkompetenz fehle. Die bestellte Sachverständige habe ausführlich dargelegt, dass sie aufgrund ihrer Ausbildung und Berufserfahrung auch im Bereich der Orthopädie über

ausreichendes Fachwissen verfüge, um die an sie gestellten Fragen zu beantworten.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, dass die Ansprüche des Klägers nicht verjährt seien. Das Klagebegehren sei dennoch abzuweisen, weil der Beklagte sein Gutachten nach den anerkannten Regeln der Medizin erstellt habe und dieses Gutachten aus medizinischer Sicht schlüssig und nachvollziehbar sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidung im Sinne einer Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise stellt er einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag. Der Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nicht öffentlicher Sitzung zu entscheiden war, ist nicht begründet.

Da das Berufungsgericht die Berufungsausführungen für nicht stichhaltig, die damit bekämpften Entscheidungsgründe des angefochtenen Ersturteils hingegen für zutreffend erachtet, reicht es aus, auf deren Richtigkeit hinzuweisen und sie – Bezug nehmend auf die Argumentation des Berufungswerbers – lediglich wie folgt zu ergänzen (§ 500a ZPO):

### 1. Zur Verfahrensrüge:

1.1. Der Berufungswerber erblickt zu Unrecht eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens in der Ablehnung der Beiziehung eines Sachverständigen für Orthopädie und orthopädische Chirurgie und auch darin, dass die Sachverständige das Privatgutachten des orthopädischen Sachverständigen ignoriert habe.

1.2. Der Kläger übersieht, dass – wie schon das Erstgericht darlegte – die Auswahl des Sachverständigen Ergebnis einer Ermessensentscheidung des Gerichts ist, das hierüber weder an die Vorschläge der Parteien noch an konkrete gesetzliche Vorgaben gebunden ist (RIS-Justiz RS0040607; RS0040566; 5 Ob 1006/92; 2 Ob 8/06z; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup>, § 351 Rz 2 und 3), insbesondere nicht an die Verpflichtung, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten über ein bestimmtes Thema öffentlich bestellt sind (5 Ob 1006/92, MietSlg 44.782; 2 Ob 8/06z; RIS-Justiz RS0040607 [T8]; RS0040566; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 351 ZPO Rz 2 und 3). Demnach kommt der Nichteintragung einer Person in die Sachverständigenliste für ein bestimmtes Fachgebiet keine Indizwirkung dahin zu, dass ihr die zur Erfüllung eines in dieses Fachgebiet fallenden Gutachtenauftrags erforderliche Befugnis oder Fachkompetenz fehlt (2 Ob 8/06z). Die Eintragung in die Sachverständigenliste hat vielmehr nur Indizwirkung, dass der Sachverständige gerade auf diesem Gebiet eine besondere Fachkunde aufweist (SV 1991/2, 23 = *Klauser/Kodek*, JN – ZPO<sup>17</sup>, § 351 ZPO E 6; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 351 ZPO Rz 3). Letztlich kommt es darauf an, welchen Sachverständigen der Richter im konkreten Fall (aufgrund objektiver

und daher überprüfbarer Kriterien) für am besten geeignet hält (*Rechberger*, aaO).

1.3. Davon abgesehen umfasst das Sonderfach Unfallchirurgie nach der Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2006 (BGBl II 2006/286), die gemäß § 28 Abs 2 der Ausbildungsordnung 2015 (BGBl II 2015/147) sowohl auf den beklagten Facharzt für Unfallchirurgie als auch auf die vom Erstgericht bestellte Sachverständige (aus demselben Fachgebiet) weiterhin anwendbar ist, die Prävention, Diagnostik, Behandlung, Nachbehandlung, Rehabilitation und fachspezifische Begutachtung von akuten und chronischen rezidivierenden Verletzungen, Verletzungsfolgen und den daraus resultierenden Erkrankungen und Schäden einschließlich Korrekturingriffen zur Beseitigung von Folgezuständen in jedem Lebensalter. Die Ausbildung zum Unfallchirurg erfordert zudem auch eine Ausbildung in der Mindestdauer von sechs Monaten im Pflichtnebenfach Orthopädie und orthopädische Chirurgie (Anlage 43). Das Sonderfach der Orthopädie und orthopädischen Chirurgie umfasst hingegen die Prävention, Diagnostik, Behandlung und Rehabilitation von angeborenen und erworbenen Formveränderungen, Funktionsstörungen, Erkrankungen sowie Verletzungen der Stütz- und Bewegungsorgane (Anlage 30 zur Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2006) und überschneidet sich somit teilweise mit dem Aufgabengebiet der Unfallchirurgie, was Verletzungen und deren Folgen betrifft.

