

TE OGH 2006/12/29 13R163/06w

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.12.2006

Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes DDr. Huberger als Vorsitzenden und die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Bibulowicz und Mag. Häckel in der Rechtssache der klagenden Partei G***** C*****vertreten durch Dr. Reinhard Kohlhofer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Stadt W*****, ***** vertreten durch Dr. Christian Gamauf, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 10.509,35 s.A. und Feststellung (Streitwert EUR 2.000,--), infolge Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 7.000,-- s.A.) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 5.509,35 s.A.) gegen das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 25.4.2006, GZ 2 Cg 84/05w-37, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Beiden Berufungen wird Folge gegeben, das angefochtene Urteil aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten § 52 Abs 1 ZPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten (Paragraph 52, Absatz eins, ZPO).

Text

Begründung:

An beiden Augen des Klägers wurde vor dessen 20. Lebensjahr ein Keratokonus diagnostiziert, welcher zu einer Verdünnung im Zentrum der Hornhaut führte. 1986/1987 wurde an der Universitätsklinik Innsbruck eine Hornhauttransplantation auf beiden Augen durchgeführt, die zu einer Stabilisierung des Krankheitsbildes führte. Am linken Auge trat später eine Verschlechterung ein, die zu einem stark ausgeprägten Astigmatismus (Hornhautkrümmung) führte, sodass die Zylinderwerte des Klägers ab 1999 zwischen -8 und -9,5 schwankten und die Sehleistung mit einer Brille nicht mehr korrigierbar war. Der Kläger wandte sich mit dem Anliegen, den Astigmatismus zu reduzieren, an Dr. S***** K*****, Arzt an der Augenklinik des AKH Wien, dessen Rechtsträger die beklagte Partei ist. Dieser empfahl ihm als Behandlung die Lasikmethode als einzige sinnvolle Methode zur Reduzierung des Astigmatismus.

Am 19.3.2002 wurde die Hornhaut am linken Auge des Klägers eingeschnitten (Flap). Am 2.4.2002 folgte der zweite Teil der Operation durch Lasern. Die Operation führte zu keiner Besserung der Sehleistung des Klägers.

Der Kläger ließ danach an der Augenklinik Graz eine astigmatische Keratotomie (AK-bogenförmige Schnitte) durchführen (unstrittiger Sachverhalt).

Der Kläger begeht - nach Klagsausdehnung (ON 7) - EUR 10.509,35 s.A. und die Feststellung der Haftung der beklagten Partei für sämtliche zukünftig entstehenden Schäden, welche auf den vom 2.4.2002 erfolgten augenärztlichen Eingriff

nach Lasik und der damit verbundenen Hornhautverdünnung zurückzuführen seien, zum Grund des Zahlungsanspruches im Wesentlichen mit dem Vorbringen, der Eingriff am 2.4.2002 habe zu einer erheblichen Verschlechterung seines linken Auges geführt; der Refraktionswert bei einer Sphäre von 7,5 Dioptrien habe 12 Zylinder aufgewiesen. Vor dem Eingriff habe der Zylinderwert -8 bei einer Sphäre von 4,25 Dioptrien betragen. Am 4.6.2002 habe das linke Auge bei einer Sphäre von +3 Dioptrien einen Zylinderwert von -12,5 aufgewiesen.

Die Lasikmethode sei nur bei Fehlsichtigkeiten von 1-3 Dioptrien anzuwenden, im Fall des Klägers sohin eine Falschbehandlung. Überdies habe die beklagte Partei zur Zeit des Eingriffes nur ein überholtes Lasergerät gehabt, bei dem um circa 30-40 % mehr Hornhautepithel abgetragen werde, als dies bei modernsten Geräten der Fall sei.

Gerade weil der Kläger an einem Keratokonus leide, hätte der operierende Arzt eine Methode anzuwenden gehabt, die keine Verstärkung der Instabilität der Hornhaut verursache. Tatsächlich hätte sich Dr. K***** zur Durchführung einer astigmatischen Keratomie (AK) zu entschließen gehabt (Schriftsatz vom 24.2.2005 = ON 7). Zur Höhe des Schmerzengeldbegehrrens brachte der Kläger vor, er habe während des Eingriffes am 2.4.2002 sehr starke Schmerzen gehabt, worauf die Augenlidhalterung herausgesprungen sei und der Laservorgang für einige Zeit unterbrochen werden hätte müssen. Die Schmerzen seien offensichtlich auf eine unzureichende Betäubung zurückzuführen gewesen.

