

Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener Streitvermeider?

Michael Graf und Dominique Werner, Freiburg i. Br.*

I. Problemaufriss

Das selbstständige Beweisverfahren wird im Arzthaftungsrecht in der Praxis immer noch recht stiefmütterlich behandelt. Unproblematisch ist ein selbstständiges Beweisverfahren zur Feststellung eines Behandlungsfehlers prinzipiell zulässig¹. Das große Problem für die Patientenseite war jedoch bislang, dass die Aufklärungsrüge im selbstständigen Beweisverfahren als Streitgegenstand oftmals nicht zugelassen wurde und insoweit keine Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB bewirkt werden konnte. Streitig war, ob der Aufklärungsfehler nicht vielmehr eine Rechtsfrage und keine „Ursache eines Personenschadens“ i. S. d. § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO sei². Denn die Hemmung der Verjährung setzt voraus, dass das selbstständige Beweisverfahren diesbezüglich zulässig ist und die Beweisfragen sich auch auf die Aufklärungsfehler beziehen, da bei einem Schadensersatzanspruch, der auf mehrere Fehler in Form von Behandlungsfehlern und/oder Aufklärungsfehlern gestützt werden kann, jegliche Pflichtverletzungen verjährungsrechtlich selbstständig zu behandeln sind. Damit ist die Verjährung nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB nach allgemeinen Grundsätzen für jeden Fehler bzw. Streitgegenstand gesondert zu beurteilen. Das setzt allerdings nicht voraus, dass die jeweiligen Pflichtverletzungen zu unterschiedlichen Schäden geführt haben, sondern gilt auch dann, wenn die Pflichtverletzungen denselben Schaden verursacht haben³.

Letztlich führte dies bislang dazu, dass die Antragstellerpartei nur mit Einreichen einer Arzthaftungsklage die Verjährung aller Ansprüche (d. h. wegen Behandlungs- und Aufklärungsfehler) sicher und umfassend hemmen konnte.

Mittlerweile hat der BGH mit Beschluss vom 24. 9. 2013 die „Karten neu gemischt“ und den groben Behandlungsfehler als Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens zugelassen, obwohl auch dieses beweisrechtliche Kausalitätstatbestandsmerkmal letztlich eine Rechtsfrage ist⁴. Vor diesem Hintergrund sprechen sich – neben zahlreichen LG-Entscheidungen – spätestens der Beschluss des OLG Hamburg vom 11. 10. 2016 sowie auch der aktuelle Beschluss des OLG Nürnberg vom 14. 3. 2017 nunmehr klar für die Zulässigkeit der Aufklärungsfehlerüge im selbstständigen Beweisverfahren aus⁵.

II. Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht, insbesondere bezüglich der Aufklärungsrüge (§ 485 Abs. 2 ZPO)

1. Streitstand bis zum Jahr 2013

Nachdem die Vorinstanzen die Anordnung eines Verfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO noch abgelehnt hatten, weil im Arzthaftungsrecht die vorprozessuale Beweissicherung nur bei einem drohenden

Beweismittelverlust in Betracht komme und einer sachgerechten Beweiserhebung eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung durch das Gericht vorhergehen müsse, stellte der BGH bereits 2003 im Grundsatz fest, dass im Arzthaftungsrecht ein rechtliches Interesse an der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO nicht grundsätzlich unzulässig ist⁶. Der Wortlaut des § 485 Abs. 2 ZPO lasse eine grundsätzliche Ausklammerung der Arzthaftungssachen aus dem Anwendungsbereich der Norm nicht zu und das rechtliche Interesse als Zulässigkeitskriterium sei weit auszulegen⁷. Das Risiko, dass das Gutachten auf einer ungesicherten tatsächlichen Grundlage erstattet werde, sei von der Antragstellerpartei zu tragen und über die Kostenfolge des § 96 ZPO zu regeln. Insbesondere bestehe kein Vorrang von außergerichtlichen Schlichtungsverfahren vor dem selbstständigen Beweisverfahren⁸. Auch in der Begründung des Entwurfs für das Rechtspflegevereinfachungsgesetz wurde das selbstständige Beweisverfahren gerade auch für Arzthaftungsprozesse angedacht, wenn der Streit zwischen den Parteien nur von der Entscheidung tatsächlicher Fragen abhängt und eine vorprozessuale Begutachtung deswegen eher zu der Klärung – und damit einer gütlichen Lösung des Streits – als in einen Prozess führen würde⁹. Letztlich stellte der BGH schon damals fest, dass Sinn und Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens die Entlastung der Gerichte sei und die Parteien unter Vermeidung eines Rechtsstreits zu einer raschen und kostensparenden Einigung gebracht werden können¹⁰. Von einer Verfahrensverzögerung kann damit – entgegen der Ansicht der Kritiker des selbstständigen Beweisverfahrens¹¹ – in der Regel nicht die Rede sein. Die Gegenstimmen kritisieren zwar, dass allein mit den Tatsachenfeststellungen ein Hauptsacheprozess nicht entschieden werden könne, weil es noch der Klärung der Rechtsfragen wie des Verschuldens des Arztes und der Kausalität der Verletzung für den Schaden bedarf. Allerdings wird hier verkannt, dass es im selbstständigen Beweisverfahren gerade nicht um die Entscheidung des Rechtsstreits, sondern primär um dessen Vermeidung (oder zumindest um dessen Vorbereitung) geht. In den meisten Fällen werden die Feststellung des Schadens und der hierfür maßgeblichen Gründe im selbstständigen Beweisverfahren einen etwaigen Behandlungs- und gegebenenfalls Aufklärungsfehler und dessen Kausalität greifbar erkennen lassen. Damit kann bereits vorprozessual der Boden für eine Prozessvermeidung geschaffen werden, d. h. diese Vorgehensweise wird durchaus prozessökonomisch sein¹².

2. Grundsatzentscheidung des BGH im Jahr 2013

Im Jahr 2013 hat sich der BGH nunmehr für eine *unbeschränkte* Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO im Arzthaftungsrecht ausgesprochen¹³. Gemäß dieser aktuellen Entscheidung des BGH und auch laut Ansicht der meisten Oberlandesgerichte genügt für die Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht lediglich eine *mögliche Verwertbarkeit oder generelle Eignung zur Streitbeilegung*¹⁴. Das OLG Nürnberg führte hierzu aus:

„Nach allem kommt es weder darauf an, ob das selbstständige Beweisverfahren im Einzelfall geeignet ist, den Stoff eines eventuellen späteren Prozesses vollständig zu klären, noch darauf, ob es im Vergleich zu einer sofortigen Klageerhebung besonders zweckmäßig ist.“¹⁵

Deshalb ist ein selbstständiges Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht zur Feststellung eines (auch groben) Behandlungsfehlers und auch weiterer haftungsbegründender Tatsachenfragen zulässig 16

3. Möglichkeit der Rechtsstreitvermeidung genügt

Voraussetzung für einen Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens ist das *Vorliegen eines rechtlichen Interesses* (§ 485 Abs. 2 S. 1 ZPO). Ein rechtliches Interesse ist immer anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann (§ 485 Abs. 2 S. 2 ZPO). Der Begriff des rechtlichen Interesses i. S. v. § 485 Abs. 2 ZPO ist mithin weit zu fassen. Ein rechtliches Interesse kann nur dann verneint werden, wenn schon ein Rechtsverhältnis, ein möglicher Prozessgegner oder ein Anspruch nicht ersichtlich sind. Dabei kann es sich aber nur um völlig eindeutige Fälle handeln, in denen evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann 17. Allein das Bestreiten des Anspruchs durch die Antragspartei führt nicht zur Evidenz und damit nicht zum

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

915

Verlust des rechtlichen Interesses an der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens 18. Insbesondere ist es dem Gericht grundsätzlich verwehrt, bereits im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen 19. Hinzu kommt, dass eine Vermeidung des Rechtsstreits nicht notwendigerweise nur bei einem für die Antragstellerpartei positiven Beweisergebnis in Betracht kommt. Es besteht vielmehr auch die Möglichkeit, dass ein Sachverständiger zu einem für die Antragstellerpartei negativen Ergebnis gelangt, mit der Folge, dass sich die Antragstellerpartei fragen wird, inwieweit die Durchführung eines Rechtsstreits überhaupt noch erfolgversprechend wäre und sie sich gegen die Fortführung in einem Rechtsstreit entscheidet 20. Auch die Abstandnahme von einer ursprünglich beabsichtigten Klage aufgrund eines „negativen“ Beweisergebnisses dient damit der Vermeidung eines Rechtsstreits 21.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass unabhängig von den weiteren Anforderungen des vermeintlichen Anspruchs allein der Antragsteller nach § 485 ZPO Gefahr läuft, dass das von ihm erwirkte Gutachten in einem späteren Arzthaftungsprozess möglicherweise nicht ausreicht oder sich gar (beispielsweise bei der Frage der Haftungszurechnung) als unerheblich erweisen wird. Dieses Risiko hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen 22. Die Gefahr eines letztlich vielleicht vergeblich durchgeführten selbstständigen Beweisverfahrens kann deshalb nicht dazu führen, dass die vom Gesetzgeber ganz bewusst weit gefassten Antragsvoraussetzungen des § 485 Abs. 2 ZPO mit Rücksicht auf angebliche Besonderheiten bestimmter Streitsachen (wie dem Arzthaftungsrecht) wieder einzuschränken sind 23. Denn nach § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO reicht es, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen „kann“ (von einem „muss“ ist hier nicht die Rede). Deshalb kann die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens auch nicht mit der Begründung versagt werden, dass die Grundlage des medizinischen Gutachtens unsicher sei und hierüber später im Arzthaftungsprozess ohnehin weiterer Beweis erhoben werden müsse 24. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein von einer Partei in die Wege geleitetes selbstständiges Beweisverfahren die Voraussetzungen eines etwaigen Anspruchs mitunter nur ausschnittsweise behandelt und dass – sollte eine vorherige Streitvermeidung scheitern – im

anschließenden Hauptsacheverfahren gegebenenfalls weiter Beweis zu erheben ist; mithin ändert eine solche bloß „partielle gutachterliche Klärung“ nichts an der Zulässigkeit eines Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens 25 . So teilte auch der BGH im Jahr 2013 mit:

„Ein rechtliches Interesse an einer vorprozessualen Klärung der haftungsrechtlich maßgeblichen Gründe für einen Gesundheitsschaden durch einen Sachverständigen kann im selbstständigen Beweisverfahren auch dann gegeben sein, wenn zwar die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, jedoch für eine abschließende Klärung weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen.“ 26

Würde man dies anders sehen, so hätte es letztlich die Antragsgegenseite „in der Hand“, durch geschicktes Bestreiten die Zulässigkeit eines jeden Antrags zu „torpedieren“. Dies kann nicht der gesetzgeberische Wille zu § 485 Abs. 2 ZPO gewesen sein.

4. Weitere Antragsvoraussetzung: Klärungsfähige Tatsache

Klärungsfähige Tatsachen im Rahmen der Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht sind nach § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO insbesondere die Tatsachenfragen nach dem Zustand einer Person, der Ursache eines Personenschadens oder dem Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens. Uneinig war man sich besonders darüber, ob auch *Aufklärungsfehler* und die diesbezüglichen Beweisfragen die Tatbestandsvoraussetzung der „Ursache eines Personenschadens“ i. S. d. § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO erfüllen 27 .

a) Status quo ante

Das OLG Oldenburg weist in seinem Beschluss vom 3. 12. 2009 ohne genauere Begründung darauf hin, dass die Aufklärung selbst bei weiter Auslegung des § 485 Abs. 2 S. 1 ZPO keiner der genannten Fallgruppen zugeordnet werden könne und sie deshalb kein tauglicher Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens sei 28 . Auch das OLG Stuttgart stellt in seinem Beschluss vom 30. 3. 2015 ohne genaue Begründung fest:

„Weder den Zustand einer Person noch die Ursache eines Personenschadens betreffen aber Fragen zur ärztlichen Aufklärung. Sie sind deshalb grundsätzlich kein tauglicher Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens ...“ 29

Auch noch mit aktuellem Beschluss vom 23. 8. 2016 hält es mit dem Argument, dass Fragen der ärztlichen Aufklärung nur einen Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten darstellen würden, und mithin „kein tauglicher Gegenstand“ nach § 485 Abs. 2 ZPO seien, an dieser Auffassung fest 30 .

b) Status quo

Diese Auffassungen halten einer höchstrichterlichen Überprüfung nun nicht mehr stand. Zum einen sieht bereits der Gesetzgeber nach Einführung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten nicht nur den Behandlungsfehler, sondern auch den Aufklärungsfehler als Ursache eines Personenschadens an. Denn § 630 h BGB (Gesetzüberschrift: „Beweislast bei *Haftung* für Behandlungs- und *Aufklärungsfehler*“) schließt in Abs. 2 den Aufklärungsfehler als Ursache der Haftung ausdrücklich mit ein. Daneben führt ein Aufklärungsfehler regelmäßig dazu, dass sich der Patient einem rechtswidrigen (in der Regel komplikationsbehafteten) ärztlichen Eingriff unterzieht und gerade hierdurch einen Personenschaden erleidet; ohne diesen

Aufklärungsfehler hätte sich der Patient nicht (oder jedenfalls nicht in dieser Form) behandeln lassen und der konkrete Personenschaden wäre ausgeblieben. Zum anderen hat der BGH in seinem richtungsweisenden Beschluss vom 29. 4. 2013 nun geklärt, dass auch „Zwitterbeweisfragen“ wie die nach dem groben Behandlungsfehler im selbstständigen Beweisverfahren zulässig sind ³¹. Das heißt der BGH bestätigt die Zulässigkeit der Beweisfrage, obwohl die Frage – ebenso wie die Frage zum Aufklärungsfehler – (a) zum einen eine juristische Bewertung beinhaltet, die zwar an vom medizinischen Sachverständigen ermittelte

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im
Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener
Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

916

Tatsachen anknüpfen, jedoch nicht allein dem Sachverständigen überlassen werden dürfen, (b) zum anderen aber grundsätzlich einer gutachterlichen Bewertung als Maßstab bedarf:

„Zwar handelt es sich bei der vom Tatrichter vorzunehmenden Bewertung einer medizinischen Behandlung als grob fehlerhaft um eine juristische Beurteilung. Jedoch bedarf diese einer hinreichend tragfähigen tatsächlichen Grundlage in den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen (vgl. Senat vom 28. 5. 2002 – VI ZR 42/01 – VersR 2002, 1026 [1027]). Sie muss in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können. Es ist dem Tatrichter nicht gestattet, ohne entsprechende Darlegungen oder gar entgegen den medizinischen Ausführungen des ärztlichen Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler aufgrund eigener Wertung zu bejahen (vgl. Senat VersR 2002, 1026 [1027 f.] m. w. N.).“ ³²

Das Gleiche gilt entsprechend für die richterliche Prüfung und Bewertung eines Aufklärungsfehlers, da auch hier dem Tatrichter grundsätzlich nicht gestattet ist, ohne vorherige Bewertung eines Sachverständigen zu entscheiden ³³, oder die medizinischen Ausführungen des ärztlichen Sachverständigen zu den die Aufklärung betreffenden Beweisfragen anders zu bewerten ³⁴. Die vorprozessuale Klärung dieser Beweisfragen zu Aufklärungsfehlern ist als haftungsrechtlich maßgeblicher Grund für den Gesundheitsschaden der Antragstellerpartei auch prozessökonomisch, da erst nach deren gutachterlicher Klärung eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob die Ansprüche weiter verfolgt werden oder davon abgesehen wird, und es somit der Patientenseite in der Regel letztlich um Streitvermeidung geht ³⁵.

