



ANWALTGRAF

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE | HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20 | 79100 FREIBURG

vorab per Fax: ...
XY Versicherungen

00000 Musterstadt

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE

MICHAEL GRAF
Fachanwalt für Medizin-/ Versicherungsrecht

GABRIELA JOHANNES
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

KATHRIN SCHMIDT-TROJE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

MAUDE LAFORGE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20
79100 FREIBURG (KANZLEISITZ)

LUDWIG-ERHARD-ALLEE 10
76131 KARLSRUHE (BERATUNGSBÜRO)

SCHUTTERWÄLDERSTR. 4
77656 OFFENBURG (BERATUNGSBÜRO)

TELEFON
+49 (0) 761 - 897 88 610

TELEFAX
+49 (0) 761 - 897 88 619

EMAIL
patienten@anwaltgraf.de

HOMEPAGE
www.anwaltgraf.de

DATUM
06.06.2020

ZEICHEN
Muster-2020

S. / XY Versicherungen zum RS-Fall
S. / Uniklinik T. u.a. - IZ: 00-000-0000-0000
Fortführung Schiedsgutachterverfahrens
Präklusion gem. § 128 S. 3 VVG

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf unser Verlangen auf Durchführung des Schiedsgutachterverfahrens vom 29.08.2016 (vgl. beigefügte Anlage S5), welches nötig wurde, da Ihre Gesellschaft mit Schreiben vom 26.08.2016 (vgl. beigefügte Anlage S3) den Kostenschutz (für die notwendige Fortführung des Rechtsschutzfalles mittels Klage und mündlicher Verhandlung (Beweisaufnahme)) ernsthaft und endgültig verweigerte; mithin ist Ihre Gesellschaft gem. § 286 II Nr. 3 BGB seit dem 26.08.2016 im Verzug.

Wir weisen bereits jetzt darauf hin, dass Ihre Gesellschaft wegen Verstoßes gegen § 128 VVG präkludiert ist, vgl. Punkt III. (unten), und damit kraft Gesetzes nunmehr Kostenschutz besteht, welchen Sie uns bitte binnen 14 Tagen schriftlich bestätigen.

Diese neue Angelegenheit S. / Versicherungen XY wird hier nunmehr unter unserem neuen Zeichen XXX-XX-XXX-XX weiter bearbeitet. Binnen gleicher Frist bitten wir um Bestätigung, dass Ihre Gesellschaft die entstandenen Verzugskosten (Anwaltskosten) übernimmt.

Nur rein vorsorglich führen wir daher aus:

Mit Schreiben vom 18.08.2016 fragten wir ordnungsgemäß den Kostenschutz an (vgl. beigefügte Anlage S2).

UST-ID:
DE XYXYXYXYX

GESCHÄFTSKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	00000000	700 700 24	DEXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX	DEUTDEDBMUC

ANDERKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	00000000	700 700 24	DEYYYYYYYYYYYYYYYYYYYY	DEUTDEDBMUC



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

Aufgrund Ihrer unbegründeten Ablehnung 26.08.2016 konnten wir die beabsichtigte Arzthaftungsklage bis heute nicht bei Gericht einreichen und haben nunmehr Fristerstreckung bei Gericht beantragen müssen (vgl. beigefügte Anlage S4).

Die Ablehnung Ihrer Gesellschaft mit Schreiben vom 26.08.2016 ist aus mehreren Gründen unbegründet, unsere Mandantschaft hat mithin einen Anspruch auf Kostenschutzerteilung und Erstattung der Verzugskosten.

Begründung:

I.) Versicherungsvertrag

Unstreitig ist unsere Mandantschaft mit Versicherungsschein vom 03.04.2006 bei Ihrer Gesellschaft rechtsschutzversichert. Hiernach wurden die ARB 2000/2 vereinbart (vgl. beigefügte Anlagen S1a und S1b).

II.) Schiedsgutachtenverfahren

Die Ablehnung des Kostenschutzes Ihrer Gesellschaft erfolgte mit Schreiben vom 26.08.2016, die notwendige Fortführung des Rechtsschutzfalles mittels Klage und mündlicher Verhandlung (Beweisaufnahme) wurde damit ernsthaft und endgültig verweigert.