Der ständige Druck, in absehbarer Zeit mit völliger Blindheit rechnen zu müssen, habe die Lebensqualität des Klägers beeinträchtigt. Er sei unsicher geworden, traue sich nicht mehr mit dem Auto zu fahren und habe Schwierigkeiten in der Wahrnehmung von Unebenheiten oder Stiegen, Zukunftsängste, die zu Schlafstörungen führen. Er sei nervös und habe Angst wegen seiner Sehbeeinträchtigung in seinem Beruf als Krankenpfleger zu versagen. Zudem sei er um Vieles lichtempfindlicher geworden und habe sein bevorzugtes Hobby „Lesen“ aufgeben müssen (Vorbringen Klage ON 1). Er leide auch wegen der Ungewissheit weiterer Behandlungen an psychischen Schmerzen (Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 28.2.2006, AS 229). Er begehre auch Schadenersatz wegen vermehrter ärztlicher Aufwendungen im Gesamtbetrag von EUR 509,35 (aufgeschlüsselt im Schriftsatz ON 7).

Da der Kläger ständig unter Schwankungen seiner Zylinderwerte zu leiden habe, weshalb sich fortlaufend die Stärken seiner Brillengläser ändern und er daher zu deren Austausch veranlasst sei, sowie zur Behebung seines Leidens zukünftig mit einer Transplantation einer Hornhaut zu rechnen habe, habe er auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Haftung der beklagten Partei für die genannten Spät- und Dauerfolgen.

Die beklagte Partei wendet gegen den Grund der Klagsansprüche im Wesentlichen ein, die Lasik-Operation sei die einzige Möglichkeit einer operativen Reduktion des Astigmatismus gewesen. Die bogenförmige Keratotomie sei weniger geeignet gewesen, weil sie ihren therapeutischen Effekt in einer Schwächung der Hornhaut zeitige. Da diese beim Kläger auf Grund seiner Erkrankung schon geschwächt gewesen sei, habe sie auch nicht empfohlen werden können. Die Lasik-Operation sei in zwei voneinander getrennt vorgenommenen operativen Eingriffen lege artis durchgeführt worden. Die beim Kläger aufgetretenen Schmerzen seien auf dessen übergroße Ängstlichkeit zurückzuführen gewesen.

Bei der Operation sei lege artis und ohne nachteilige Auswirkung auf den Kläger ein Teil des Stroma - und nicht Hornhautepithel - abgetragen worden.

Auch die Höhe des Schmerzengeldanspruches werde bestritten. Mit dem angefochtenen Urteil

1) verpflichtete das Erstgericht die beklagte Partei zur Zahlung von EUR 3.509,35 s.A.,

1. 2)Ziffer 2

wies das Mehrbegehren von EUR 7.000,-- s.A. ab und

2. 3)Ziffer 3

stellte die Haftung der beklagten Partei für zukünftig entstehende Schäden, welche auf den vom 2.4.2002 erfolgten, augenärztlichen Lasikeingriff zurückzuführen seien, fest,

wobei es - über den unstrittigen Sachverhalt hinaus - die auf den Seiten 3 bis 6 der Urteilsausfertigung (AS 239-245) wiedergegebenden Feststellungen, auf die verwiesen wird, traf und diese rechtlich dahingehend würdigte, dass dem behandelnden Arzt im AKH Wien ein Behandlungsfehler vorzuwerfen sei, weil er dem Kläger eine nicht geeignete Behandlungsmethode vorgeschlagen und diese durchgeführt habe.

Das Schmerzengeld werde unter Anwendung des § 273 ZPO und unter Berücksichtigung der sich aus der Ungewissheit

der weiteren Behandlung und den wechselnden Sehstärken ergebenden seelischen Schmerzen global mit EUR 3.000,-- bemessen. Das Schmerzengeld werde unter Anwendung des Paragraph 273, ZPO und unter Berücksichtigung der sich aus der Ungewissheit der weiteren Behandlung und den wechselnden Sehstärken ergebenden seelischen Schmerzen global mit EUR 3.000,-- bemessen.

Der Kläger habe daher Anspruch auf Schmerzengeld von EUR 3.000,-- und die sonstigen Schäden von EUR 509,35, das Zahlungsmehrbegehr sei abzuweisen.

Das Feststellungsbegehr sei berechtigt, weil Spätfolgen nicht auszuschließen seien und als Dauerfolge eine wechselnde Sehstärke vorliege.