Ein selbstständiges Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht beinhaltet nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH die umfassende Klärung, ob die Behandlung „insgesamt“ vom geschuldeten ärztlichen Standard abweicht und ob diese Abweichung den Schaden (mit)verursacht hat oder hierzu zumindest geeignet war ³⁶. Entsprechend stellt *Stegers* zutreffend fest:

„Unter Ursache i. S. d. § 485 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wird man jedes Handeln des Antragsgegners gegenüber dem Antragsteller zu verstehen haben, soweit es schadensursächlich geworden sein könnte.“ ³⁷

Es handelt sich auch bei den die Aufklärung betreffenden Beweisfragen ³⁸ um die Klärung der diesbezüglich nötigen medizinischen Vorfragen eines durch rechtliche Wertung festzustellenden Aufklärungsfehlers, die das Gericht grundsätzlich nicht ohne Hinzuziehung eines medizinischen Sachverständigen beantworten kann ³⁹. Beispielsweise welches Ausmaß die ärztliche Aufklärung bedurft hätte, lässt sich auch für das Gericht erst beantworten, nachdem gutachterlich medizinisch

festgestellt wurde, welche konkreten Risiken und Alternativen überhaupt bei der streitgegenständlichen Behandlung bestehen und ob und inwieweit die (meist mit medizinischen Fachbegriffen durchwachsene bzw. verklausulierte) ärztliche Dokumentation insoweit nötige Angaben enthält oder nicht enthält. Werden im selbstständigen Beweisverfahren „die für den Gesundheitsschaden des Antragstellers maßgeblichen Gründe festgestellt“, wird aufgrund der Beurteilung des Behandlungsgeschehens „durch den medizinischen Sachverständigen nicht auszuschließen sein, dass auch erkannt wird, ob ein Aufklärungsfehler im Raum steht“ 40 . Wie auch der vom BGH entwickelte Begriff des groben Behandlungsfehlers ist der Begriff des Aufklärungsfehlers zunächst vom Sachverständigen mit medizinischen Wertungen auszufüllen, weshalb es mithin immer um die Klärung tatsächlicher medizinischer Umstände und nicht allein um eine rechtliche Beurteilung geht. Das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers besteht bereits darin, dass gerade diese medizinische Wertung ihm wichtige Anhaltspunkte für seine Entscheidung über die weitere Rechtsverfolgung (Verzicht auf ein Klageverfahren, gütliche Einigung usw.) verschafft. Insoweit sind auch diese Fragestellungen hier im selbstständigen Beweisverfahren als echte Tatsachenvorfragen bezüglich der Aufklärungshaftung i. S. d. § 485 Abs. 2 ZPO zulässig 41 . Für dieses Ergebnis streitet auch, dass die Frage nach der Ursache eines Personenschadens i. S. d. § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO in medizinischer Hinsicht durchaus vom Umfang der gebotenen Aufklärung mitbestimmt werden kann und sich ebenso der Zustand einer Person und die gebotene Aufklärung bedingen 42 . Auch *Stegers* äußerte sich hierzu, indem er feststellt:

„... war es das Bestreben des Gesetzgebers – ähnlich dem *pretrial discovery* im amerikanischen Recht – ein vorgeschaltetes, auf die Beweisthemen des Antragstellers und das Beweismittel eines Sachverständigengutachtens begrenztes Beweisverfahren zu installieren.“ 43

Die Frage nach den allgemeinen Risiken eines Eingriffs beispielsweise ist im Rahmen der Haftung als Ursache eines Personenschadens i. S. d. § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO in der Arzthaftungspraxis von großer Bedeutung, insoweit besteht ein rechtliches Interesse an der Feststellung dieser medizinischen Tatsachen als Vorfrage für die richterliche Bewertung 44 . Auch *Spickhoff* stellt fest:

„Die Aufklärung eines Patienten durch den Arzt soll nicht Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens sein können (OLG Oldenburg VersR 2010, 927). Das erscheint zweifelhaft. Der ‚Zustand einer Person‘, den § 485 Abs. 2 S. 1 ZPO nennt, kann in medizinischer Hinsicht durchaus konkret für den Umfang der gebotenen Aufklärung relevant sein.“ 45

Daneben kann auch die deliktisch relevante unzureichende Risiko-/Alternativenaufklärung Ursache eines Schadens und damit im Arzthaftungsrecht streitentscheidend sein. Auch die medizinischen Erfolgsaussichten und das Misserfolgsrisiko der Behandlung sind als medizinische Tatsachenfragen im Rahmen der Aufklärung von Bedeutung 46 . Über ein Misserfolgsrisiko ist stets dann genauer aufzuklären, wenn eine Operation zwar indiziert, aber nicht dringlich ist und anstelle der

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

917

Zustandsbesserung auch eine erhebliche Verschlechterung eintreten kann 47 . Daher besteht auch für diese Frage ein rechtliches Interesse 48 . Auch wenn der Sachverständige zu der medizinischen Bewertung bzw. Feststellung kommen sollte, dass die gesamten von der Behandlerseite

vorzulegenden ärztlichen Behandlungsunterlagen keine (oder eine nur unzureichende) ärztliche Aufklärungsdokumentationen enthalten, wäre diese Feststellung für die Bewertung als Schadensursache i. S. d. § 485 Abs. 2 ZPO ganz erheblich. Nach § 630 h Abs. 2 und 3 i. V. m. § 630 e BGB kommen dem Patienten gesetzliche Beweiserleichterungen zugute, wenn der Arzt die Durchführung der Aufklärung nicht richtig dokumentiert hat 49 . Liegt keine oder nur eine lückenhafte Dokumentation vor, besteht grundsätzlich die richterliche Vermutung, dass die nicht dokumentierten Maßnahmen nicht getroffen worden sind 50 .

Aus all diesen Gründen ist der Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht stets als „Ursache eines Personenschadens“ i. S. d. § 485 Abs. 2 ZPO zu bewerten. Insbesondere die sachverständige Bewertung der Aufklärungsdokumentation im selbstständigen Beweisverfahren muss zulässig sein 51 .

c) Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung

Der Beschluss des OLG Hamburg vom 11. 10. 2016 bestätigt, dass die ärztliche Aufklärung eines Patienten grundsätzlich zulässiger Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens ist.

„Der Senat hält es nicht für richtig, dass Fragen an einen Sachverständigen, die Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht betreffen, generell nicht Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens sein könnten, wie dies in Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Stuttgart vom 30. 3. 2015 – 1 W 11/15 – juris) und Literatur (vgl. etwa *Herget* in *Zöllner*, ZPO 31. Aufl. 2016 § 485 Rn. 9) vertreten wird.“ 52

Begründet wird dies vom OLG Hamburg mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, nach der das selbstständige Beweisverfahren eröffnet ist,

„wenn es darum geht, dem Sachverständigenbeweis zugängliche Fragen zu klären, aus deren Beantwortung sich ergeben kann, ob Ursache eines Personenschadens eine fehlerhafte Heilbehandlung ist (BGH vom 21. 1. 2003 – VI ZB 51/02 – BGHZ 153, 302 ff.).“

Es könne deshalb für die Beantwortung der Frage, ob Ursache eines Personenschadens eine eigenmächtige Heilbehandlung ist, nichts anderes gelten; zum gleichen Ergebnis kommt aktuell das OLG Nürnberg im Beschluss vom 14. 3. 2017 53 .

Dem stehe nach Auffassung des OLG Hamburg und des OLG Nürnberg auch nicht entgegen, dass die Frage nach einem Verstoß gegen die ärztliche Aufklärungspflicht nicht allein durch Einholung eines Sachverständigengutachtens beantwortet werden kann, sondern insbesondere die Frage nach dem Ob und Wie durch andere Beweismittel, wie den Zeugenbeweis, zusätzlich zu klären ist. Entsprechend des Beschlusses des BGH vom 24. 9. 2013 bestehe ein rechtliches Interesse an einer vorprozessualen Klärung auch dann, wenn das selbstständige Beweisverfahren zwar der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, aber für eine abschließende Klärung weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen 54 . Insbesondere die Fragen zu den Erfolgsaussichten, Misserfolgsrisiken und allgemeinen sowie besonderen typischen Risiken des Eingriffs können nur durch einen medizinischen Sachverständigen des jeweiligen Fachgebiets beurteilt werden. Nur so kann ermittelt werden, was der Inhalt eines ordnungsgemäßen ärztlichen Aufklärungsgesprächs hätte sein müssen 55 . Daraus schließt das OLG Hamburg, dass an der Beantwortung diesbezüglicher Fragen ein rechtliches Interesse i. S. d. § 485 Abs. 2 ZPO besteht, da sie

maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung über die Durchführung eines auf eine Aufklärungsrüge gestützten Arzthaftungsprozesses haben 56 .

III. Anforderungen an den Beweisantrag, den Tatsachenvortrag und an die Beweisfragen (§ 487 ZPO)

Die Tatsachen, welche die Zulässigkeit des Beweisverfahrens und die Zuständigkeit des Gerichts begründen, sind durch Vorlage der Behandlungsunterlagen glaubhaft zu machen (§ 487 Nr. 4 ZPO). Nicht der Glaubhaftmachung dagegen unterliegt der Tatsachenvortrag der Patientenseite zu den dem Sachverständigen unterbreiteten Fragen, zu deren Klärung die Begutachtung dienen soll, da dieser Vortrag grundsätzlich nicht auf seine Schlüssigkeit oder Erheblichkeit zu prüfen ist 57 .

Nicht selten sieht sich der Prozessbevollmächtigte des Patienten trotzdem dem Einwand ausgesetzt, dass der streitgegenständliche Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens einen *unzulässigen Beweisermittlungsantrag* darstellen würde. Ein solcher Ausforschungsantrag läge jedoch lediglich dann vor, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürliche, auf bloßer Vermutung beruhende, ohne jegliche tatsächliche Anhaltspunkte zu bezeichnende Behauptungen „aufs Geradewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt 58 . Schildert ein Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens – ähnlich einer Arzthaftungsklageschrift – ganz konkret das zu beanstandende Behandlungsgeschehen und werden dabei die einzelnen Vorwürfe aus Patientensicht tatsächlich und rechtlich im Rahmen der erleichterten Substanziierungsanforderungen des Arzthaftungsrechts gewürdigt und begründet, kann von einer willkürlichen Behauptung jedenfalls nicht die Rede sein. Der Beweisantrag wird in diesem Fall nicht als Ausforschung abqualifiziert werden können. Um § 487 ZPO zu genügen hat der Antragsteller den Verfahrensgegenstand lediglich so darzulegen und abzugrenzen, dass ein Sachverständiger Art und Umfang der übertragenen Tätigkeit erkennen kann 59 . *Huber* weist darauf hin, dass die Anforderungen an die Bezeichnung der Beweistatsachen „nicht überspannt“ werden dürfen und kommentiert zu Recht, dass lediglich der

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener Streitvermeider?(VersR 2017, 913)	918
---	-----

Vortrag so substanziiert sein muss, „dass der Verfahrensgegenstand zweifelsfrei abgrenzbar ist und ein Sachverständiger Art und Umfang der übertragenen Tätigkeit erkennen kann“ 60 . Auch *Herget* stellt klar, dass das Gericht nicht zu hohe Anforderungen an die Darlegung der Tatsachen und die Beweisfragen des Beweisantrags stellen darf, daher „sollte das Gericht bei der Bewilligung der Beweissicherung nicht zurückhaltend sein“ 61 .

Auch an die *Formulierung der Beweisfragen* dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Durch die weit formulierten Regelungen der §§ 487, 485 Abs. 2 ZPO und die diesbezügliche Rechtsprechung zeigen sowohl der Gesetzgeber als auch der BGH auf, dass es das Bestreben des Gesetzgebers ist, ähnlich dem *pretrial discovery* im amerikanischen Recht, ein vorgeschaltetes, auf die offenen Beweisfragen und Beweisthemen der Antragstellerpartei und auf das Beweismittel eines Sachverständigengutachtens gerichtetes Beweisverfahren zu installieren. Im Übrigen spricht selbst das Gesetz in § 487 ZPO nicht von „konkreten Beweisfragen“, nicht einmal überhaupt von „Beweisfragen“. Damit muss der Antragschriftsatz lediglich die *Tatsachen* ausreichend bezeichnen

(jedoch nicht die Beweisfragen), denn nach § 487 Nr. 2 ZPO genügt – wie in einer Klageschrift auch – „die Bezeichnung der Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll“.