Nach § 18 Abs. 2 bis 4 ARB 2000/2 stellt Ihre Gesellschaft ein Schiedsgutachtenverfahren wie folgt zur Verfügung:

(2) Mit der Mitteilung über die Rechtsschutzablehnung ist der Versicherungsnehmer darauf hinzuweisen, dass er, soweit er der Auffassung des Versicherers nicht zustimmt und seinen Anspruch auf Rechtsschutz aufrechterhält, innerhalb eines Monats die Einleitung eines Schiedsgutachterverfahrens vom Versicherer verlangen kann. Mit diesem Hinweis ist der Versicherungsnehmer aufzufordern, alle nach seiner Auffassung für die Durchführung des Schiedsgutachterverfahrens wesentlichen Mitteilungen und Unterlagen innerhalb der Monatsfrist dem Versicherer zuzusenden.

(3) Verlangt der Versicherungsnehmer die Durchführung eines Schiedsgutachterverfahrens, hat der Versicherer dieses Verfahren innerhalb eines Monats einzuleiten und den Versicherungsnehmer hierüber zu unterrichten. Sind zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers Fristen zu wahren und entstehen hierdurch Kosten, ist der Versicherer verpflichtet, diese Kosten in dem zur Fristwahrung

notwendigen Umfang bis zum Abschluss des Schiedsgutachterverfahrens unabhängig von dessen Ausgang zu tragen. Leitet der Versicherer das Schiedsgutachterverfahren nicht fristgemäß ein, gilt seine Leistungspflicht in dem Umfang, in dem der Versicherungsnehmer den Rechtsschutzanspruch geltend gemacht hat, als festgelegt.

(4) Schiedsgutachter ist ein seit mindestens fünf Jahren zur Rechtsanwaltschaft zugelassener Rechtsanwalt, der von dem Präsidenten der für den Wohnsitz des Versicherungsnehmers zuständigen Rechtsanwaltskammer benannt wird. Dem Schiedsgutachter sind vom Versicherer alle ihm vorliegenden Mitteilungen und Unterlagen, die für die Durchführung des Schiedsgutachtens wesentlich sind, zur Verfügung zu stellen. Er entscheidet im schriftlichen Verfahren; seine Entscheidung ist für den Versicherer bindend.

(5) Die durch das Schiedsgutachterverfahren entstehenden Kosten trägt der Versicherer.

Ihre Gesellschaft hat dieses Verfahren nunmehr aufgrund unseres Verlangens auf Durchführung des Schiedsgutachterverfahrens vom 29.08.2016 innerhalb eines Monats, d.h. bis zum 29.09.2016 einzuleiten und uns hierüber zu unterrichten.

Ihre Gesellschaft hat dem Schiedsgutachter alle ihr vorliegenden Mitteilungen und Unterlagen, die für die Durchführung des Schiedsgutachtens wesentlich sind, zur Verfügung zu stellen.

III.) Präklusion

Wir weisen darauf hin, dass Ihre Gesellschaft wegen Verstoßes gegen § 128 VVG präkludiert ist, daher gilt die Leistungspflicht Ihrer Gesellschaft in dem Umfang, in dem wir den Rechtsschutzanspruch geltend gemacht hatten, als festgestellt, bzw. es gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Versicherungsnehmers als anerkannt (§ 128 S. 3 VVG); mithin steht die notwendige Fortführung des Rechtsschutzfalles mittels Klage und mündlicher Verhandlung (Beweisaufnahme) hier nunmehr kraft Gesetzes unter Kostenschutz.

Die Ablehnung Ihrer Gesellschaft mit Schreiben vom 26.08.2016 enthält (gesetzeswidrig) entgegen § 18 Abs. 2 S. 3 und Abs. 5 ARB 2000/2 i.V.m. § 128 S. 2 VVG keinen Hinweis auf die in § 18 Abs. 5 ARB 2000/2 geregelten Kostenfolgen des Schiedsgutachterverfahrens.

§ 128 VVG sieht vor:

„Für den Fall, dass der Versicherer seine Leistungspflicht verneint, weil die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete oder mutwillig sei, hat der Versicherungsvertrag ein Gutachterverfahren oder ein anderes Verfahren mit vergleichbaren Garantien für die Unparteilichkeit vorzusehen, in dem Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien über die Erfolgsaussichten oder die Mutwilligkeit einer Rechtsverfolgung entschieden werden.

Der Versicherer hat den Versicherungsnehmer bei Verneinung seiner Leistungspflicht hierauf hinzuweisen.