Rechtliche Beurteilung

Gegen den

- -Strichaufzählung
klagsabweisenden Teil dieses Urteils von EUR 7.000,-- s.A. richtet sich die Berufung des Klägers,
- -Strichaufzählung
klagsstattgebenden Teil von EUR 3.509,35 s.A. und Feststellung die der beklagten Partei,

jeweils primär mit auf Abänderung gerichteten Berufungsanträgen, in eventu wird jeweils ein Aufhebungsbegehr gestellt (Berufung des Klägers ON 39; Berufung der beklagten Partei ON 38). Beide Parteien beantragen, der Berufung der Gegenseite nicht Folge zu geben (Berufungsbeantwortung des Klägers ON 41; Berufungsbeantwortung der beklagten Partei ON 40).

Beide Berufungen sind berechtigt.

Zur Berufung des Klägers:

Unter dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügt der Kläger die Zurückweisung seines Antrages auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens unter Hinweis auf Verschleppung nach den §§ 179 und 275 Abs 2 ZPO, im Wesentlichen mit dem Argument, er habe dieses Beweisanbot nicht in der offenkundigen Absicht zurückgehalten, den Prozess zu verschleppen. Der Kläger beantragte in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 28.2.2006 zum Beweis seiner psychischen Schmerzen wegen der Ungewissheit weiterer Behandlungen die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet der Psychiatrie, „falls das Gericht nicht in der Lage sein sollte, aus eigenem die Schmerzen zu beurteilen“. Unter dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügt der Kläger die Zurückweisung seines Antrages auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens unter Hinweis auf Verschleppung nach den Paragraphen 179 und 275 Absatz 2, ZPO, im Wesentlichen mit dem Argument, er habe dieses Beweisanbot nicht in der offenkundigen Absicht zurückgehalten, den Prozess zu verschleppen. Der Kläger beantragte in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 28.2.2006 zum Beweis seiner psychischen Schmerzen wegen der Ungewissheit weiterer Behandlungen die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet der Psychiatrie, „falls das Gericht nicht in der Lage sein sollte, aus eigenem die Schmerzen zu beurteilen“.

Damit hat der Kläger einen bedingten Beweisantrag gestellt. Bedingte Prozesshandlungen sind aber nur dann zulässig, wenn die Bedingung an eine in einem bereits eingeleiteten Verfahrenabschnitt eintretende innerprozessuale Tatsache oder an einen entsprechenden Vorgang geknüpft ist (Fasching LB² Rz 758, 1133). Die zur Bedingung dieses Beweisantrages gemachte Selbsteinschätzung des Richters, ob er in der Lage sei, die psychischen Schmerzen des Klägers einzuschätzen oder nicht, ist keine innerprozessuale Tatsache oder innerprozessualer Vorgang - wie etwa ein Eventualbegehr, über das entschieden wird, wenn dem Hauptbegehr nicht stattgegeben wird.

Da der bedingte Beweisantrag des Klägers unzulässig war, kommt es nicht darauf an, ob er verspätet oder in Verschleppungsabsicht gestellt wurde. Das Verfahren war daher nicht aus dem vom Kläger aufgezeigten Grund mangelhaft.

Unter dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung wendet sich der Kläger gegen die

- -Strichaufzählung
Nichtberücksichtigung des Ausmaßes der psychischen Schmerzen bei der Ausmessung des Schmerzengeldes von EUR 3.000,-- und
- -Strichaufzählung
die Unterlassung von Feststellungen zur psychischen Situation des Klägers (sekundärer Feststellungsmangel iSS 496 Abs 1 Z 3 ZPO). Im angefochtenen Urteil finden sich keine Feststellungen über die Behauptungen des

Klägers die Unterlassung von Feststellungen zur psychischen Situation des Klägers (sekundärer Feststellungsmangel) ist Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO). Im angefochtenen Urteil finden sich keine Feststellungen über die Behauptungen des Klägers

- -Strichaufzählung
er stehe ständig unter Druck, in absehbarer Zeit völlig blind zu werden;
- -Strichaufzählung
er traue sich nicht mehr mit dem Auto zu fahren;
- -Strichaufzählung
er habe größte Schwierigkeiten in der Wahrnehmung von Unebenheiten oder Stiegen;
- -Strichaufzählung
er leide unter Zukunftsängsten, die zu Schlafstörungen führen;
- -Strichaufzählung
er sei sehr nervös;
- -Strichaufzählung
er habe Angst wegen seiner Sehbeeinträchtigung in seinem Beruf als Krankenpfleger zu versagen;
- -Strichaufzählung
er habe sein bevorzugtes Hobby „Lesen“ aufgeben müssen. Feststellungen über die Behauptungen wären für die Globalbemessung des vom Kläger geltend gemachten Schmerzengeldes unter Berücksichtigung sämtlicher psychischer Alterationen notwendig gewesen.