Höchstrichterlich genügt es im Arzthaftungsprozess den Substanziierungsanforderungen bereits, wenn ein klagender Patient im Klagevortrag erkennen lässt, aus seiner Sicht bestünden ernsthafte Anhaltspunkte dafür, dass ein bestimmtes, im Krankenhaus XYZ anlässlich einer ambulanten Behandlung angewandtes Verfahren (dort: zur Tubendiagnostik mittels eines Kontrastmittels und Ultraschall) zum Eintritt eines Primärschadens (dort: einer Eileiter- und Bauchfellentzündung), einem hierdurch bedingten Krankenhausaufenthalt und einem bestimmten Dauerschaden geführt hat 62 . Im Hauptsacheverfahren genügt es bereits, wenn der Patient bzw. dessen Prozessbevollmächtigter den Ablauf der Behandlung in groben Zügen darstellt und angibt, dass sie misslungen ist, worin das Misslingen besteht, und die Verdachtsgründe mitteilt, die eine verwertbare Fehlbehandlung wenigstens plausibel erscheinen lassen 63 . Dabei ist die vollständige Klärung der Problematik anschließend einem Sachverständigen zu überlassen 64 .

Es ist nicht ersichtlich, weshalb im selbstständigen Beweisverfahren strengere Substanziierungsanforderungen als im Arzthaftungsprozess gelten sollen. Auch das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht unterliegt ganz erheblichen Darlegungserleichterungen zugunsten der Patientenseite. Zur Gewährleistung von „Waffengleichheit“ besteht auch hier die Verpflichtung des Gerichts, die Anforderungen für die Patientenseite maßvoll zu halten 65 . Im Rahmen des § 487 ZPO hat der Patient lediglich den Verfahrensgegenstand so darzulegen und abzugrenzen, dass ein Sachverständiger Art und Umfang der übertragenen Tätigkeit erkennen kann 66 . Dies bedeutet, dass bei Vorliegen eines Mindestmaßes an nachvollziehbarem Vorbringen seitens des Gerichts auch unsubstanzierte erhobene Vorwürfe eines Behandlungsfehlers nachgegangen werden kann 67 , die Parteien zu offenkundig fehlenden oder unklaren Tatsachen befragt bzw. zur Klarstellung aufgefordert werden können 68 und die ärztlichen Behandlungsunterlagen zur Ermittlung des Sachverhalts beizuziehen sind 69 . Auch um dem Sinn und Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens (vorsorgliche Beweiserhebung, Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten, rasche und kostensparende Einigung, Entlastung der Gerichte etc.) zu entsprechen, dürfen an die in ihm zu formulierenden Fragen keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Insbesondere dürfen – wie bereits gesagt – keine „höheren“ Anforderungen gestellt werden als im Haftungsprozess 70 . Nach Ansicht des BGH ist das erforderliche Minimalmaß an Substanziierung hinsichtlich der nach § 487 Nr. 2 ZPO zu bezeichnenden Beweistatsachen erst dann unterschritten, „wenn der Antragsteller in lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufstellt, ohne diese zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen“ 71 .

Es bleibt daher festzuhalten, dass eine unzulässige Ausforschung im Arzthaftungsklageverfahren nur mit absoluter Zurückhaltung anzunehmen ist, weil auch hier an die Substanziierungspflicht des Patienten nur sehr maßvolle Anforderungen gestellt werden dürfen 72 . Der Antragsteller muss lediglich unter Bezeichnung gewisser konkreter Anhaltspunkte die Behauptung eines ärztlichen Behandlungs-/Aufklärungsfehlers aufstellen 73 . Anderenfalls könnte auch der Zweck des § 493 Abs. 1 ZPO durch das im selbstständigen Beweisverfahren eingeholte Sachverständigengutachten nicht erfüllt werden. *Stegers* führt hierzu aus:

„Das selbstständige Beweisverfahren löst die Beweisstation insoweit aus einem Urteilsverfahren bzw. stellt sie voran. Es ist hierauf jedoch nicht in sensu stricto

beschränkt, denn außerhalb des Hauptsacheverfahrens darf keine Prüfung, ob das Beweismittel für den Hauptprozess erheblich ist, erfolgen.“ 74

Gemäß aktuellem Beschluss des OLG Karlsruhe (vom 2. 2. 2017 – 13 W 7/17) hat der Antragsteller im selbstständigen Beweisverfahren seine Beweisfrage nach den dokumentierten Aufklärungsmaßnahmen ausreichend konkret – d. h. unter Angabe des Datums von etwaigen Aufklärungsgesprächen/-dokumentationen – zu formulieren, der Antragsteller habe hierfür Einsicht in die Verfahrensakte und in die Originalunterlagen der Antragsgegnerpartei zu nehmen. Erst dann – so der Beschluss des OLG Karlsruhe – könne und müsse der Sachverständige die Beweisfrage zur Aufklärung begutachten. Natürlich bleibt im Grundsatz dann immer noch fraglich, wie ein Antragsteller (Patientenseite) bezüglich der Beweisfrage nach den dokumentierten Aufklärungsmaßnahmen seinen Antrag auf selbstständiges Beweisverfahren so konkret wie vom OLG Karlsruhe gefordert überhaupt stellen kann, da zum Zeitpunkt der Antragstellung noch gar kein gerichtliches Verfahren anhängig gewesen ist, in dem der Patient richterlich gewährte Akteneinsicht in die beigezogenen Originalunterlagen der Arztseite hätte nehmen können. Auch bleibt die grundsätzliche Frage offen, ob und wie ein Patient (als medizinischer Laie!) die nicht selten medizinisch kompliziert verklausulierten (und mit Kürzeln versehenen) ärztlichen Aufklärungsdokumentationen (auch im Hinblick auf den Zeitpunkt der etwaigen Aufklärungsdokumentationen) treffsicher lesen, durchdringen und prozessual richtig darstellen soll; dies gilt insbesondere wenn diese Aufklärungsdokumentationen unter Umständen nicht

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im
Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener
Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

919

vollständig sind oder teilweise sogar fehlen. Mithin kann dem Beschluss des OLG Karlsruhe vom 2. 2. 2017 entgegen gehalten werden, dass letztlich nur der medizinische Sachverständige die medizinische Ordnungsgemäßheit der streitigen Aufklärungsdokumentationen im Sinne der Beweisfrage überhaupt vollständig durchdringen und beurteilen können wird und daher an die Konkretisierung der Beweisfrage keine hohen Anforderungen zu stellen sein werden.

Abschließend sei nochmals auf *Stegers* verwiesen, der feststellt, dass die wenigen Gerichte, die weiterhin solche Beweisfragen ablehnen (die angeblich der Ausforschung dienen sollen) rechtsfehlerhaft die Frage der Zulässigkeit des Beweisverfahrens mit der Frage der Zweckmäßigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens verwechseln 75 . Ein selbstständiges Beweisverfahren und dessen Beweisfragen sind und bleiben auch dann vollständig rechtlich zulässig, wenn diese Fragen aus Sicht des Gerichtes (beispielsweise aufgrund ungesicherter Tatsachengrundlage) nicht zweckmäßig erscheinen. Denn laut aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung „soll allein der antragstellende Patient selbst entscheiden, ob er das Risiko einer Begutachtung auf ungesicherter Tatsachengrundlage eingehen will“ 76 . Darauf, ob das Vorgehen der Antragstellerpartei im konkreten Fall zweckmäßig ist, kommt es für die Zulässigkeit ihres Antrags nicht an 77 .

IV. Möglichkeit des Gerichts zur Umformulierung der Beweisfragen

Streitig ist, ob das Gericht im selbstständigen Beweisverfahren die beantragten *Beweisfragen* umformulieren oder präzisieren darf.

Nach Ansicht des OLG Stuttgart sei dies dem Gericht grundsätzlich verwehrt, es dürfe die Beweisfragen inhaltlich nicht so verändern und umformulieren, dass sie sich im Rahmen des Zulässigen bewegen 78 .

Diametral hierzu zeigt der aktuelle Beschluss des OLG Hamburg vom 11. 10. 2016, dass die Musterbeweisfragen zur Aufklärung (vgl. dazu unten unter V) zulässig sind und dass das Gericht diese umformulieren kann, wenn es diese präzisieren möchte 79 . Aktuell geht das OLG Karlsruhe sogar noch einen Schritt weiter: Gemäß der recht jungen Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 2. 2. 2017 (9 W 57/16) hat das Gericht im selbstständigen Beweisverfahren unklare oder missverständliche Formulierungen im Beweisantrag für seinen Beweisbeschluss (im Rahmen des vorgegeben Beweisthemas i. S. d. § 487 Abs. 2 ZPO) klarzustellen, zu konkretisieren und/oder zu ergänzen 80 .

Fazit: Das Gericht hat im eigenen Ermessen einen entsprechenden Beweisbeschluss nach § 490 Abs. 2 ZPO zu verfassen und die vorformulierten Beweisfragen nach seinem Ermessen umzuformulieren 81 . Insoweit gelten die im Antragschriftsatz gewählten Formulierungen der Beweisfragen seitens der Antragstellerpartei i. S. d. § 487 ZPO lediglich als Anregung, den Rahmen bildet freilich das von der Antragstellerpartei vorgegebene Beweisthema i. S. d. § 487 Abs. 2 ZPO. Hervorzuheben ist insbesondere, dass der an dieser Stelle oft zitierte Beschluss des BGH vom 4. 11. 1999 mit keiner Silbe erwähnt, dass ein Gericht im Rahmen des § 490 ZPO die von der Antragstellerpartei vorgegebenen Beweisfragen nicht ergänzen dürfe. Der BGH stellt nur folgende Rahmenbedingungen klar:

„Der Antragsteller bestimmt in eigener Verantwortung durch seinen Antrag auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens den Gegenstand der Beweisaufnahme und die Beweismittel. Das Gericht ist an die Tatsachenbehauptungen des Antragstellers gebunden, es darf die Beweisbedürftigkeit und die Entscheidungserheblichkeit der behaupteten Tatsachen nicht überprüfen.“

Folglich kann das Gericht stets – wenn es nicht den Gegenstand der Beweisaufnahme, die Beweismittel oder die Tatsachenbehauptungen ändert oder beschneidet –, die Beweisfragen im selbstständigen Beweisverfahren im Rahmen des § 490 ZPO selbstständig im Rahmen des vorgetragenen Lebenssachverhalts nach eigenem Ermessen ergänzen.

V. Formulierungsbeispiele für Beweisfragen zur ärztlichen Aufklärung

Folgende Beweisfragen zur ärztlichen Aufklärung haben sich in der Praxis bewährt:

„Im Einzelnen soll, ohne das Beweisthema in irgendeiner Form einschränken zu wollen, insbesondere über die folgenden Fragen Beweis erhoben werden:

1. Ist es bei der Antragstellerpartei durch die streitbefangenen medizinischen Behandlung im Zeitraum ... und dem Eingriff am ... im Haus der Antragsgegnerpartei zu folgenden Beschwerden und Gesundheitsfolgen gekommen, insbesondere ... (hier: konkrete Darstellung der Personenschäden mit Spiegelstrichen)
2. Ist bei der streitbefangenen medizinischen Behandlung im Zeitraum ... und dem Eingriff am ... im Hause der Antragsgegnerpartei der medizinische Standard nicht eingehalten worden (Behandlungsfehler), insbesondere unter Würdigung der im Beweisantrag unter Punkt ... dargelegten Umstände und Vorwürfe, insbesondere ... (hier: konkrete Darstellung der Behandlungsfehlervorwürfe mit Spiegelstrichen)

3. Wurden anlässlich der streitbefangenen medizinischen Behandlung im Zeitraum ... und dem Eingriff am ... im Hause der Antragsgegnerpartei medizinisch gebotene Befunde nicht erhoben (Befunderhebungsfehler) und/oder bestehende medizinische Befunde falsch gedeutet (Diagnosefehler)? Insbesondere ... (hier: konkrete Darstellung der Befunderhebungsfehler oder Diagnosefehler mit Spiegelstrichen)

4. Hätte sich bei der streitbefangenen medizinischen Behandlung im Zeitraum ... und dem Eingriff am ... im Hause der Antragsgegnerpartei bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit (> 50 %) ein so deutlicher und gravierender medizinischer Befund ergeben, dass sich (1) dessen Verknennung als fundamental oder (2) die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde und ist dieser Fehler generell geeignet, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen?

5. Für den Fall, dass der Sachverständige bezüglich der streitbefangenen medizinischen Behandlung im Zeitraum ... und dem Eingriff am ... im Haus der Antragsgegnerpartei Versäumnisse der Behandlerseite (Antragsgegnerpartei) oder dieser anzulastende Verstöße gegen die Regeln der ärztlichen Kunst feststellt: Wie schwerwiegend sind die festgestellten Fehler? Handelt es sich hierbei jeweils oder in der Gesamtschau um grobe Behandlungsfehler, d. h. um solche, die aus ärztlicher Sicht nicht nachvollziehbar erscheinen, weil sie einem Facharzt aus dem Gebiet ... schlechthin nicht hätten unterlaufen dürfen? Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der grobe Fehler auch aus einer Gesamtwürdigung des medizinisch/pflegerischen Managements ergeben kann, wenn einzelne Fehler selbst noch nicht als grob fehlerhaft zu werten sind (sogeannter grober Behandlungsfehler).

6. Es wurde der fachärztliche Maßstab missachtet. Inwieweit wurde anlässlich der streitbefangenen medizinischen Behandlung im Zeitraum ... und anlässlich den ärztlichen Eingriffen am ... der fachärztliche Maßstab von den Antragsgegnerpartei nicht eingehalten, d. h.

**Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im
Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener
Streitvermeider?(VersR 2017, 913)**

920

a) Wie hätte sich hier auf Behandlerseite „der vorsichtige Arzt bzw. Facharzt“ verhalten bzw. verhalten sollen? (*Hilfsweise* , für den Fall, dass das Gericht die Frage nicht zulässt: Wie hätte sich hier ein Facharzt des entsprechenden Gebietes verhalten (gemäß dem sogenannten Facharztstandard) oder (alternativ) wie hätte sich (in Ermangelung eines passenden Facharztstandards) vorliegend ein Arzt bzw. Behandler des hier einschlägigen medizinischen Bereichs *lege artis* verhalten?),
b) und inwiefern sind die Antragsgegner bei ihren Behandlungen davon fehlerhaft abgewichen?

7. Es waren die vorliegenden medizinischen Behandlungen der Antragsgegner im Zeitraum ... und die ärztlichen Eingriffe am ... medizinisch nicht indiziert und/oder nicht dringlich?, wenn ja, inwieweit?

8. Ist anlässlich der streitbefangenen medizinischen Behandlung der Antragsgegner im Zeitraum ..., vor allem bezüglich der ärztlichen Eingriffe am ..., die jeweils gewählte medizinische Behandlungsmethode behandlungsfehlerhaft eine medizinische Außenseitermethode bzw. behandlungsfehlerhaft eine Neulandmethode gewesen?