Sieht der Versicherungsvertrag kein derartiges Verfahren vor oder unterlässt der Versicherer den Hinweis, gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Versicherungsnehmers im Einzelfall als anerkannt.“

Die herrschende Rechtsprechung erstreckt diese Hinweispflicht auf alle für die Entscheidung des Versicherungsnehmers wesentlichen Umstände.

Die Ablehnung Ihrer Gesellschaft mit Schreiben vom 26.08.2016 enthält bereits keinen ausreichend deutlichen Hinweis auf die Kostenregelungen des § 18 Abs. 2 S. 3 und Abs. 5 ARB 2000/2.

„Unterbleibt der nach Abs. 2 Satz 1 sowie nach § 128 Satz 2 VVG gebotene Hinweis auf die Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsgutachterverfahrens, so kann sich der VR nach § 128 Satz 3 nicht mehr auf die Ablehnungsgründe des Abs. 1a, b berufen (Köln r+s 2002, 289; VersR 2008, 1391, 1392; Schirmer r+s 1999, 45, 49; (...)). Das gilt auch, wenn der VR einen der durch Abs. 2 Satz 3 gebotenen Hinweis (Kostenregelung) unterlässt, da diese, wenn die AVB sie vorsehen, zum Inhalt der Hinweispflicht nach Abs. 2 Satz 1 gehören. Dass § 128 VVG nicht von einem Hinweis auf die Kosten spricht, spielt daher keine Rolle.“, vgl.

Prölss / Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 29. Aufl. 2015,
ARB 2010 § 3a Rn. 21.

Das Fehlen des Hinweises auf die Kostentragungspflicht des Versicherers kann dazu führen, dass der Versicherungsnehmer -mangels Kenntnis dieser Kostenregelungen- die Durchführung eines Schiedsgutachterverfahrens oder die Einleitung der für den RS-Fall nötigen fristwahrenden Maßnahmen (aus Angst vor den ihn erwartenden Kosten!) unterlässt. Auch hiervor möchte § 128 VVG den Versicherungsnehmer schützen.

Durch den fehlerhaften Hinweis Ihrer Gesellschaft wird der VN letztlich so gestellt als wäre überhaupt kein Hinweis auf die Möglichkeit der Durchführung eines Schiedsgutachterverfahrens ergangen, folglich gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Versicherungsnehmers als anerkannt.

IV.) hinreichende Erfolgsaussichten

Die Ablehnung Ihrer Gesellschaft mit Schreiben vom 26.08.2016 verkennt, dass hier die sog. „hinreichenden Erfolgsaussichten“ für die notwendige Fortführung des Rechtsschutzfalles mittels Klage und mündlicher Verhandlung (Beweisaufnahme) vorliegen.

1)

Ihre RS-Versicherung verkennt, dass für § 17 III, IV ARB die schlüssige Darlegung iSd § 14 ZPO genügt; denn auch § 114 ZPO verlangt nur „hinreichende“ Erfolgsaussicht (Hamm VersR 83, 577), vgl.

Geimer in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 114 ZPO Antrag, Rz. 19.

Der Versicherungsnehmer braucht nur Tatsachen vorzutragen, die den Schluss zulassen, in welchem Umfang eine weitere Rechtsverfolgung nach seiner Darstellung begründet ist

Naumburg FamRZ 2008, 68,

Geimer in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 114 ZPO Antrag, Rz. 23b

Denn in der Regel besteht hinreichende Erfolgsaussicht immer, wenn über eine Behauptung der Partei (nochmal) Beweis zu erheben ist bzw. die Beweisaufnahme fortzuführen oder nochmal aufzunehmen ist

(BVerfG NJW 2008, 1060 = MDR 2008, 518; BGH MDR 2009, 407; VGH München NJW 2005, 1677; Karlsruhe NJW-RR 2006, 205; Naumburg FamRZ 2007, 910).

Das gilt selbst dann (!), wenn es unwahrscheinlich ist, dass der Beweis erbracht werden wird (BVerfG NJW 2003, 2976 f).

2)

Mit Schreiben vom 18.08.2016 legten wir ausdrücklich dar:

„wir übersenden Ihnen in Anlage das schriftliche Gutachten, welches aus unserer Sicht Mängel iSd § 412 ZPO aufweist, und welches im Rahmen einer mündlichen Beweisaufnahme (v.a. zur Aufklärungsrüge) sich als unrichtig erweisen wird, bspw. nimmt der Gutachter teilweise die Beweiswürdigung vorweg, und schwingt sich damit -entgegen den Vorgaben des BGH- zum

Richter auf, vgl. beigefügte S2k-Leitlinie: Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung.