Das Schmerzengeld soll dem Verletzten einen Ausgleich für erlittene Schmerzen und entgangene Lebensfreude bieten und dadurch zur Überwindung seiner Unlustgefühle beitragen. Das Gericht hat das Schmerzengeld nach Art und Dauer der erlittenen Verletzung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Das Schmerzengeld ist im Rahmen einer Globalbemessung zu bestimmen, bei der die Schwere der erlittenen Verletzungen ebenso zu berücksichtigen ist wie die Dauer und die Intensität der körperlichen Schmerzen und die seelische Beeinträchtigung (Harrer in Schwimann Praxiskommentar VII³ Rz 74 zu § 1325 ABGB; Reischauer in Rummel II³ Rz 49 zu § 1325 ABGB; jeweils mit zahlreichen Judikaturnachweisen). Schmerzen haben dabei nicht nur eine physische, sondern auch eine starke emotionale Komponente und zeigen sich auch im sozialen Leben des Betroffenen. Für die Globalbemessung des Schmerzengeldes sind auch sämtliche psychischen Beeinträchtigungen, wie etwa die Besorgnis über die mögliche Erblindung auf einem Auge (vgl SZ 26/67; ZVR 1957/100), Verminderung der Arbeitsfähigkeit (vgl JBl 1931, 61; ZVR 1957/181) und die übrigen, vom Kläger behaupteten seelischen Beeinträchtigungen mitzuberücksichtigen. Da das Erstgericht über die vom Kläger behaupteten psychischen Beeinträchtigungen keine Feststellungen getroffen hat, ist die Bemessung des Schmerzengeldes durch das Erstgericht vom Berufungsgericht nicht überprüfbar. Der Berufung des Klägers war daher Folge zu geben, ohne dass auf die Tatsachenrüge der Berufung des Klägers einzugehen war. Das Schmerzengeld soll dem Verletzten einen Ausgleich für erlittene Schmerzen und entgangene Lebensfreude bieten und dadurch zur Überwindung seiner Unlustgefühle beitragen. Das Gericht hat das Schmerzengeld nach Art und Dauer der erlittenen Verletzung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Das Schmerzengeld ist im Rahmen einer Globalbemessung zu bestimmen, bei der die Schwere der erlittenen Verletzungen ebenso zu berücksichtigen ist wie die Dauer und die Intensität der körperlichen Schmerzen und die seelische Beeinträchtigung (Harrer in Schwimann Praxiskommentar VII³ Rz 74 zu Paragraph 1325, ABGB; Reischauer in Rummel II³ Rz 49 zu Paragraph 1325, ABGB; jeweils mit zahlreichen Judikaturnachweisen). Schmerzen haben dabei nicht nur eine physische, sondern auch eine starke emotionale Komponente und zeigen sich auch im sozialen Leben des Betroffenen. Für die Globalbemessung des Schmerzengeldes sind auch sämtliche psychischen Beeinträchtigungen, wie etwa die Besorgnis über die mögliche Erblindung auf einem Auge vergleiche SZ 26/67; ZVR 1957/100), Verminderung der Arbeitsfähigkeit vergleiche JBl 1931, 61; ZVR 1957/181) und die übrigen, vom Kläger behaupteten seelischen Beeinträchtigungen mitzuberücksichtigen. Da das Erstgericht über die vom Kläger behaupteten psychischen Beeinträchtigungen keine Feststellungen getroffen hat, ist die Bemessung des Schmerzengeldes durch das Erstgericht vom Berufungsgericht nicht überprüfbar. Der Berufung des Klägers war daher Folge zu geben, ohne dass auf die Tatsachenrüge der Berufung des Klägers einzugehen war.

Zur Berufung der beklagten Partei:

Vorweg wird auch hier die Verfahrensrüge behandelt.

- 1) Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes:

Nach der Zustellung des augenfachärztlichen Gutachtens von Univ.Prof. Dr. F. Daxecker (ON 14) an die Parteienvertreter, beantragte die beklagte Partei die Ladung des Sachverständigen „zur nächsten Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung“ zum Zwecke der Erläuterung des Sachverständigengutachtens und gab eine umfangreiche Fragenliste bekannt (Schriftsatz ON 18).

Hierauf verfasste das Erstgericht ein Rechtshilfeersuchen an das Bezirksgericht Innsbruck, mit dem Ersuchen, den an der Universitäts-Augenklinik Innsbruck tätigen Sachverständigen zu laden und dessen Gutachten anhand der Fragenliste der beklagten Partei zu erörtern (Beschluss ON 20).