9. Es wurden anlässlich der streitbefangenen medizinischen Behandlung der Antragsgegner im Zeitraum ... behandlungsfehlerhaft die spezifischen Risiken der Behandlung nicht berücksichtigt? Welche allgemeinen Risiken bestehen für den Patienten bei der konkret vorliegenden medizinischen Behandlung?

10. Es wurde anlässlich der streitbefangenen medizinischen Behandlung der Antragsgegner im Zeitraum ... behandlungsfehlerhaft das spezifische Misserfolgsrisiko nicht berücksichtigt? Wie hoch war das Misserfolgsrisiko bei der konkret vorliegenden medizinischen Behandlung, wie hoch die Erfolgsaussichten?

11. Es gab anlässlich der streitbefangenen medizinischen Behandlung der Antragsgegner im Zeitraum ... zu dem gewählten Vorgehen echte medizinische Alternativen (z. B. ...) mit anderen Chancen und Risiken? Gab es sonstige medizinische Alternativen?

12. Beschreibt die schriftliche Aufklärung zu der streitbefangenen medizinischen Behandlung der Antragsgegner im Zeitraum ..., wie sie sich dokumentiert bei den medizinischen Behandlungsunterlagen befindet (insbesondere bzgl. der Behandlungsgespräche/-termine zwischen Arzt und Patient am ..., und ...), die konkrete streitgegenständliche Behandlung hinsichtlich (1) seiner Chancen und Risiken sowie (2) bezüglich echter Behandlungsalternativen aus medizinischer Sicht zutreffend und erschöpfend?

13. Ist die konkrete streitbefangene medizinische Behandlung der Antragsgegner im Zeitraum ... aus objektiver Sicht eines verständigen Patienten im Ergebnis (ganz oder teilweise) als „unbrauchbar“ in dem Sinn einzustufen, dass die Leistungen der Antragsgegnerpartei für die Antragstellerpartei wirtschaftlich wertlos sind, weil die medizinische Behandlung wiederholt werden muss, ohne dass ein Nachbehandler auf die Leistungen der Antragsgegnerpartei aufbauen kann?

14. Stellen die unter 1 bezeichneten Gesundheitsbeeinträchtigungen und Beschwerden die kausale Folge einer Abweichung vom medizinischen Standard anlässlich der streitbefangenen Behandlungen dar? Hinweis: Im Zivilrecht ist jede schlichte Mitursächlichkeit ausreichend.

15. Ist mit einer sicheren Besserung des Zustands zu rechnen oder ist es auch möglich bzw. denkbar, dass keine Besserung, womöglich auch eine kausale Verschlechterung des Zustands (wie dieser in Beweisfrage 1 bezeichnet wird), eintreten kann? Im Einzelnen:

a) Kann die Schädigung durch eine oder mehrere Nachbehandlungsmaßnahmen beseitigt oder gemildert werden?

b) Wie wahrscheinlich ist es, dass sich durch solche Nachbehandlungen die Schäden beseitigen lassen?

c) Wie hoch beläuft sich hierfür der erforderliche Geldaufwand für die Antragstellerpartei?

16. Mit welchem Grad an Sicherheit lassen sich die vorstehenden Fragen beantworten: Sicher - sehr wahrscheinlich - wahrscheinlich - möglich - unwahrscheinlich - äußerst unwahrscheinlich - sicher nicht?"

VI. Streitwert des selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht

Der Streitwert des selbstständigen Beweisverfahrens entspricht dem eines gleichartigen Hauptsacheverfahrens 82 . Für die Bewertung des Interesses sind die Darlegung in der Antragschrift, sowie der sich daraus ergebende Wert der Tatsachenbehauptungen bei Verfahrenseinleitung entscheidend 83 . Ein prozentualer Abschlag wird nicht gemacht 84 . Bei genauer Bezifferung der künftigen Klageanträge mittels Darlegung der Schäden ist erst recht davon auszugehen, dass der Streitwert hinreichend konkret beziffert wurde. Denn „eine schlüssige Behauptung genügt für Streitwert und Anspruch...“ im selbstständigen Beweisverfahren 85 . Es empfiehlt sich hier (insbesondere wenn später eine Gesamtabgeltung mittels Prozessvergleich im selbstständigen Beweisverfahren angestrebt werden soll), die einzelnen Schadenspositionen für das Gericht und den Gegner möglichst plausibel und exakt darzulegen und zu beziffern.

VII. Die Beziehung von Behandlungsunterlagen im arzt haftungsrechtlichen selbstständigen Beweisverfahren

1. Contra

Mehrere obergerichtliche Beschlüsse sprechen sich mit unterschiedlichen Begründungen gegen eine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 142, 144 ZPO im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens aus. Es bestehe eine beschränkte Prüfungs kompetenz des Gerichts im selbstständigen Beweisverfahren, da die Beweisbedürftigkeit und die Entscheidungserheblichkeit der behaupteten Tatsachen nicht überprüft werden 86 , jedenfalls verweise § 492 Abs. 1 ZPO nicht auf diese Bestimmungen 87 . Daneben wird angeführt, dass die Vorlage der Unterlagen ohnehin nicht erzwingbar sei und im Gegensatz zum Verfahren in der Hauptsache sanktionslos bleiben müsse 88 . Insbesondere fehle es jedenfalls an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Anordnung, da es für eine Analogie zu § 142 ZPO oder § 422 ZPO an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Der Urkundenbeweis sei im selbstständigen Beweisverfahren nicht vorgesehen 89 .

Eine Anordnung zur Urkundenvorlage könne nur erfolgen, wenn schlüssiger Vortrag zur Prozessrelevanz der Urkunden oder des Gegenstands erfolge. Es sei daher Sache der Parteien, soweit sie dies für sachdienlich erachten, weitere ärztliche Unterlagen zu beschaffen und dem Sachverständigen zur Verfügung zu stellen 90 . Auch die Prozessförderungspflicht nach § 139 ZPO gebiete es nicht, die Originalbehandlungsunterlagen im selbstständigen Beweisverfahren von Amts wegen beizuziehen 91 . Immerhin verkennt das OLG Karlsruhe dabei nicht, dass die Einholung eines Sachverständigengutachtens im selbstständigen

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im
Arzt haftungsrecht: Ein immer noch umstrittener
Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

921

Beweisverfahren in Arzt haftungssachen ohne Kenntnis des sich aus der Behandlungsdokumentation ergebenden Sachverhalts nicht sinnvoll erfolgen kann 92 . Auch ein Teil der Literatur schließt sich dieser Ablehnung der Anordnungsbefugnis des Gerichts nach § 142 ZPO an, da der Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens die Verhinderung eines Hauptsacheverfahrens sei 93 . So ist auch *Willer* ist der Ansicht, dass die Anwendung der §§ 142, 144 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren nicht sinnvoll sei, da das Gericht nicht in der Lage sei, die Interessen der Besitzer der vorzulegenden Urkunden bzw. vorzulegenden Gegenstände

hinreichend zu berücksichtigen und zu schützen und darüber hinaus auch die Sanktionen der §§ 142, 144 ZPO nicht in das selbstständige Beweisverfahren passen 94 .

2. Pro

Dieser obergerichtlichen Rechtsprechung und Ansicht in der Literatur ist jedoch entgegen zu halten, dass das Recht der Antragstellerpartei auf Vorlage der Unterlagen nach §§ 422, 142 ZPO als prozessuales Einsichtsrecht bereits aus § 422 ZPO erwächst, woraus auch die Pflicht des Gerichts herzuleiten ist, im arzt haftungsrechtlichen selbstständigen Beweisverfahren die Medizinschadensunterlagen von Amts wegen beizuziehen oder den gerichtlich bestellten Sachverständigen unter Beiziehung der Krankenunterlagen zu beauftragen 95 .

Zudem ist nach *Huber* im selbstständigen Beweisverfahren immer eine richterliche Vorlegungsanordnung nach §§ 142, 144 ZPO möglich, denn „die Anordnung einer Vorlage von Urkunden oder sonstigen Unterlagen gegenüber Beteiligten oder Dritten ist stets zulässig, wenn diese Beweismittel für die Begutachtung durch den Sachverständigen erforderlich sind.“ 96 Daher sollte im Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens stets ein Antrag dahin erfolgen, dass der Antragsgegnerpartei nach § 142 ZPO aufzugeben ist, die vollständige Behandlungs- und Pflegedokumentation im Original inklusive aller Behandlungsverträge und - abrechnungen in Kopie und dem gesamten Bildmaterial im Original zwecks Begutachtung vorzulegen, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerpartei (nach Einsichtsgeltendmachung i. S. d. § 630 g BGB) nur einen Teil der Behandlungsdokumentation in Kopie ausgehändigt bekommen hat.

Da Sinn und Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens die Erleichterung bzw. Beschleunigung von Prozessen, die Vorbereitung eines Hauptprozesses und/oder die Streitbeilegung durch Einigung im selbstständigen Beweisverfahren ist 97 , muss § 142 ZPO in selbstständigen Beweisverfahren, in denen eine medizinische Sachverständigenbegutachtung stattfindet, anwendbar sein. Andernfalls würde das Beweisverfahren in einigen Fällen sonst „leerlaufen“, wenn dem Sachverständigen die hierfür erforderlichen (Original-)Behandlungsunterlagen schlichtweg fehlen. Eine Nichtanwendung von § 142 ZPO würde regelmäßig zu „mangelbehafteten“ Ergebnissen führen, die dann erst aufwändig im Hauptsacheprozess, der durch das selbstständige Beweissicherungsverfahren gerade erleichtert bzw. vermieden werden soll, nachgebessert werden müssten. Es sei an die Intention des Gesetzgebers in § 485 Abs. 2 ZPO erinnert: Es geht um die Förderung der Vermeidung eines Rechtsstreits. Dies bedingt, dass das Gericht die maßgeblichen ärztlichen Behandlungsunterlagen beizieht. Daher wird die Anwendung des § 142 ZPO von zahlreichen Landgerichten im selbstständigen Beweisverfahren in Medizinschadensfällen in der Praxis bestätigt und angewendet 98 .

Auch das OLG Frankfurt/M. stellte bereits in seinem Beschluss vom 6. 2. 2003 fest, dass der sachliche Geltungsbereich des § 142 ZPO sich auch auf das selbstständige Beweisverfahren erstrecke. Die Ablehnung der Anordnung würde dem Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens, der auch die Erleichterung bzw. Beschleunigung von Prozessen umfasse, nicht gerecht werden, weil es im selbstständigen Beweisverfahren keine Beweismündigung gäbe 99 . Entsprechender Ansicht ist auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 30. 1. 2014 wenn es dort heißt, dass systematische Erwägungen einer Anwendung der §§ 142 und 144 ZPO nicht grundsätzlich entgegenstünden. Sinn und Zweck von § 142 ZPO sei auch die Vorbereitung der Beweisaufnahme.

Dies folge daraus, dass es Sache der Parteien und des Gerichts sei, diejenigen (Anknüpfungs-)Tatsachen, auf deren Grundlage ein Sachverständiger das Gutachten erstatten solle, beizubringen. Dies könne oftmals nur über eine Anordnung nach § 142 ZPO geschehen. Insoweit sei nicht ersichtlich, dass dieser Zweck im selbstständigen Beweisverfahren nicht erreicht werden könnte. Einer Anordnung nach § 142 ZPO stehe auch nicht entgegen, dass dessen Voraussetzungen im selbstständigen Beweisverfahren nicht geprüft und festgestellt werden könnten. Schließlich sei die Befolgung einer Anordnung nach § 142 ZPO auch erzwingbar. Dritte unterliegen den Ungehorsamsfolgen nach § 890 ZPO, sofern kein Weigerungsrecht bestehe. Diese Folgen gelten auch im selbstständigen Beweisverfahren. Nach alledem kann laut OLG Düsseldorf im selbstständigen Beweisverfahren eine Anordnung einer Urkundenvorlage nach § 142 ZPO grundsätzlich erfolgen, überprüft und gegebenenfalls auch durchgesetzt werden 100 .

Ebenso in der Literatur wird die Vorlagepflicht aus dem Sinn und Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens oder einer analogen Anwendung der §§ 142, 144, 421, 422, 423 ZPO hergeleitet 101 . Es könne nicht von einer strikten Trennung zwischen der Beweiserhebung auf Antrag und den Anordnungen nach §§ 142 ff. ZPO ausgegangen werden, sodass die Anordnung nach gerichtlichem Ermessen auch im selbstständigen Beweisverfahren zuzulassen sei 102 .

3. Rechtsmittel gegen Ablehnung der Vorlegungsanordnung

Der BGH nimmt in seinem aktuellen Beschluss vom 29. 11. 2016 zu der Frage Stellung, ob gegen die Ablehnung der Anordnung der Urkundenvorlegung gem. § 142 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren ein Rechtsmittel gegeben ist und stellt fest, dass das Gericht gem. § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO anordnen kann, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Die Anordnung ergeht nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift von Amts wegen und steht laut

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im
Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener
Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

922

BGH *im Ermessen des Gerichts*¹⁰³ . Der BGH geht richtigerweise davon aus, dass das Gericht die Urkundenvorlegung gem. § Abs. 1 ZPO nicht zum bloßen Zweck der Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags der Partei anordnen darf. Er meint dann, dass im selbstständigen Beweisverfahren solche Tatsachen nicht vorliegen bzw. nicht geprüft werden müssen und mithin im selbstständigen Beweisverfahren für § Abs. 1 ZPO kein Raum sei. Freilich bleibt die Frage offen, wie ein Antrag im selbstständigen Beweisverfahren zu behandeln ist, wenn dieser eine schlüssige und konkrete Darlegung der Behandlungsfehlervorwürfe und des Behandlungsgeschehens aufführt, und dem Gericht damit eine Prüfung nach § 142 ZPO und eine Anwendung des § 142 ZPO ermöglicht wird. *Huber* spricht sich dann für die Anwendung des § 142 ZPO aus 104 .