1.4. Die vom Erstgericht als Sachverständige beigezogene Fachärztin für Unfallchirurgie hat auch klargestellt, dass sie über ausreichende Fachkenntnisse und praktische Erfahrungen im Fachgebiet der Orthopädie zur Erstattung des Gutachtens in diesem Rechtsstreit verfüge und es überwiegend um die Beurteilung einer aufgrund eines Hüftverrenkungsbruches entstandenen posttraumatischen Arthrose, somit um eine unfallbedingte Verletzung und die daraus entstehende Folge (Spätfolge), gehe, deren Beurteilung in das Fachgebiet der Unfallchirurgie fielen, welche Auffassung mit der normierten Definition des Aufgabengebiets des Sonderfaches Unfallchirurgie übereinstimmt.

1.5. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist das Gericht nicht verpflichtet, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten, auch wenn dieser Gutachter – wie auch hier – generell gerichtlich beeidet ist, und dem Gutachten eines vom Gericht zur Erstattung eines Gutachtens in einer bestimmten Rechtssache herangezogenen Sachverständigen aufzuklären. Es kann sich vielmehr ohne Verfahrensverstöß dem ihm als verlässlich erscheinenden Gutachten des Gerichtssachverständigen anschließen und ist nicht verpflichtet, (allein) deshalb einen weiteren Sachverständigen zu bestellen (RIS-Justiz RS0040592; 9 Ob 3/05i).

1.6. Zur Waffengleichheit (Chancengleichheit) und damit zu den Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK gehört die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. Dieses wird auch dann verletzt, wenn einer Entscheidung Beweisergebnisse

zugrunde gelegt werden, zu denen sich eine Partei nicht äußern konnte (RIS-Justiz RS0074920; 3 Ob 191/14f). Das Erstgericht hat dem Kläger Gelegenheit zur Erörterung des schriftlichen Sachverständigengutachtens im Sinne des § 357 Abs 2 ZPO eingeräumt und damit dem Gebot des rechtlichen Gehörs entsprochen (vgl 6 Ob 216/14d). Bei dieser Gelegenheit hätte er Fragen an die gerichtliche Sachverständige stellen und diese mit dem Privatgutachten konfrontieren können (vgl RIS-Justiz RS0129607 [T2] = EGMR Bsw 30465/06). Wenn er diese Gelegenheit zur Erörterung des gerichtlichen Sachverständigengutachtens nicht ergriffen, sondern sich mit einem Antrag auf Beziehung eines orthopädischen Sachverständigen begnügt hat, kann er nicht mit Erfolg einen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK mit der Begründung rügen, dass das Gericht seine Feststellungen auf das (ihm verlässlich erscheinende) Gutachten der Gerichtssachverständigen stützt, die sich in ihrem Gutachten nicht mit der abweichenden Beurteilung des Privatsachverständigen auseinandersetzt (vgl RIS-Justiz RS0107449).

### 2. Zur Rechtsrüge:

2.1. Soweit der Kläger unter diesem Berufungsgrund seine in der Verfahrensrüge vorgetragene Argumente wiederholt, führt er diese Rüge nicht gesetzmäßig aus (vgl RIS-Justiz RS0043542; RS0043603; RS0043312).

2.2. Es liegen auch keine, die abschließende rechtliche Beurteilung hindernden sekundären Feststellungsmängel vor. Entscheidend ist in diesem Rechtsstreit primär, ob der Beklagte ein unrichtiges Gutachten erstattet hat (RIS-Justiz RS0026360; RS0026319), was das Erstgericht auf der Tatsachenebene verneinte. Welche Beurteilung die

auf Zuerkennung einer Invaliditätspension gerichteten Ansprüche des Klägers in weiteren Vorverfahren erfuhren, in denen der Privatgutachter als Gerichtssachverständiger beigezogen wurde, ist für die Entscheidung dieses Rechtsstreits ebenso wenig relevant, wie die – theoretische – Beurteilung des Prozessausgangs im Vorverfahren 25 Cgs 9/11t unter der Annahme, das Gericht wäre dem Privatgutachten gefolgt. Rechtliche Feststellungsmängel können auch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn zu einem bestimmten Thema – wie hier zur Frage der Unrichtigkeit des Gutachtens – Tatsachenfeststellungen getroffen wurden, mögen diese auch von den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers abweichen (RIS-Justiz RS0053317 [T1]). Es ist ein Akt der Beweiswürdigung, wenn die vom Rechtsmittelwerber gewünschten (abweichenden) Feststellungen nicht getroffen wurden (aaO [T3]). Mit seinen diesbezüglichen Ausführungen in der Rechtsrüge will der Berufungswerber in Wahrheit von den erstgerichtlichen Feststellungen abweichende Sachverhaltsannahmen zur Tatfrage erreichen, ob das Gutachten des Beklagten im Vorprozess unrichtig war.

3. Aus diesen Erwägungen ist der Berufung ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO ist nicht zuzulassen, weil das Berufungsgericht erhebliche Rechtsfragen nicht zu beurteilen hatte. Vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmängel der ersten Instanz können nicht mit Revision geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963; RS0043061; RS0106371).