Nachdem dem Beklagtenvertreter vom ersuchten Bezirksgericht Innsbruck eine Ladung zugestellt worden war, beantragte die beklagte Partei - unter Hinweis auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz und Rüge der Vernehmung im Rechtshilfeweg als Verfahrensmangel gemäß § 196 ZPO - die Ladung - und Erörterung des Gutachtens vor dem erkennenden Gericht (Schriftsatz ON 23). Nachdem dem Beklagtenvertreter vom ersuchten Bezirksgericht Innsbruck eine Ladung zugestellt worden war, beantragte die beklagte Partei - unter Hinweis auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz und Rüge der Vernehmung im Rechtshilfeweg als Verfahrensmangel gemäß Paragraph 196, ZPO - die Ladung - und Erörterung des Gutachtens vor dem erkennenden Gericht (Schriftsatz ON 23).

Diesen Antrag wies das Erstgericht mit verfahrensleitendem Beschluss vom 27.10.2005 (ON 24) ab, dies mit der Begründung, da der Sachverständige im Sprengel des Rechtshilfegerichtes wohne, seien die Schwierigkeiten der Terminvereinbarung und die Reisekosten des Sachverständigen wesentlich geringer (Beschluss ON 24). Die Erörterung des Sachverständigengutachtens wurde in der Folge vor dem ersuchten Richter des Bezirksgerichtes Innsbruck durchgeführt (Protokoll ON 28).

Der - in § 276 ZPO geregelte - Unmittelbarkeitsgrundsatz verlangt u. a., dass dem erkennenden Richter ein unmittelbarer persönlicher Eindruck von allen Beweisen verschafft wird, um ihm eine möglichst zuverlässige Grundlage für die freie Beweiswürdigung zu geben. Die Beweisaufnahme hat somit grundsätzlich unmittelbar durch den erkennenden Richter stattzufinden (Fasching Kommentar II² 1.Tb³ Einleitung Rz 44; vgl III² Rz 2 und 4 zu § 357 ZPO, Fucik in Rechberger Kommentar² Rz 6 vor § 171 ZPO). Vom Unmittelbarkeitsgrundsatz bestehen aber zur Vermeidung erhöhten Zeit- und Kostenaufwandes gesetzlich vorgesehene Ausnahmen. Insbesondere kann das Gericht die Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg durch das Bezirksgericht durchführen lassen, Der - in Paragraph 276, ZPO geregelte - Unmittelbarkeitsgrundsatz verlangt u. a., dass dem erkennenden Richter ein unmittelbarer persönlicher Eindruck von allen Beweisen verschafft wird, um ihm eine möglichst zuverlässige Grundlage für die freie Beweiswürdigung zu geben. Die Beweisaufnahme hat somit grundsätzlich unmittelbar durch den erkennenden Richter stattzufinden (Fasching Kommentar II² 1.Tb³ Einleitung Rz 44; vergleiche III² Rz 2 und 4 zu Paragraph 357, ZPO, Fucik in Rechberger Kommentar² Rz 6 vor Paragraph 171, ZPO). Vom Unmittelbarkeitsgrundsatz bestehen aber zur Vermeidung erhöhten Zeit- und Kostenaufwandes gesetzlich vorgesehene Ausnahmen. Insbesondere kann das Gericht die Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg durch das Bezirksgericht durchführen lassen,

- -Strichaufzählung
in dessen Sprengel sich die Urkunde (§ 300 ZPO), in dessen Sprengel sich die Urkunde (Paragraph 300, ZPO),
- -Strichaufzählung
der Wohnort der zu vernehmenden Personen § 328 ZPO oder der Wohnort der zu vernehmenden Personen (Paragraph 328, ZPO) oder
- -Strichaufzählung
der vom Sachverständigen zwecks Befund oder Gutachten zu besichtigende Gegenstand § 352 Abs 1 ZPO oder vom Sachverständigen zwecks Befund oder Gutachten zu besichtigende Gegenstand (Paragraph 352, Absatz eins, ZPO)

befindet.

Die Ausnahme vom persönlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz bei der Aufnahme des Sachverständigenbeweises ist somit im § 352 Abs 1 ZPO - abschließend (Rechberger in Rechberger Praxiskommentar² Rz 1 zu § 352 ZPO) - geregelt. Der Sachverständigenbeweis muss danach ausnahmsweise dann nicht vor dem erkennenden Gericht aufgenommen werden, wenn die Ausnahme vom persönlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz bei der Aufnahme des Sachverständigenbeweises ist somit im Paragraph 352, Absatz eins, ZPO - abschließend (Rechberger in Rechberger Praxiskommentar² Rz 1 zu Paragraph 352, ZPO) - geregelt. Der Sachverständigenbeweis muss danach ausnahmsweise dann nicht vor dem erkennenden Gericht aufgenommen werden, wenn