4. Würdigung

Mithin lässt sich immer noch vortrefflich darüber streiten, ob nach dem Sinn und Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens sowie nach dem allgemeinen Grundsatz, dass die Anordnung nach § 142 ZPO gegen jeden Besitzer der Urkunde ergehen kann, gleich ob Partei oder nicht prozessbeteiligter Dritter, und unabhängig vom Bestehen eines Herausgabe- oder

Vorlegungsanspruchs, die Regelung des § 142 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren anwendbar ist oder nicht. Greger stellt fest, dass die hierin liegende Zurückdrängung des Beibringungsgrundsatzes und der Restriktionen des Urkundenbeweises (§ 423 ZPO) zugunsten einer Stärkung der richterlichen Aufklärungsmacht in der Absicht des Reformgesetzgebers lag und nicht durch eine einschränkende Auslegung des § 142 ZPO unterlaufen werden darf¹⁰⁵. Es bleibt zu fragen, ob es verfahrensfehlerhaft wäre, wenn das Gericht in einem konkret und schlüssig dargelegten selbstständigen Beweisverfahren eine Anordnung nach § 142 ZPO überhaupt nicht in Betracht zieht, obwohl die Vorlegung die Wahrheitsfindung fördern würde¹⁰⁶. Mithin bleibt abzuwarten, ob sich der Streit der analogen Anwendbarkeit der §§ 142, 144 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren nochmal entfachen und vielleicht weiter entwickeln wird, da aus den genannten Gründen die Entscheidung des BGH vom 29. 11. 2016¹⁰⁷ noch Fragen offen lässt. Zudem muss berücksichtigt werden – und damit setzt sich der BGH vorliegend nicht auseinander –, dass der geschädigte Patient nach § 630 g BGB lediglich Abschriften seiner ärztlichen Behandlungsunterlagen vom Gegner und von seinen Mitbehandlern verlangen kann, er selbst demgemäß auch nur solche Abschriften in das selbstständige Beweisverfahren einführen kann. Jedoch kommt es bei der gutachterlichen Bewertung von Arzthaftungsfällen regelmäßig auf die Prüfung der Originalbehandlungsunterlagen und -bilder an, da der Sachverständige aus der Originaldokumentation stets bessere Erkenntnisse erlangen kann (Lesbarkeit, Dokumentationsmängel, Kurven, ärztliche Farbcodes etc.). Bereits § 415 ZPO stellt klar, dass lediglich die Originalurkunde volle Beweiswirkung entfaltet, mithin bloße Abschriften im Zivilverfahren in der Regel keine Urkundsqualität haben können¹⁰⁸. Zudem macht § 419 ZPO deutlich, dass Mängel in einer Urkunde wie beispielsweise Durchstreichungen, Veränderungen und Radierungen etc. die Beweiskraft der Behandlungsdokumentation mindern oder aufheben; solche Mängel kommen im Prozess aber meist nur durch die Vorlage und Prüfung der ärztlichen Originaldokumentation zu Tage. Da dem Patienten gesetzlich aber nur ein Herausgabeanspruch bezüglich der Abschriften seiner Patientenakte zustehen, ist es im Medizinschadensrechtsstreit (egal ob Klageverfahren oder selbstständiges Beweisverfahren) sinnvoll und meist geboten, dass das Gericht die Originalbehandlungsunterlagen beizieht.

Bemerkenswert ist, dass das OLG Nürnberg mit ganz aktuellem Beschluss vom 14. 3. 2017 ausdrücklich die Anwendung des § 142 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren in Arzthaftungssachen zulässt, und dabei klarstellt, dass die Anordnung der Vorlage der Behandlungsunterlagen zur Vorbereitung der Begutachtung durch einen medizinischen Sachverständigen im selbstständigen Beweisverfahren sogar „geboten“ ist. Das OLG kommt zu dem zutreffenden Ergebnis, dass nur dann ernsthaft damit gerechnet werden kann, dass das Ergebnis der Begutachtung die Entscheidung der Parteien über die Durchführung eines Hauptverfahrens beeinflussen kann, wenn dem Sachverständigen auch die Behandlungsunterlagen zur Verfügung stehen. Deswegen hat das Arzthaftungsgericht auch im selbstständigen Beweisverfahren sein Ermessen hinsichtlich der Behandlungsunterlagen Vorlage stets dahin auszuüben, dass die Vorlage angeordnet wird, es sei dem Patienten nicht zuzumuten abzuwarten, bis der Arzt oder die Klinik ihm (irgendwann freiwillig) die Unterlagen aushändigen¹⁰⁹.

5. Ergebnis und Praxisrelevanz

In der Praxis ist eine förmliche richterliche Vorlageanordnung selten notwendig. Zumeist folgen Ärzte oder Krankenhäuser einfachen gerichtlichen Aufforderungen zur Übersendung der Originalunterlagen, Aufforderungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen oder Aufforderungen des klagenden Patienten, wenn die Vorlagenotwendigkeit durch eine entsprechende gerichtliche Verfügung belegt ist 110 . Sollte der Sachverständige während der Begutachtung der Meinung sein, dass er für die Begutachtung weitere (Original-)Krankenunterlagen, Bildbefunde etc. benötigt, so kann der Sachverständige diese Unterlagen selbstständig bei den jeweiligen ärztlichen Behandlern anfordern (§ 404 a Abs. 4 ZPO). Denn „die Ermittlung und Aufklärung darf dem Sachverständigen ... überlassen werden, wenn ... Beispiele: Beziehung von und Einsicht in ... Krankenhausunterlagen oder Arztberichten“ 111 . Hierauf sollte die Antragstellerpartei in ihrem Beweisantrag und sodann das Gericht in seinem Beweisbeschluss ausdrücklich hinweisen.

VIII. Die Vor- und Nachteile eines selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht

Das selbstständige Beweisverfahren ist zur (gütlichen) Regulierung der arzthaftungsrechtlichen Ansprüche grundsätzlich gut geeignet, mittlerweile wird es auch im privaten Krankenversicherungsrecht bei der Frage der medizinischen Notwendigkeit als geeignet und zulässig erachtet 112 . In den meisten Fällen, d. h. in denjenigen, in denen aussagekräftige Behandlungsunterlagen existieren, können die vom Patienten behaupteten Behandlungsfehler und Aufklärungsfehler meist (verjährungshemmend) gutachterlich umfassend geprüft und sodann entsprechend dem Beweisergebnis und den daraus resultierenden Prozessrisiken zwischen den Parteien gütlich reguliert werden. Das

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

923

selbstständige Beweisverfahren hat für die Patientenseite – im Vergleich zum streitigen Arzthaftungsklageverfahren – auch den Vorteil, dass sie selbst die Beweisfragen vorgeben und vorformulieren kann, sowie dass der Sachverhalt zunächst ausschließlich anhand der Behandlungsdokumentation gutachterlich gewürdigt wird. Dies kann in vielen Fällen – aus anwaltlicher Sicht – ein immenser prozesstaktischer Vorteil sein.

Durch das selbstständige Beweisverfahren lässt sich also ein Streitiges Klageverfahren und damit weiterer (gegebenenfalls durch die Instanzen gehender) Streit kostengünstig und schnell vermeiden. Damit wird die Streitbeilegung gefördert, da die Antragstellerpartei je nach Ausgang des selbstständigen Beweisverfahrens eine gütliche Einigung mit der Behandlerseite suchen kann oder sie möglicherweise sogar von ihren Ansprüchen ablassen wird, mithin die Justiz eindeutig entlastet werden würde 113 .

Daneben hat das Beweisergebnis eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 493 ZPO echte Bindungswirkung im Folgeprozess und ist daher für die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche als Vorbereitung der Hauptsacheklage effektiv nutzbar. Eine etwaige Stellungnahme der Gutachterkommissionen der Ärztekammern oder ein sonstiges Privatgutachten im Arzthaftungsprozess stellt dagegen lediglich einen qualifizierten, urkundlich belegten Parteivortrag dar und hat keine solche dem gerichtlichen Sachverständigengutachten im selbstständigen

Beweisverfahren vergleichbare beweisrechtliche Bindungswirkung i. S. d. § 493 ZPO 114 . Auf dieser Basis sind Arzthaftpflichtversicherer meistens eher zu einer gütlichen Einigung bereit, wenn ein fachlich fundiertes gerichtliches Sachverständigengutachten zu Haftungsgrund und -höhe den Boden für eine gütliche Einigung bereitet. Jedenfalls fördert das selbstständige Beweisverfahren zumindest die Beweisgrundlagen für einen Folgeprozess und dient der gerichtsfesten Sicherstellung von Beweisen.

Auch bestehen erhebliche Kostenvorteile, da für die Antragseinreichung in der Praxis selten ein Gerichtskostenvorschuss anfällt, auch die Entscheidung über den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens oftmals gebührenfrei bleibt und nach Abschluss des bindenden Verfahrens in der Regel eine Einigung mit der Gegenseite möglich ist 115 . Selbst wenn für den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens eine 1,0-Gerichtsgebühr von einigen Gerichten berechnet wird, so wäre dies immer noch „günstiger“ als die üblichen 3,0-Gerichtsgebühren eines Arzthaftungsverfahrens. Auch löst der Beweisbeschluss im selbstständigen Beweisverfahren in der Regel (höchstens) dieselben Gutachterkosten aus, wie in üblichen Arzthaftungsklageverfahren 116 . Zudem würde die RVG-Verfahrensgebühr des Beweisverfahrens voll, d. h. nicht der um die Anrechnung der Geschäftsgebühr verminderte Betrag nach Vorbem. 3 Abs. 5 RVG-Vergütungsverzeichnis, auf die Verfahrensgebühr eines Klageverfahrens angerechnet werden. Im Fall einer Einigung entstehen keine weiteren Beweiskosten und selbst im Fall einer streitigen Folgeauseinandersetzung werden sich die Beweiskosten nicht zwangsläufig erhöhen, da das Gericht durch eine (sowieso angefallene) Gutachteranhörung im streitigen Verfahren die noch offenen gutachterlichen Punkte klären kann und die übrigen Beweiskosten (beispielsweise Zeugenbeweis) ohnehin nur einmal anfallen. Damit würde auch eine vernünftige, nicht rechtsschutzversicherte Person zur Durchsetzung ihrer Ansprüche in einem arzthaftungsrechtlichen Streit, mit dem Ziel und der Option auf Grundlage des in diesem gerichtlichen Verfahren erstellten Sachverständigengutachtens einen für sie schnellen und positiven Prozessvergleich erreichen zu können und so einen möglicherweise langwierigen und teuren Rechtsstreit vermeiden zu können, das kostengünstigere selbstständige Beweisverfahren in Betracht ziehen und durchführen. Dieses vom Gesetzgeber und vom BGH gewünschte und gebilligte Ziel, den Streit gütlich zu erledigen und damit eine Hauptsacheklage zu vermeiden, ist Hauptzweck des selbstständigen Beweisverfahrens 117 .

Neben diesen wirtschaftlichen Vorteilen besteht auch ein oftmals verständliches Interesse des geschädigten Patienten daran, ein Klageverfahren mit meist psychisch immens belastender langwieriger und streitiger Auseinandersetzung zu vermeiden. Ein fachlich fundiertes Sachverständigengutachten eines selbstständigen Beweisverfahrens, das die Beweisfragen erschöpfend beantwortet, wird dagegen in der Regel durch Vergleich oder Antragsrücknahme/Abstandnahme vom Klageverfahren zu einer gütlichen Erledigung des Rechtsstreits führen können. Zwar ist bislang nach oben Gesagtem noch ungeklärt, ob im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens die Möglichkeit der Vorlageanordnung nach § 142 ZPO oder über § 139 ZPO besteht, sodass nach teilweise vertretener Auffassung die Behandlungsunterlagen durch die Antragstellerpartei selbst im Beweisverfahren vorgelegt werden müssten und deshalb einem Gutachten unter Umständen ein geringerer Beweiswert zukommt, wenn die Antragstellerpartei ohne Hilfe durch das Gericht die Beweisfragen vorgibt und den Sachverhalt bestimmt, oder wesentliche (Original-)Unterlagen fehlen 118 . Diesem Nachteil ist

jedoch entgegen zu setzen, dass im Fall von etwa fehlenden Behandlungsunterlagen im Hinblick auf die §§ 142, 144 ZPO – anders als bei nicht erhobenen Einwendungen und Ergänzungsfragen zum Gutachten – mangels Verweisungsnorm auf § 296 Abs. 1 ZPO für die Beweisaufnahme im Hauptsacheverfahren keine Präklusion droht 119 .

IX. Die Kostenschutzpflicht der Rechtsschutzversicherung für das arzt haftungsrechtliche selbstständige Beweisverfahren

In der Praxis häufen sich Fälle, in denen die Rechtsschutzversicherer den Kostenschutz für ein selbstständiges Beweisverfahren versagen, mit der Forderung, dass der geschädigte Patient (VN) gleich eine Arzthaftungsklage einreichen solle. Im Folgenden setzen sich die Verfasser mit den üblichen Argumenten der Rechtsschutzversicherer auseinander:

1. Kostenschutzpflicht der Rechtsschutzversicherer

Aus § 125 VVG in Verbindung mit dem Versicherungsvertrag sowie aus § 1 der Allgemeinen Rechtsschutzbedingungen (ARB) besteht die Pflicht des Rechtsschutzversicherers, den für die *Wahrnehmung der rechtlichen Interessen* des VN *erforderlichen* Kostenschutz zu gewähren.

Erforderlich sind Kosten aber nur, wenn sie sich auf eine auch objektiv notwendige Interessenwahrnehmung beziehen bzw. die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig ist (vgl. § 128 S. 1 VVG) 120 . Das Kriterium der Notwendigkeit wird zwar in § 1 der neueren ARB nicht mehr – wie ursprünglich in § 1 Abs. 1 S. 1 ARB 75 –

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

924

ausdrücklich genannt, jedoch von § 18 Abs. 1 a und b ARB 2000 121 (vgl. § 3 a ARB 10 122) noch immer vorausgesetzt. Es ist

„ein Regulativ gegen die schrankenlose Inanspruchnahme des RSVersicherers, da sonst die Versicherungsleistungen unnötig ansteigen und zu Lasten der Versichertengemeinschaft auf den Beitrag durchschlagen würden.“ 123

Vor diesem Hintergrund bedarf es zunächst der Klärung, ob die Kosten für das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht erforderlich sind. Maßstab für die Deckungspflicht sind damit nach den in §§ 128 S. 1 VVG, 18 Abs. 1 ARB 2000 vorausgesetzten Ablehnungsgründen die sogenannten hinreichenden Erfolgsaussichten des Rechtsschutzfalls, sowie die fehlende Mutwilligkeit.