Zum anderen bestätigt der Gutachter, dass einige aufklärungspflichtige Umstände sich nicht aus der Dokumentation ergeben und diesbzgl. eine Zeugenvernehmung statt zu finden hat.

Derzeit laufen zwecks Klagemeidung innerhalb des Beweisverfahrens noch Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien, welche jedoch scheitern könnten. Folglich bitten wir um Deckungszusage für ein Klageverfahren.“

Hiermit wurden die „hinreichenden Erfolgsaussichten“ ausreichend dargelegt.

3)

Weiterhin legen wir Ihnen nunmehr vor:

Klageentwurf vom 15.09.2016 als Anlage S6 und den
zugehörigen sBV-Antrag vom 09.12.2015 als Anlage S7.

Auch hiermit werden die „hinreichenden Erfolgsaussichten“ ausreichend dargelegt.

4)

Das Arzthaftungserstgericht hat den Behandlungsfehlervorwürfen, und v.a. den Aufklärungsfehlervorwürfen hier mit einer weiteren Beweisaufnahme (v.a. Vernehmung der Eltern) nachzugehen.

Wir verweisen an dieser Stelle nochmals auf beigefügten Klageentwurf vom 15.09.2016, Anlage S6.

Unsere Mandantschaft kann folglich ihre Ansprüche weiterhin mit hinreichenden Erfolgsaussichten durchsetzen.

Ihre Gesellschaft verkennt hier insbesondere folgende Besonderheiten des Arzthaftungsrechts:

Jede Verletzung der Pflicht zur Risikoaufklärung macht die Einwilligung des Patienten in den Eingriff unwirksam und der Eingriff bleibt mangels Rechtfertigung rechtswidrig;

Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014,
C. Haftung aus Aufklärungsfehler, Rn. 130

Die Zustimmung des Patienten ist mit ihren Voraussetzungen, insbesondere richtig und vollständig erteilter Selbstbestimmungsaufklärung, von der Behandlungsseite zu beweisen (§ 630 h Abs. 2 Satz 1 BGB), auch soweit die Aufklärung Vertragspflicht

ist. Der Behandlungsseite obliegt der Beweis sämtlicher Tatsachen, aus denen sich eine wirksame Einwilligung ergibt; sie hat dementsprechend alle sachverhaltlichen Voraussetzungen einer der konkreten Behandlung entsprechenden vollständigen und zutreffenden Aufklärung zu beweisen, vgl.

- BGH, Urt. v. 7. 4. 1992 - VI ZR 192/91 - NJW 1992, 2351 = VersR 1992, 960
(Strumektomie - Beweislast für eine die Entscheidungsfreiheit des Patienten wahrende, rechtzeitige Aufklärung, entgegenstehenden substantiierten Vortrag des Patienten widerlegend)
- BGH, Urt. v. 7. 4. 1992 - VI ZR 216/91 - NJW 1992, 2354 = VersR 1992, 747
(Mastektomie - Beweislast für Rechtzeitigkeit der Aufklärung - Unterschrift vor Operation/Entscheidungsfreiheit ohne äußere Willensbeeinträchtigung)
- BGH, Urt. v. 12. 11. 1991 - VI ZR 369/90 - NJW 1992, 741 = VersR 1992, 237
(Geburt/übergroßes Kind - Beweislast für vollständige Risikoaufklärung auch im Fall behaupteter, aber streitiger Weigerung der Mutter gegenüber Schnittentbindungsempfehlung)
- BGH, Urt. v. 26. 6. 1990 - VI ZR 289/89 - NJW 1990, 2928 = VersR 1990, 1238
(Gallengangoperation - Beweislast für Richtigkeit der Erläuterung der Eingriffsdringlichkeit gegenüber entgegenstehender Behauptung des Patienten [„Es besteht akute Lebensgefahr“])
- OLG Koblenz MDR 2006, 992 = OLGR 2006, 193
(Rechtzeitigkeit der Aufklärung - Beweislast der Behandlungsseite)

Der nur geringe Beweiswert der formularmäßigen Einwilligungsbestätigung gibt infolge ihrer abstrakt generalisierenden Fassung in der Regel weder einen Hinweis für die konkret erfolgte Behandlungsaufklärung noch führt er den Beweis, dass der Patient das Formular gelesen und verstanden hat. Im praktischen Ergebnis beschränkt sich der Beweiswert formularmäßiger Aufklärung regelmäßig auf ein Indiz dafür, dass ein Gespräch überhaupt geführt worden ist, kann aber insoweit den für eine Parteivernehmung des Arztes (§ 448 ZPO) erforderlichen „Anfangs-“ Beweis erbringen.