- -Strichaufzählung

ein vom Sachverständigen zu besichtigender Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann, oder

- -Strichaufzählung

die Aufnahme des Sachverständigenbeweises vor dem erkennenden Gericht anderen erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde. Keine dieser Voraussetzungen für die Beweisaufnahme durch Sachverständige im Rechtshilfsweg lag in diesem Fall vor. Selbst wenn die vom Erstgericht im Beschluss über die Ablehnung der Gutachtenserörterung vor dem erkennenden Gericht angeführten Kosten- und Zeitersparnisgründe zutreffen würden, läge darin kein gesetzlich vorgesehener Grund für die Einschränkung des zivilprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatzes.

Die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes begründet - jedenfalls wenn sie nach § 196 ZPO gerügt wurde - eine Mängelhaftigkeit des Verfahrens (Fasching aaO Rz 49; Rechberger in Fasching Kommentar III² Rz 1 zu § 352 ZPO). Die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes begründet - jedenfalls wenn sie nach Paragraph 196, ZPO gerügt wurde - eine Mängelhaftigkeit des Verfahrens (Fasching aaO Rz 49; Rechberger in Fasching Kommentar III² Rz 1 zu Paragraph 352, ZPO).

Die Wesentlichkeit dieses Verfahrensmangels ist offensichtlich, weil auch der erkennende Richter einen persönlichen Eindruck vom Sachverständigen bei der Beantwortung der von den Parteienvertretern - möglicherweise erst während der mündlichen Erörterung des Gutachtens - gestellten Fragen bekommen soll. Das Erstgericht wird im fortzusetzenden Verfahren, die von der beklagten Partei beantragte Gutachtenserörterung vor dem erkennenden Gericht durchzuführen haben.

2) Weiteres Sachverständigungsgutachten aus dem Fachgebiet der Augenheilkunde:

Auf diesen in der Berufung der beklagten Partei geltend gemachten Verfahrensmangel, nach dem sie im Schriftsatz vom 8.2.2006 (= ON 31) den Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigungsgutachtens aus dem Fachgebiet der Augenheilkunde gestellt habe, ist im Berufungsverfahren des ersten Rechtsganges nicht einzugehen, weil das angefochtene Urteil ohnedies wegen der Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes aufzuheben war und die Notwendigkeit der Einholung eines weiteren Gutachtens aus dem Fachgebiet der Augenheilkunde erst nach der mündlichen Gutachtenserörterung des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. F*****D***** vor dem erkennenden Gericht beurteilt werden kann.

Da das Erstgericht dem von der beklagten Partei in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 28.2.2006 gestellten Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens aus dem Fachgebiet der Augenheilkunde nicht wegen sachlicher Unerheblichkeit (§ 275 Abs 1 ZPO), sondern wegen „Verschleppung gemäß §§ 179 und 275 Abs 2 ZPO“ zurückgewiesen hat, ist vom Berufungsgericht zu klären, ob diese Zurückweisung unberechtigt war und folglich der Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens im fortzusetzenden Verfahren des zweiten Rechtsganges meritorisch zu behandeln ist oder nicht. Vorab ist klarzustellen, dass die beklagte Partei dieses Gutachten nicht zu in der Tagsatzung vom 28.2.2006 erstmals erstattetem Tatsachenvorbringen („neues Vorbringen“), sondern zur Widerlegung des eingeholten Sachverständigungsgutachtens, ohne das Tatsachenvorbringen zu erweitern, beantragt hat. § 179 ZPO idF Art II Z 11 ZVN 2002, BGBl I 2002/76, der die Möglichkeit eröffnet, das Vorbringen tatsächlicher Behauptungen und Beweismittel zurückzuweisen, wenn es grob schuldhaft nicht früher vorgebracht wurde, ist daher insoweit nicht anzuwenden, als in der letzten Tagsatzung kein „neues Vorbringen“ erstattet wurde. Da das Erstgericht dem von der beklagten Partei in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 28.2.2006 gestellten Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens aus dem Fachgebiet der Augenheilkunde nicht wegen sachlicher Unerheblichkeit (Paragraph 275, Absatz eins, ZPO), sondern wegen „Verschleppung gemäß Paragraphen 179 und 275 Absatz 2, ZPO“ zurückgewiesen hat, ist vom Berufungsgericht zu klären, ob diese Zurückweisung unberechtigt war und folglich der Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens im fortzusetzenden Verfahren des zweiten Rechtsganges meritorisch zu behandeln ist oder nicht. Vorab ist klarzustellen, dass die beklagte Partei dieses Gutachten nicht zu in der Tagsatzung vom 28.2.2006 erstmals erstattetem Tatsachenvorbringen („neues Vorbringen“), sondern zur Widerlegung des eingeholten Sachverständigungsgutachtens, ohne das Tatsachenvorbringen zu erweitern, beantragt hat. Paragraph 179, ZPO in der Fassung Art römisch II Ziffer 11, ZVN 2002, BGBl römisch eins 2002/76, der die Möglichkeit eröffnet, das Vorbringen tatsächlicher Behauptungen und Beweismittel zurückzuweisen, wenn es grob schuldhaft nicht früher vorgebracht wurde, ist daher insoweit nicht anzuwenden, als in der letzten Tagsatzung kein „neues Vorbringen“ erstattet wurde.