Im Hinblick auf das Erfordernis der *hinreichenden Erfolgsaussicht* i. S. d. § 18 Abs. 1 ARB 2000 (vgl. § 3 a ARB 10) können die zu diesem Rechtsbegriff in der Prozesskostenhilfe nach § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung zur Auslegung herangezogen werden 124 . Im Wesentlichen umfasst die Prüfung demnach eine rechtliche und eine tatsächliche Seite. Hinreichende Aussicht auf Erfolg hat die beabsichtigte Rechtsverfolgung des VN grundsätzlich bereits dann, wenn die Entscheidung von der Beantwortung schwieriger Rechts- oder Tatfragen abhängt 125 . Somit genügt es, wenn der Sachvortrag des VN schlüssig und beweisbar ist, wobei auch hier zu berücksichtigen ist, dass sich der Patient im Arzthaftungsrecht nach dem Grundsatz der „Waffengleichheit“ auf einen Vortrag beschränken darf, der die Vermutung eines fehlerhaften

Verhaltens des Arztes aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet. An die Darlegungs- und Substanziierungslast des Rechtsschutzfalls im Arzthaftungsrecht sind mithin nur maßvolle Anforderungen zu stellen 126 . Weder dürfen von dem Patienten oder dessen Prozessbevollmächtigten genaue Kenntnisse der medizinischen Vorgänge gefordert werden, noch sind diese dazu verpflichtet sich medizinisches Fachwissen anzueignen 127 . Auch trifft den VN bei der Geltendmachung von Rechtsschutzansprüchen keine Obliegenheit zu Rechtsausführungen oder gar Rechtsprechungsnachweisen 128 . Informationen, die über diese maßvollen Anforderungen hinausgehen, kann die Rechtsschutzversicherung vom VN nicht zur Prüfung verlangen und nichts anderes kann auch beim Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gelten 129 . Folglich kann sich ein Rechtsschutzversicherer auf den Einwand fehlender Erfolgsaussichten nicht berufen, wenn der VN in seinem Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens den Grund der Arzthaftung schlüssig darlegt.

Die den Versicherer zur Leistungsablehnung berechtigende *Mutwilligkeit* liegt nach der Klausel des § 18 Abs. 1 ARB 2000 (vgl. § 3 a ARB 10) vor, wenn der durch die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen voraussichtlich entstehende Kostenaufwand unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der Versichertengemeinschaft in einem groben Missverhältnis steht 130 . Es ist hier zu prüfen, wie ein durchschnittlicher VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse diese Klausel bei aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht 131 . Insbesondere für die Frage nach dem groben Missverhältnis wird zu berücksichtigen sein, dass ein VN den Rechtsschutzversicherungsvertrag gerade wegen eines hohen Kostenrisikos abgeschlossen hat und deshalb das „Verhalten einer vernünftigen, nicht rechtsschutzversicherten Partei für ihn nicht Maßstab sein kann“ 132 . Ein grobes Missverhältnis wird vielmehr erst dann anzunehmen sein, wenn „der angestrebte Erfolg so unerheblich ist, dass er einen auch nicht erheblichen Kostenaufwand nicht lohnt, wenn er also primär aus unbilligen Gründen“ (wie Rechthaberei oder Rache) erstrebt wird 133 . Damit ist Mutwilligkeit (vor allem bei Medizinschadensfällen) nur sehr zurückhaltend anzunehmen, da es meist um nicht nur unerhebliche Gesundheitsschädigungen geht. Insbesondere wird Mutwilligkeit auch für den Fall, dass der VN eine Schadensersatzklage gegen einen Arzt erhebt, ohne vorher die Gutachterkommission oder die zuständige Ärztekammer angerufen zu haben, ausdrücklich verneint 134 . Bei Zweifeln an der hinreichenden Erfolgsaussicht oder der Mutwilligkeit ist zugunsten des VN zu entscheiden 135 .

2. Wahrnehmung der rechtlichen Interessen

Nicht nur § 125 VVG, sondern auch die üblichen ARB-Klauseln stellen klar, dass die Rechtsschutzversicherung die Kosten für die „Wahrnehmung der rechtlichen Interessen“ ihres VN trägt. Ein Ausschluss, wonach ein selbstständiges Beweisverfahren nicht vom Kostenschutz umfasst sein soll, existiert in den gängigen ARB nicht. Die Übernahme der Kosten für diese Wahrnehmung der rechtlichen Interessen (entspricht dem Begriff der „Rechtsverfolgung“ i. S. d. § 114 ZPO) ist das Leistungsversprechen der Rechtsschutzversicherung. Auch hier kommt es bei der Auslegung auf die Verständnismöglichkeiten eines VN *ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse* und damit – auch – auf seine Interessen an (BGHZ 84, 268 [272]). Jedenfalls können die ARB vom rechtsunkundigen VN nicht so verstanden werden, dass der Rechtsschutzversicherer keinen Kostenschutz für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen mittels

selbstständigem Beweisverfahren erteilen müsse. Vielmehr wird der VN das Leistungsversprechen des Rechtsschutzversicherers so verstehen, dass auch ein selbstständiges Beweisverfahren rechtsschutzversichert ist. Dies gilt umso mehr, als sowohl die herrschende obergerichtliche Rechtsprechung als auch der BGH das selbstständige Beweisverfahren als probates Rechtsverfolgungsmittel, das sogar über Prozesskostenhilfe nach § 114 ZPO finanziert werden kann, einstufen 136 .

3. Zwischenergebnis: Grundsätzlich Deckungspflicht auch für das selbstständige Beweisverfahren

Daraus folgt, dass ein zulässiges selbstständiges Beweisverfahren grundsätzlich auch der

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener Streitvermeider?(VersR 2017, 913)	925
---	-----

rechtsschutzversicherungsvertraglichen Deckungspflicht unterliegt. Da die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens durch den Patienten der Erhebung von Ansprüchen gleich steht, muss der Versicherer grundsätzlich zunächst Rechtsschutz für dieses Verfahren gewähren 137 . Diese Deckungspflicht des Versicherers für ein selbstständiges Beweisverfahren hat auch der BGH für selbstverständlich erachtet 138 .

4. Verstoß gegen Schadensminderungsobliegenheit durch Antrag auf selbstständiges Beweisverfahren?

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens einen rechtsvernichtenden schuldhaften Verstoß gegen die sogenannten Schadensminderungsobliegenheiten nach § 82 VVG und/oder nach § 17 Abs. 5 c cc ARB 2000 darstellen würde.

a) Unwirksamkeit der Schadensminderungsobliegenheit nach § 17 Abs. 5 c cc ARB 2000

Einleitend sei darauf hingewiesen, dass die Schadensminderungsobliegenheit der „älteren“ Klausel des § 17 Abs. 5 c cc ARB 2000 unwirksam ist. Denn in ARB ist eine Klausel intransparent und unwirksam, wonach der VN nach Eintritt des Rechtsschutzfalls alles zu vermeiden hat, was eine unnötige Erhöhung der Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte 139 .

b) Anwendbarkeit und Maßstäbe für die Schadensminderungsobliegenheit nach § 82 VVG

Bleibt zu prüfen, ob die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen die Schadensminderungsobliegenheiten nach § 82 VVG verstößt. § 82 VVG ist als gesetzliche „Schadensminderungsobliegenheit“ grundsätzlich anders auszulegen als vertragliche Obliegenheiten. Jedoch ist ernstlich zu hinterfragen, ob § 82 VVG (der die „Schadensminderung“ betrifft) im Rechtsschutzversicherungsrecht uneingeschränkt anwendbar sein kann, weil gerade die Kostenübernahme die primäre Leistungspflicht des Rechtsschutzversicherers darstellt (diese mithin womöglich nicht ohne Weiteres mit dem „Schaden“ nach § 82 VVG gleichzusetzen ist). Diese Primärpflicht (Kostenerstattung des Rechtsschutzversicherers) könnte (zulasten des

rechtsunkundigen VN) über den direkten Wortlaut des § 82 VVG dahin gehend eingeschränkt werden, dass der Versicherer stets nur „für den billigsten Weg“ der Wahrnehmung rechtlicher Interessen Kostenschutz gewähren müsse.

Das Leistungsversprechen des Rechtsschutzversicherers umfasst nach §§ 125 VVG, 17 ARB 2000 – wie dargelegt – grundsätzlich *alle Rechtsverfolgungskosten*, die dem vom VN begehrten Rechtsschutzziel dienen, sofern diese Kosten nicht mutwillig sind. *Schimikowski*¹⁴⁰ wirft deshalb zu Recht die Frage auf, ob der in § 82 VVG verankerte Grundsatz der Kostenminderung im Rechtsschutzversicherungsrecht gelten könne. Entscheidend ist, dass die Rechtsschutzversicherung eine echte Kostenrisikoversicherung ist und die Versicherung eben primär diese „Rechtsverfolgungskosten“ versichert, mithin solche Kosten nicht unbedingt ein „abzuwendender bzw. zu mindernder Schaden“ i. S. d. § 82 VVG sein können.

Die in § 82 VVG normierte Rettungspflicht bzw. Schadenabwendungspflicht des VN ist Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Es wird vom VN erwartet, dass er sich so verhält, als sei er nicht versichert. Der VN soll nach *Schimikowski*¹⁴¹ also nicht zuschauen, wenn die ersten Flämmchen seinen Hausrat bedrohen, sondern den beginnenden Brand löschen. Weiteres Beispiel in der Wohngebäudeversicherung ist beispielsweise der Wasserschaden (Versicherungsfall). Nach Entdeckung eines solchen Wasserschadens hat der VN nach § 82 Abs. 1 VVG sofort einen Handwerker mit der Reparatur zu beauftragen, um weiteren Schaden am versicherten Objekt zu mindern bzw. das Objekt zu „retten“. Deshalb legt das Gesetz in § 82 VVG im Interesse der Versichertengemeinschaft die Rettungspflicht als Obliegenheit fest. Die Rettungspflicht beginnt mit Eintritt des Versicherungsfalls (§ 82 Abs. 1 VVG). Der VN soll dann nichts unversucht zu lassen, um mit den sich anbietenden und zumutbaren Möglichkeiten den „Schaden“ abzuwenden oder einzudämmen. Im Rechtsschutzversicherungsrecht dagegen sind die Rechtsverfolgungskosten des Rechtsschutzfalls eigentlich selbst der Leistungsfall, diese Rechtsverfolgungskosten sind immanent versichert und es gibt diesbezüglich daher eigentlich „nichts zu retten“. Die Rechtsverfolgungskosten sind hier also selbst Leistungspflicht und nicht unbedingt ein aus der Leistungspflicht erwachsender (weiterer) Schaden. § 82 VVG verlangt dann aber gerade nicht, die Leistungspflicht des Rechtsschutzversicherers uneingeschränkt gering zu halten. Überwiegend ist man sich einig, dass es – wenn man aus § 82 VVG eine Kostenminderungspflicht im Rechtsschutzversicherungsrecht fordern will – jedenfalls das Wesen der Rechtsschutzversicherung gebietet, den Tatbestand des § 82 VVG eng auszulegen. Der BGH legt dar, dass sich der rechtsschutzversicherte VN zur Eindämmung des Schadens nur nicht unvernünftig zu verhalten habe, die Maßnahme und sein Ziel also lediglich vernünftig sein muss. Es komme nicht einmal darauf an, ob die ergriffene Maßnahme rückblickend zum Erfolg geführt habe. Allein das Ziel sei entscheidend ¹⁴². Das OLG Stuttgart stellt im Jahr 2016 hierzu deutlich fest, dass zwar auch im Rechtsschutzversicherungsrecht der VN nach § 82 VVG bei Eintritt des Versicherungsfalls für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen hat, jedoch Maßstab dann nur ist, wie sich ein nicht rechtsschutzversicherter Rechtssuchender, der auf Kostenüberlegungen keine Rücksicht nehmen muss, in gleicher Lage verhalten würde ¹⁴³. Zutreffend stellt das LG Berlin hierzu fest, dass nur die „Finanzierung sinnloser oder wirtschaftlich in hohem Maße unvernünftiger rechtlicher Maßnahmen“ nach § 82 VVG ausgeschlossen ist ¹⁴⁴. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Maßstab der gesetzlichen Schadensminderungsobligenheit nach §

82 VVG also der vernünftige, nicht rechtsschutzversicherte Rechtsuchende ist, bei dem finanzielle Überlegungen keine Rolle spielen 145 .

Für den Kostenschutz eines selbstständigen Beweisverfahrens bedeutet dies, dass der Rechtsuchende sich zunächst für eine Streitvermeidende Klärung mittels selbstständigem Beweisverfahren entscheiden darf, er darf eine individuelle Rechtsverfolgung bevorzugen. Wie bereits dargelegt und belegt, hat das selbstständige Beweisverfahren einige beachtliche Vorteile im Vergleich zum Arzthaftungsklageverfahren, insbesondere weil sich dadurch ein Streitiges Klageverfahren und damit

Graf/Werner: Das selbstständige Beweisverfahren im
Arzthaftungsrecht: Ein immer noch umstrittener
Streitvermeider?(VersR 2017, 913)

926

weiterer, gegebenenfalls durch die Instanzen gehender Streit kostengünstig und schnell vermeiden lässt. Ganz im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird gerade mittels Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens angestrebt den Kosten-„schaden“ für den Rechtsschutzversicherer möglichst gering zu halten 146 . Ob dies letztlich Erfolg hat oder ob doch noch ein Streitiges Klageverfahren anhängig gemacht werden muss, sei im Hinblick auf § 82 VVG irrelevant 147 . Die Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens dient allein dem Zweck der gütlichen Einigung und Streitvermeidung. Damit verhält sich der VN rechtstreu. Aufgrund der zahlreichen Vorteile eines Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens kann von einer sinnlosen oder unvernünftigen Maßnahme und damit einer gesetzlichen Obliegenheitsverletzung nicht die Rede sein 148 .