- BGH, Urt. v. 22. 5. 2001 - VI ZR 268/00 - NJW 2001, 403 = VersR 2002, 120
- BGH, Urt. v. 29. 9. 1998 - VI ZR 268/97 - NJW 1999, 863 = VersR 1999, 190
- BGH, Urt. v. 8. 1. 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399 = VersR 1985, 361
- BGH, Urt. v. 7. 2. 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, 110 = NJW 1984, 1397 = VersR 1984, 465
- BGH, Beschl. v. 12. 11. 1991 - VI ZR 196/91 zu OLG Frankfurt VersR 1992, 578
- BGH, Urt. v. 27. 6. 1978 - VI ZR 183/76 - BGHZ 72, 132, 139 = NJW 1978, 2337 = VersR 1978, 1022

Sorgfältige Beweiserhebung und Beweiswürdigung, insbesondere zum Wert des jeweiligen Zeugenbeweises oder des als Partei vernommenen Aufklärungsarztes und Patienten, muss dem entsprechen, vgl.

Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014,
C. Haftung aus Aufklärungsfehler, Rn. 134

5)

Auch hat das Arzthaftungsgericht hier den vorliegenden Widersprüchen und Unvollständigkeiten im Sachverständigengutachten nachzugehen.

Wir verweisen an dieser Stelle nochmals auf

- beigefügten Klageentwurf vom 15.09.2016, Anlage S6, sowie
- auf die Ihnen bereits vorgelegte S2k-Leitlinie: Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung.

Diese Prüfungen und Verfahrensleitungen hat das Erstgericht im Arzthaftungsrecht aufgrund des Grundsatzes der Waffengleichheit von Amts wegen vorzunehmen, auch nach Anhörung des Sachverständigen,

vgl. insgesamt Martis/Winkhart, Fallgruppenkommentar Arzthaftungsrecht,
4. Aufl., B 255ff.

Solche Unklarheiten, Unvollständigen oder Zweifel sind vom Arzthaftungs- erstgericht ausnahmslos von Amts wegen auszuräumen.

Denn der Arzthaftungsprozess ist dadurch geprägt, dass regelmäßig ein medizinischer Laie einem ihm an Fachkompetenz weit überlegener Fachmann gegenüber steht.

Dies erfordert besondere und kritische Sorgfalt des Gerichts.

Dieses muss dem Sach- und Streitstoff besondere Aufmerksamkeit widmen und die Gutachten gerichtlich bestellter Sachverständiger sorgfältig und kritisch würdigen.

Unterlässt das Arzthaftungserstgericht die gebotene Sachverhaltsaufklärung, liegt insbesondere wenn eine der Parteien Einwendungen gegen das Gutachten vorgebracht hat - ein Verstoß gegen die §§ 411, 286 ZPO vor, vgl.

BGH, Urteil vom 22. 5. 2001 - VI ZR 268/00; OLG Zweibrücken; LG Landau in der Pfalz (lexetius.com/2001,900)

Unsere Mandantschaft kann folglich ihre Ansprüche weiterhin mit hinreichenden Erfolgsaussichten durchsetzen.

6)

Abschließend erlauben wir uns aus anderen Fällen gegen die Versicherungen XY folgende Entscheidungen vorzulegen, die in vergleichbaren Konstellationen die hinreichenden Erfolgsaussichten bejahen und die Kostenschutzpflicht der Versicherungen XY bestätigten:

- Schiedsgutachten / Versicherungen XY / Rechtsanwälte V. & Z. / 05.08.2014 (vgl. beigefügte Anlage S8);
- Schiedsgutachten / Versicherungen XY / Rechtsanwälte T. / 16.03.2016 (vgl. beigefügte Anlage S9);
- Beschluss OLG Hamm / Versicherungen XY / 31.08.16 (vgl. beigefügte Anlage S10);
- Deckungsurteil des LG Münster vom 11.02.2016 (vgl. beigefügte Anlage S11).

Mit freundlichen Grüßen

Michael Graf

Fachanwalt für Versicherungsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht

Anlagen: Vollm. + Schw.Pfl.Entb.