In Lehre und Rechtsprechung herrscht Uneinigkeit über die Frage, ob die Kriterien des § 179 ZPO für die Zurückweisung von verspätetem Tatsachenvorbringen (objektiv grob schuldhafte Verspätung des Vorbringens) auch auf die - primär nach § 275 Abs 2 ZPO zu beurteilende - Zurückweisung angebotener Beweise für „altes Vorbringen“ angewendet werden sollen. § 275 Abs 2 ZPO wurde durch die Zivilverfahrensnovelle 2002 nicht geändert, weshalb nach dem Wortlaut der Bestimmung für die Zurückweisung eines Antrages auf Aufnahme eines Beweismittels für ein bereits bekanntes Beweisthema Verschleppungsabsicht der beweisantragstellenden Partei - und nicht bloß deren objektives grobes Verschulden an der Verspätung - gefordert wird (dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung folgend: Rechberger in Fasching III² Rz 7 zu § 275 ZPO). Andere erkennen in der Ungleichbehandlung der in § 179 und § 275 Abs 2 ZPO geregelten Fälle ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers und legen § 275 Abs 2 ZPO „korrigierend“ nach den strengereren Voraussetzungen des § 179 ZPO aus (Beran u.a. (Franz) Klein aber fein, RZ 2002, 270f; M. Bydlinski, ZPO mit Kommentar zur ZVN 2002, 94; OLG Linz 29.3.2004, 2 R 56/04z; offenbar auch LGZ Graz 7.5.2004, 7 R 46/04t; MGA16 E 11 zu § 275). In Lehre und Rechtsprechung herrscht Uneinigkeit über die Frage, ob die Kriterien des Paragraph 179, ZPO für die Zurückweisung von verspätetem Tatsachenvorbringen (objektiv grob schuldhafte Verspätung des Vorbringens) auch auf die - primär nach Paragraph 275, Absatz 2, ZPO zu beurteilende - Zurückweisung angebotener Beweise für „altes Vorbringen“ angewendet werden sollen. Paragraph 275, Absatz 2, ZPO wurde durch die Zivilverfahrensnovelle 2002 nicht geändert, weshalb nach dem Wortlaut der Bestimmung für die Zurückweisung eines Antrages auf Aufnahme eines Beweismittels für ein bereits bekanntes Beweisthema Verschleppungsabsicht der beweisantragstellenden Partei - und nicht bloß deren objektives grobes Verschulden an der Verspätung - gefordert wird (dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung folgend: Rechberger in Fasching III² Rz 7 zu Paragraph 275, ZPO). Andere erkennen in der Ungleichbehandlung der in Paragraph 179 und Paragraph 275, Absatz 2, ZPO geregelten Fälle ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers und legen Paragraph 275, Absatz 2, ZPO „korrigierend“ nach den strengereren Voraussetzungen des Paragraph 179, ZPO aus (Beran u.a. (Franz) Klein aber fein, RZ 2002, 270f; M. Bydlinski, ZPO mit Kommentar zur ZVN 2002, 94; OLG Linz 29.3.2004, 2 R 56/04z; offenbar auch LGZ Graz 7.5.2004, 7 R 46/04t; MGA16 E 11 zu Paragraph 275,

ZPO).

Der erkennende Berufungssenat vertritt jedoch die Auffassung, dass die §§ 179 ZPO und § 275 Abs 2 ZPO verschiedene Präklusionsfälle regeln. Der erkennende Berufungssenat vertritt jedoch die Auffassung, dass die Paragraphen 179, ZPO und Paragraph 275, Absatz 2, ZPO verschiedene Präklusionsfälle regeln.