Der VN darf sich somit nach Beratung mit seinem Rechtsanwalt auch für die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens entscheiden. Denn nicht die Rechtsschutzversicherer sind zur Rechtsberatung berufen, sondern allein die Anwaltschaft. Der Versicherer hat kein Recht, den VN in ein Streitiges Arzthaftungsklageverfahren zu zwingen. Alle Schadensminderungsobliegenheiten stehen unter dem Vorbehalt der unbilligen Interessenbeeinträchtigung, ein solches Verlangen wäre dann unzumutbar und beeinträchtigt die Interessen des VN unbillig, der VN muss dann die Obliegenheit nicht erfüllen 149 . Auch die Obliegenheit zur Befolgung von Weisungen wird durch das Kriterium der Zumutbarkeit begrenzt, der Versicherer darf sich durch die Weisung nicht über berechnete Interessen des VN hinwegsetzen 150 . Deshalb besteht auch keine Obliegenheit zur Beschränkung der Rechtsverfolgung auf eine Teilklage, wenn diese den zugleich bestehenden Feststellungsinteressen für die Zukunft nicht ausreichend Rechnung trägt 151 .

Der VN hat daher das Recht, unter mehreren Rechtsverfolgungswegen denjenigen zu wählen, der seinem Ziel am besten entspricht 152 . Gerade eine vernünftige Person wird in einem arzthaftungsrechtlichen Streit zunächst erwägen, ob sie ein kostengünstigeres selbstständiges Beweisverfahren in Betracht zieht, und zwar mit dem Ziel und der Option, auf Grundlage des in diesem gerichtlichen Beweisverfahren erstellten Sachverständigengutachtens einen für sie schnellen und positiven Prozessvergleich erreichen zu können, um damit einen möglicherweise langwierigen und teuren Rechtsstreit beilegen zu können. Das Interesse des VN an einer außergerichtlichen Einigung geht dem Kostenminimierungsinteresse des Rechtsschutzversicherers vor 153 . Es wäre zudem als Verstoß gegen das RDG (Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen) zu werten, wenn der Rechtsschutzversicherer dem VN diesen Weg der Rechtsverfolgung faktisch „verbieten“ könnte und ihn in ein Arzthaftungsklageverfahren „treiben“

dürfte 154 . Im Gegenteil wird der VN eher gehalten sein, zu versuchen, den Rechtsstreit zunächst mit dem kostengünstigeren selbstständigen Beweisverfahren beizulegen. Dies gilt umso mehr, als die ZPO durchweg der gütlichen Einigung den Vorrang einräumt und bereits im selbstständigen Beweisverfahren ein Prozessvergleich abgeschlossen werden kann (vgl. § 278 Abs. 1 ZPO).

Auch ein Vergleich mit der ergangenen Rechtsprechung zur Kostendeckungspflicht der Rechtsschutzversicherer bezüglich eines außergerichtlichen Vorgehens im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzverfahren, bei denen sich Rechtsschutzversicherer auf den Standpunkt stellten, dass ein außergerichtliches Vorgehen im Kündigungsschutzverfahren nach § 82 VVG von vornherein sinnlos sei und die Versicherer nur gewillt sind, die Kosten eines sofortigen Klageverfahrens zu decken, zeigt, dass die Deckungspflicht der Rechtsschutzversicherer weit über das bloße „direkte Klageverfahren“ hinausgeht. Auch dort ging es darum, dass der VN zunächst den Weg der gütlichen außergerichtlichen Einigung vor Klageeinreichung ersuchte, und der Rechtsschutzversicherer ihn von Anfang an – allein aus Kostengründen – sofort in ein Streitiges Verfahren drängen wollte. Die Rechtsprechung erteilte diesem Vorgehen der Rechtsschutzversicherer jedoch eine Absage und postulierte eine Kostendeckungspflicht auch für das zunächst durchgeführte außergerichtliche Verfahren 155 . Für den Einschluss der außergerichtlichen Kosten bzw. der Durchführung eines der Streitvermeidung dienenden selbstständigen Beweisverfahrens lässt sich stets anführen, dass es dem VN im Rahmen der Abwägung zur unbilligen Interessenbeeinträchtigung stets erlaubt sein muss, auch außergerichtlich auf eine Einigung mit dem Gegner hinzuwirken 156 .

c) Darlegungs- und Beweislast

Im Übrigen trägt der Rechtsschutzversicherer die Darlegungs- und Beweislast, d. h. er ist beweispflichtig dafür, welche anderen Maßnahmen der VN hätte ergreifen müssen, denn dies gehört zum objektiven Tatbestand der Obliegenheitsverletzung; auch für das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens trägt der VR die Beweislast 157 .

5. Ergebnis/Schlussfolgerung

Folglich ist das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht ein zulässiges und probates *Mittel der Interessenwahrnehmung* nach § 1 ARB, weshalb dafür grundsätzlich Kostenschutz vom Rechtsschutzversicherer als Kostenrisikoversicherer zu gewähren ist 158 .

X. Fazit

Die Entwicklung der Rechtsprechung der letzten Jahre zum selbstständigen Beweisverfahren spricht für eine uneingeschränkte Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht. Mithin können bei entsprechend schlüssigem und konkretem Tatsachenvortrag (§ 487 Nr. 2 ZPO) sowohl der Behandlungs- als auch der Aufklärungsfehler Gegenstand des Beweisverfahrens sein. Ein vom Antragsteller gut aufbereitetes selbstständiges Beweisverfahren stellt in den meisten Medizinschadensfällen eine sehr gute Möglichkeit dar, um den Arzthaftungsfall einer Streitvermeidenden Klärung und einer anschließenden gütlichen Regulierung oder Erledigung zuzuführen. Es ist an der Zeit, dass die Anwaltschaft und auch die Gerichte dieses Verfahren als sinnvolles Instrument der Streitvermeidung anerkennen und fördern; entsprechend dem

Rechtsgedanken des § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO sollte „gemeinsam“ der Vermeidung eines Rechtsstreits „gedient“ werden.

* *Michael Graf* ist Fachanwalt für Medizinrecht und Versicherungsrecht in Freiburg/Br., *Dominique Werner* ist Rechtsreferendarin am LG Potsdam.

1 *Spickhoff*, Medizinrecht 2. Aufl. 2014 Kap. 80. Rn. 11–16 m. w. N.

2 OLG Oldenburg VersR 2010, 927; a. A. bereits *Spickhoff* (aaO [Fn. 1] Rn. 11–16): „Der Zustand einer Person, den § 485 Abs. 2 S. 1 ZPO nennt, kann in medizinischer Hinsicht durchaus konkret für den Umfang der gebotenen Aufklärung relevant sein“.

3 BGH vom 7. 7. 2011 – III ZR 90/10 – NJOZ 2011, 2087 (2088) Tz. 15; VersR 2011, 1152; vom 9. 11. 2007 – V ZR 25/07 – NJW 2008, 506 (507) Tz. 16 f.; OLG Koblenz vom 14. 7. 2011 – 5 U 223/11 – MedR 2012, 400 (401).

4 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

5 Vgl. OLG Hamburg VersR 2017, 967; vgl. OLG Nürnberg VersR 2017, 969.

6 BGHZ 153, 302 = VersR 2003, 794.

7 BGHZ 153, 302 = VersR 2003, 794; *Schreiber* in Münch. Komm. zur ZPO 2. Aufl. § 485 Rn 13; *Reichold* in Thomas/Putzo, ZPO 24. Aufl. § 485 Rn. 7.

8 BGHZ 153, 302 = VersR 2003, 794; OLG Saarbrücken VersR 2000, 891.

9 BT-Drucks. 11/3621 vom 1. 12. 1988 S. 23.

10 BGHZ 153, 302 = VersR 2003, 794.

11 OLG Saarbrücken vom 21. 2. 2011 – 1 W 8/11-2 –; *Martis/Winkhart*, Fallgruppenkommentar 4. Aufl. Rn. B 515

12 BGHZ 153, 302 = VersR 2003, 794.

13 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

14 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264; OLG Düsseldorf VersR 2010, 1056; OLG Koblenz vom 11. 8. 2006 – 5 W 480/06 – MedR 2007, 252; *Stegers*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht 2. Aufl. Rn. 779.

15 Vgl. OLG Nürnberg VersR 2009, 803 (804); *Pukall* in Handkomm. zur ZPO § 485 Rn. 12; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO 22. Aufl. § 485 Rn. 38. Nunmehr nochmal bestätigt durch OLG Nürnberg VersR 2017, 969.

16 Vgl. dazu auch LG Freiburg vom 31. 5. 2017 – 1 OH 24/16 –; LG Konstanz vom 9. 1. 2017 – B 2 OH 13/16 –; LG Regensburg vom 19. 12. 2016 – 4 OH 23/16 (4) –; LG Mainz vom 4. 7. 2016 – 2 OH 25/15 –; LG Konstanz vom 27. 6. 2016 – B 6 OH 9/15 – und vom 8. 9. 2015 – B 2 OH 6/15 –; LG Koblenz vom 31. 5. 2016 – 1 OH 1/16 –; LG Bamberg vom 3. 5. 2016 – 2 OH 4/16 –; LG Freiburg vom 27. 4. 2016 – 1 OH 3/16 –; LG Würzburg vom 8. 4. 2016 – 14 OH 2262/15 –; LG Frankfurt/M. vom 4. 3. 2016 – 2-04 OH 2/16 – und vom 2. 2. 2016 – 2-04 OH 12/15 –; LG Freiburg vom 14. 3. 2016 – 1 OH 9/15 – und vom 11. 3. 2016 – 6 OH 19/15 –; LG München I vom 29. 2. 2016 – 9 OH 1116/15 – und vom 22. 12. 2015 – 9 OH 15964/15 – und vom 21. 7. 2015 – 9 OH 8933/15 –; LG Baden-Baden vom 5. 2. 2016 und vom 13. 10. 2015 – 4 OH 3/15 –; LG Saarbrücken vom 6. 1. 2016 – 16 OH 13/15 –; LG Traunstein vom 22. 9. 2015 – 3 OH 1655/15 –; LG Krefeld vom 21. 7. 2015 – 3 OH 6/15.

17 Vgl. BGH VersR 2010, 133 (134); vom 16. 9. 2004 – III ZB 33/04 – NJW 2004, 3488.

18 OLG Celle vom 18. 10. 2010 – 8 W 32/10 – NJW-RR 2011, 536.

19 Vgl. OLG Celle vom 18. 10. 2010 – 8 W 32/10 – NJW-RR 2011, 536.

- 20 OLG Celle vom 18. 10. 2010 – 8 W 32/10 – NJW-RR 2011, 536.
- 21 Vgl. OLG Saarbrücken VersR 2000, 891; *Herget* in Zöller, ZPO 28. Aufl. § 485 Rn. 7 a; *Huber* in Musielak, ZPO 7. Aufl. § 485 Rn. 13.
- 22 OLG Celle vom 18. 10. 2010 – 8 W 32/10 – NJW-RR 2011, 536.
- 23 Vgl. BGH VersR 2003, 794.
- 24 OLG Celle vom 18. 10. 2010 – 8 W 32/10 – NJW-RR 2011, 536.
- 25 OLG Celle vom 18. 10. 2010 – 8 W 32/10 – NJW-RR 2011, 536.
- 26 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.
- 27 Vgl. dazu unter V die Beweisfragen 10, 11, und 13.
- 28 OLG Oldenburg VersR 2010, 927 (928).
- 29 OLG Stuttgart vom 30. 3. 2015 – 1 W 11/15 – juris.
- 30 OLG Stuttgart vom 22. 8. 2016 – 1 W 45/16.
- 31 LG Offenburg vom 13. 2. 2017 – 3 OH 1/16 –: das LG Offenburg ließ im Arzthaftungsstreit die Frage nach dem groben Behandlungsfehler sogar zu, obwohl die Behandlerseite hier den Haftungsgrund (einfacher Behandlungsfehler) bereits außergerichtlich anerkannt hatte.
- 32 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264; vgl. nunmehr auch OLG Nürnberg VersR 2017, 969.
- 33 Beispielsweise zu den medizinischen Komplexen der Erfolgssicherheit der geplanten Operation; der Komplikationsdichte, konkreten Fallstudien bzw. eigenen Erfahrungen des Sachverständigen; der Möglichkeit anderer Methoden; den medizinischen Folgen des realisierten Risikos; Risiko-Chancen-Abwägung; Prognose der Krankheit bei Absehen von dem Eingriff etc.
- 34 Vgl. dazu unter V. die Beweisfragen 10, 11, und 13.
- 35 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264; vgl. nunmehr auch OLG Nürnberg VersR 2017, 969.
- 36 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264; OLG Karlsruhe vom 23. 11. 2010 – 7 W 27/10 – juris; OLG Oldenburg VersR 2009, 805 (806); OLG Düsseldorf VersR 2010, 1056; OLG Nürnberg VersR 2009, 803; OLG Brandenburg vom 12. 11. 2009 – 12 W 33/09 – juris.
- 37 Vgl. *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 790.
- 38 Vgl. dazu unter V die Beweisfragen 10, 11, und 13.
- 39 Vgl. dazu BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264 (265); OLG Karlsruhe vom 23. 11. 2010 – 7 W 27/10 – juris; OLG Oldenburg VersR 2009, 805 (806).
- 40 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.
- 41 Vgl. *Ulrich* (VorsRiLG Dortmund) GesR 2010, 77; *Spickhoff* aaO (Fn. 1) Kap. V Rn. 15; *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 790.
- 42 *Ulrich* GesR 2010, 77; *Spickhoff* aaO (Fn. 1) Kap. V Rn. 15.
- 43 *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 777.
- 44 Vgl. *Ulrich* GesR 2010, 77.
- 45 Vgl. *Spickhoff* aaO (Fn. 1) Kap. V Rn. 15.
- 46 Vgl. OLG Koblenz vom 30. 3. 2004 – 4 U 1256/99.
- 47 Vgl. OLG Oldenburg VersR 1997, 1493.
- 48 Vgl. *Ulrich* GesR 2010, 77; *Spickhoff* aaO (Fn. 1) Kap. V Rn. 15; *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 790.
- 49 OLG Bamberg VersR 2005, 1292.
- 50 So heute: § 630 h Abs. 2 und 3 i. V. m. § 630 e BGB; BGH VersR 1989, 80.