Verspätung bei Vorbringen und Beweisanträgen:

Nach § 179 ZPO kann das Gericht

- -Strichaufzählung
Tatsachenvorbringen und/oder
- -Strichaufzählung
Beweisanträge, seien sie [objektiv] zu altem oder zu neuem Tatsachenvorbringen gestellt,

zurückweisen, wenn sie grob schuldhaft verspätet vorgebracht wurden.

Verschleppungsabsicht bei Beweisanträgen:

Nach § 275 Abs 2 ZPO kann das Gericht

- -Strichaufzählung
angebotene Beweise, seien sie nun zu altem oder zu neuem Vorbringen angeboten worden,
- -Strichaufzählung
zurückweisen, wenn sie in Verschleppungsabsicht, wenn auch nicht verspätet (etwa die Beantragung einer großen Zahl von im Ausland lebenden Zeugen in der Klagebeantwortung) gestellt wurden. Dieses Verständnis hat den Wortlaut des § 275 Abs 2 ZPO [wenn auch die systematische Einordnung der Bestimmungen dagegen sprechen mag] auf seiner Seite, ohne die Möglichkeit das Verfahren durch die Zurückweisung verspäteter Beweisanträge [auch] zu altem Vorbringen nach § 179 ZPO zu beschleunigen zu verlieren zurückweisen, wenn sie in Verschleppungsabsicht, wenn auch nicht verspätet (etwa die Beantragung einer großen Zahl von im Ausland lebenden Zeugen in der Klagebeantwortung) gestellt wurden. Dieses Verständnis hat den Wortlaut des Paragraph 275, Absatz 2, ZPO [wenn auch die systematische Einordnung der Bestimmungen dagegen sprechen mag] auf seiner Seite, ohne die Möglichkeit das Verfahren durch die Zurückweisung verspäteter Beweisanträge [auch] zu

altem Vorbringen nach Paragraph 179, ZPO zu beschleunigen zu verlieren.

In diesem Fall war die Zurückweisung des Antrages auf Bestellung eines weiteren Sachverständigen wegen Verspätung jedenfalls nicht gerechtfertigt, weil die beklagte Partei den Antrag bei erster Gelegenheit nach der mündlichen Erörterung des schriftlichen Sachverständigengutachtens im Rechtshilfeweg gestellt hat

(Schriftsatz vom 8.2.2006 = ON 31, Zurückweisung durch den Beschluss des Erstgerichtes vom 14.2.2006 = ON 32; mündlicher Vortrag eines

inhaltsgleichen Antrages in der nächstfolgenden Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 28.2.2006, AS 231).

Da der Beweisantrag dem bisherigen Vorbringen der beklagten Partei nicht widerspricht, nicht allgemein gehalten ist und auch sonst keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass der Beweisantrag der Verschleppung dienen soll, kann die Zurückweisung des Antrages auch mit § 275 Abs 2 ZPO nicht begründet werden.inhaltsgleichen Antrages in der nächstfolgenden Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 28.2.2006, AS 231). Da der Beweisantrag dem bisherigen Vorbringen der beklagten Partei nicht widerspricht, nicht allgemein gehalten ist und auch sonst keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass der Beweisantrag der Verschleppung dienen soll, kann die Zurückweisung des Antrages auch mit Paragraph 275, Absatz 2, ZPO nicht begründet werden.

Das Erstgericht wird daher im fortzusetzenden Verfahren den Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens meritorisch zu behandeln haben.

3) Vernehmung des Zeugen Dr. Stefan Kaminski:

Über den in der Klagebeantwortung gestellten Antrag der beklagten Partei auf Vernehmung des Zeugen Dr. Stefan Kaminski (AS 17) hat das Erstgericht explizit nicht entschieden.

Die implizite Abweisung dieses Antrages erfolgte jedoch im ersten Rechtsgang im Ergebnis zu Recht, weil über das Beweisthema der Risikoauklärung des Patienten über eine empfohlene und angewandte Beahndlungsmethode keine Beweise aufzunehmen sind, wenn schon ein Behandlungsfehler bejaht wird.

Sollte das Erstgericht im zweiten Rechtsgang nach Verfahrensergänzung zu dem Ergebnis kommen, dass den Erfüllungsgehilfen der beklagten Partei kein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, wird es über den Antrag auf Vernehmung des Zeugen Dr. S***** K***** zu entscheiden haben.

4) Unterlassene Vernehmung der Zeugin A***** H*****:

Auch für diese Zeugin gilt das zu 3) Ausgeführte.

Es war daher auch der Berufung der beklagten Partei Folge zu geben, das angefochtene Urteil aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

Anmerkung

EW00597 13R163.06w

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OLG0009:2006:01300R00163.06W.1229.000

Dokumentnummer

JJT_20061229_OLG0009_01300R00163_06W0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>