- 51 Vgl. dazu auch LG Konstanz vom 9. 1. 2017 – B 2 OH 13/16 –; LG Regensburg vom 19. 12. 2016 – 4 OH 23/16 (4) –; LG Mainz vom 4. 7. 2016 – 2 OH 25/15 –; LG Konstanz vom 27. 6. 2016 – B 6 OH 9/15 – und vom 8. 9. 2015 – B 2 OH 6/15 –; LG Koblenz vom 31. 5. 2016 – 1 OH 1/16 –; LG Bamberg vom 3. 5. 2016 – 2 OH 4/16 –; LG Freiburg vom 27. 4. 2016 – 1 OH 3/16 –; LG Würzburg vom 8. 4. 2016 – 14 OH 2262/15 –; LG Frankfurt/M. vom 4. 3. 2016 – 2-04 OH 2/16 – und vom 2. 2. 2016 – 2-04 OH 12/15 –; LG Freiburg vom 14. 3. 2016 – 1 OH 9/15 – und vom 11. 3. 2016 – 6 OH 19/15 –; LG München I vom 29. 2. 2016 – 9 OH 1116/15 – und vom 22. 12. 2015 – 9 OH 15964/15 – und vom 21. 7. 2015 – 9 OH 8933/15 –; LG Baden-Baden vom 5. 2. 2016 und vom 13. 10. 2015 – 4 OH 3/15 –; LG Saarbrücken vom 6. 1. 2016 – 16 OH 13/15 –; LG Traunstein vom 22. 9. 2015 – 3 OH 1655/15 –; LG Krefeld vom 21. 7. 2015 – 3 OH 6/15.
- 52 OLG Hamburg VersR 2017, 967.
- 53 OLG Hamburg VersR 2017, 967; vgl. OLG Nürnberg VersR 2017, 969.
- 54 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264 (265); vgl. dazu OLG Hamburg VersR 2017, 967.
- 55 OLG Hamburg VersR 2017, 967.
- 56 OLG Hamburg VersR 2017, 967; vgl. OLG Nürnberg VersR 2017, 969.
- 57 OLG Oldenburg vom 14. 5. 2008 – 5 W 31/08 – GesR 2008, 421; *Herget* in Zöllner, ZPO 30. Aufl. § 487 Rn. 6.
- 58 BGH VersR 1995, 852; OLG Karlsruhe VersR 1999, 887.
- 59 *Huber* in Musielak, ZPO 12. Aufl. § 487 Rn. 3.
- 60 *Huber* aaO (Fn. 59) Rn. 3.
- 61 *Herget* aaO (Fn. 57) Rn. 4.
- 62 Vgl. OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 1608.
- 63 Vgl. BGH VersR 1981, 752; OLG Naumburg vom 27. 2. 2013 – 1 U 145/12 – MedR 2014, 174.
- 64 Vgl. BGH VersR 1987, 310 = NJW 1987, 500; OLG Koblenz vom 17. 8. 2004 – 5 W 482/04 – MedR 2005, 33.
- 65 Vgl. BGH VersR 2004, 1177 (1179).
- 66 *Huber* aaO (Fn. 59) Rn. 3.
- 67 Vgl. BGH VersR 2004, 1177 (1179).
- 68 Vgl. *Rehborn* MDR 2000, 1320.
- 69 Vgl. OLG Oldenburg vom 6. 2. 1996 – 5 U 134/95 – NJW-RR 1997, 535.
- 70 OLG Naumburg vom 14. 10. 2013 – 1 W 34/13 – MedR 2014, 903.
- 71 BGH VersR 2017, 59.
- 72 Vgl. *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 774.
- 73 Vgl. *Spickhoff* aaO (Fn. 1) Kap. V Rn. 16.
- 74 Vgl. *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 766.
- 75 Vgl. *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 782.
- 76 Vgl. *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 782 und 791.
- 77 OLG Nürnberg VersR 2009, 803.
- 78 OLG Stuttgart vom 30. 3. 2015 – 1 W 11/15 – juris; OLG Stuttgart vom 22. 8. 2016 – 1 W 45/16.
- 79 OLG Hamburg VersR 2017, 967.
- 80 OLG Karlsruhe vom 2. 2. 2017 – 9 W 57/16.

- 81 *Herget* aaO (Fn. 21) § 490 Rn. 2.
- 82 OLG Köln VersR 1993, 125.
- 83 OLG Düsseldorf vom 17. 2. 2009 – I-10 W 132/08 – OLGR Düsseldorf 2009, 364; OLG Köln VersR 1993, 125.
- 84 *Voit* in Musielak, ZPO 12. Aufl. § 485 Rn. 17; OLG Köln VersR 1992, 1111.
- 85 *Voit* aaO (Fn. 84) § 487 Rn. 6.
- 86 OLG Karlsruhe vom 12. 8. 2013 – 6 W 56/13 – LSK 2014, 170417; OLG Karlsruhe vom 4. 10. 2016 – 13 W 92/16.
- 87 LG Freiburg vom 12. 7. 2016 – 6 OH 3/16.
- 88 OLG Frankfurt/M. vom 12. 6. 2014 – 3 W 25/14 – IBR 2014, 586.
- 89 OLG Naumburg vom 11. 12. 2013 – 1 W 41/13 – juris.
- 90 Vgl. dazu OLG Karlsruhe vom 4. 10. 2016 – 13 W 92/16.
- 91 OLG Karlsruhe vom 27. 6. 2016 – 13 W 22/16.
- 92 OLG Karlsruhe vom 4. 10. 2016 – 13 W 92/16.
- 93 *Ulrich* in Prütting/Gehrlein, ZPO 8. Aufl. 2016 § 492 Rn. 2.
- 94 *Willer* NJW 2014, 22.
- 95 *Bergmann* in Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht 2. Aufl. 2014 BGB § 630 g Rn. 2 f.
- 96 Vgl. *Huber* aaO (Fn. 59) § 492 Rn. 1; KG vom 10. 4. 2013 – 9 W 94/12 – NJW 2014, 85.
- 97 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.
- 98 So LG Gera vom 22. 4. 2016 – 2 OH 12/16; LG Freiburg vom 19. 5. 2016 – 1 OH 8/16 –; LG Mainz vom 4. 7. 2016 – 2 OH 25/15 –; LG Konstanz vom 27. 6. 2016 – B 6 OH 9/15 –; LG Frankfurt/M. vom 4. 3. 2016 – 2-04 OH 2/16 – und vom 2. 2. 2016 – 2-04 OH 12/15 –; LG Baden-Baden vom 13. 10. 2015 – 4 OH 3/15 – und vom 13. 1. 2016 – 3 OH 14/15.
- 99 Vgl. OLG Frankfurt/M. vom 6. 2. 2003 – 12 W 12/03 – IBRRS 2004, 0581 = openJur 2012, 23893
- 100 Vgl. OLG Düsseldorf vom 30. 1. 2014 – I-5 W 84/13 – IBRRS 2014, 1871.
- 101 *Martis* in Martis/Winkhart-Martis, Arzthaftungsrecht 4. Aufl. 2014 Rn. B 523 S. 705.
- 102 *Leipold* in Stein/Jonas, ZPO 22. Aufl. § 492 Rn. 11.
- 103 BGH vom 29. 11. 2016 – VI ZB 23/16 – juris; vom 26. 6. 2007 – XI ZR 277/05 – BGHZ 173, 23 Tz. 20
- 104 *Huber* aaO (Fn. 59) § 492 Rn. 1.
- 105 *Greger* in Zöller, ZPO 31. Aufl. 2016 § 142 Rn. 2.
- 106 *Greger* aaO (Fn. 105) Rn. 8.
- 107 BGH vom 29. 11. 2016 – VI ZB 23/16 – juris; vom 26. 6. 2007 – XI ZR 277/05 – BGHZ 173, 23 Tz. 20.
- 108 *Huber* in Musielak, ZPO 14. Aufl. § 415 Rn. 5
- 109 OLG Nürnberg VersR 2017, 969.
- 110 *Simmler* in Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht 2. Aufl. 2014 ZPO § 142 Rn. 2 f.
- 111 *Huber* aaO (Fn. 59) § 404 a Rn. 5.
- 112 OLG Frankfurt/M. vom 16. 11. 2015 – 3 W 41/15 –; noch kritisch: *Heyers* VersR 2016, 421.

- 113 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.
- 114 BGH VersR 2001, 525; VersR 1992, 722; VersR 1996, 647; ebenso BGHZ 98, 32 (40).
- 115 Vgl. *Huber* aaO (Fn. 59) § 485 Rn. 19.
- 116 Vgl. dazu LG München I vom 24. 4. 2015 – 9 O 26021/14 – und vom 7. 7. 2014 – 9 O 1910/14.
- 117 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.
- 118 Vgl. BGHZ 153, 302 = VersR 2003, 794.
- 119 OLG Karlsruhe vom 4. 10. 2016 – 13 W 92/16.
- 120 Vgl. dazu BGH VersR 2005, 936; *Bauer* in *Harbauer*, Rechtsschutzversicherung 8. Aufl. 2010 § 1 Rn. 36 ARB 2000.
- 121 Zitiert werden die ARB 2000 nach *Harbauer* aaO (Fn. 120).
- 122 § 3 a der neueren ARB 10 ersetzt die §§ 18, 19 der ARB 2000. Die ARB 10 haben die älteren ARB im Wesentlichen nur umgestellt, vgl. die ARB 10, wie diese in *Looschelders*, ARB-Kommentar 2014 kommentiert werden. Die ganz neuen ARB 12 werden hier nicht genannt, da die „älteren“ ARB vor 2012 heute noch im Vordergrund stehen und zu den ARB 12 noch wenig Rechtsprechung existiert.
- 123 *Bauer* aaO (Fn. 120) § 1 Rn. 37 ARB 2000.
- 124 BGH VersR 1987, 1186; *Bauer* aaO (Fn. 120) ARB 2000 § 18 Rn. 31.
- 125 *Bauer* aaO (Fn. 120) ARB 2000 § 18 Rn. 32.
- 126 OLG Celle VersR 2007, 204; OLG Stuttgart VersR 2005, 524; BGHZ 159, 245 = VersR 2004, 1177 (1179); *Bauer* aaO (Fn. 120) ARB 2000 § 17 Rn. 34.
- 127 BGHZ 159, 245 = VersR 2004, 1177 (1179).
- 128 AG Königstein VersR 2014, 190.
- 129 Vgl. *Bauer* aaO (Fn. 120) § 17 Rn. 34 ARB 2000; OLG Celle VersR 2007, 204.
- 130 *Bauer* aaO (Fn. 120) § 1 Rn. 35 ARB 2000.
- 131 *Bauer* aaO (Fn. 120) Vor § 1 Rn. 5 ff. ARB 2000.
- 132 *Bauer* aaO (Fn. 120) § 18 Rn. 26 ARB 2000.
- 133 *Bauer* aaO (Fn. 120) § 18 Rn. 26 ARB 2000.
- 134 OLG Düsseldorf VersR 1989, 645; OLG Hamm VersR 2002, 1002; OLG Oldenburg vom 24. 6. 1988 – 3 W 58/88 – NdsRpfl 1988, 216; AG Königstein VersR 2014, 190.
- 135 *Münkel* in *Rüffer/Halbach/Schimikowski*, VVG 3. Aufl. 2015 ARB 2010 § 3 a Rn. 5.
- 136 BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264; OLG Nürnberg VersR 2009, 803; OLG Düsseldorf VersR 2010, 1056; OLG Koblenz vom 11. 8. 2006 – 5 W 408/06 – MedR 2007, 252; *Stegers* aaO (Fn. 14) Rn. 779.
- 137 *Terbille*, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht 3. Aufl. 2013 § 12 Rn. 168.
- 138 BGH VersR 2011, 67.
- 139 Diese Beurteilung der Kostenminderungsklausel geht zurück auf eine Stellungnahme des BGH im Revisionsverfahren IV ZR 352/07; *Wendt* MDR 2010, 1168 (1171); vgl. hierzu umfassend (m. w. N.): *Looschelders*, ARB-Kommentar 2014 § 17 ARB-2010 Rn. 51–60. Insoweit kann inzwischen von einer überwiegenden Rechtsprechung gesprochen werden.
- 140 *Schimikowski* in *Rüffer/Halbach/Schimikowski*, VVG 3. Aufl. 2015 ARB 2010 § 82 Rn. 11.
- 141 *Schimikowski*, Versicherungsvertragsrecht 5. Aufl. 2014 Rn. 237.

142 BGH VersR 1972, 1039.

143 OLG Stuttgart VersR 2016, 1439

144 LG Berlin vom 13. 5. 2014 – 7 O 440/13 – juris.

145 Vgl. auch *Veith*, Der Rechtsschutzversicherer und die „Sammelklage“ r+s 2015, 432.

146 BGH VersR 1972, 1039.

147 BGH VersR 1972, 1039.

148 LG München I VersR 2010, 1362; vgl. aktuell OLG München vom 30. 6. 2017 – 25 U 4236/16.

149 *Bauer* aaO (Fn. 120) § 17 Rn. 41 ARB 2000.

150 *Voit* in *Prölss/Martin*, VVG 29. Aufl. 2015 § 82 Rn. 25.

151 *Voit* aaO (Fn. 150) Rn. 19.

152 OLG Köln vom 16. 1. 2001 – 9 U 127/00.

153 *Voit* aaO (Fn. 150) Rn. 14.

154 LG Stuttgart VersR 2008, 1205.

155 Vgl. hierzu *Wendt* r+s 2010, 221 (230); *Hering* zfs 2011, 306 (307); OLG Karlsruhe OLGR Süd 49/2011 Anm. 5; OLG Celle vom 29. 9. 2011 – 8 U 144/11 – r+s 2011, 515 ; LG Stuttgart VersR 2008, 1205 (1206); LG Köln vom 23. 5. 2007 – 20 S 46/06 – JurBüro 2007, 423; vom 30. 1. 2008 – 20 S 11/07 – JurBüro 2008, 199; AG Velbert vom 8. 9. 2006 – 12 C 144/05 – LSK 2007, 190803; AG München vom 27. 4. 2007 – 223 C 27792/06 – LSK 2009, 480049; AG Essen vom 16. 1. 2008 – 14 C 121/07 – juris; AG Stuttgart vom 3. 9. 2009 – 13 C 6358/08 – LSK 2010, 091071; AG Rosenheim VersR 2014, 458.

156 *Voit* aaO (Fn. 150) § 17 Rn. 36 ARB 2010.

157 *Schimikowski* aaO (Fn. 140) § 82 Rn. 8, 26.

158 OLG München vom 30. 6. 2017 – 25 U 4236/16.