

Richterliches Unterlagenbeziehungsrecht im OH-Verfahren; sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person

ZPO §§ 485, 492, 142, 144, 421, 567, 252 DS-GVO Art. 15, 79 GRCh Art. 8

1. Die Frage, ob der Erstrichter im OH-Verfahren ein eigenes Beziehungsermessen hinsichtlich der vom Ast. begehrten Patientenunterlagen hat, ist strikt von der Frage zu trennen, ob dem Ast. gegen die erfolgte richterliche Ablehnung einer begehrten Anordnung nach § 142 ZPO ein Rechtsmittel zusteht.

2. Der BGH hat mit seiner Grundsatzentscheidung BGH, VersR 2017, 908 die Möglichkeit der Ausübung richterlichen Ermessens im Hinblick auf die Beziehung von Behandlungsunterlagen im OH-Verfahren bejaht. Eine Verpflichtung des Erstgerichts zur gerichtlichen Beziehung besteht aber grundsätzlich nicht.

3. Die Vorschrift des § 421 ZPO, welche die Beweisaufnahme durch Urkunden regelt, gilt in OH-Verfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO nicht.

4. Eine sofortige Beschwerde gegen die im OH-Verfahren erfolgte richterliche Ablehnung einer begehrten Anordnung nach § 142 ZPO ist (mit Blick auf § 492 Abs. 1 ZPO) in der Regel nicht statthaft. Auch das Begehren einer Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO über den Weg der Regelung des § 142 ZPO führt zu keiner Ausnahme dieses Grundsatzes. Die generelle Unstatthaftigkeit der sofortigen Beschwerde führt zu keiner Verletzung der Verfahrensgrundrechte oder einer Verletzung von Europarecht.

5. Eine Beschwerdefähigkeit gegen die richterliche Ablehnung ist aber ausnahmsweise dann zu bejahen, wenn durch die getroffene Anordnung faktisch das Verfahren zum Stillstand gebracht wird (§ 252 ZPO direkt oder analog) oder die Grundrechte des Ast. verletzt

OLG Köln: Richterliches Unterlagenbeziehungsrecht im OH-Verfahren;
sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person (MedR 2020,
762)

763

werden. Sollten die eigenen Beziehungsversuche des Ast. über § 630g BGB scheitern, käme das etwaige Beharren des Gerichts im Beweisverfahren auf die Vorlage der Behandlungsunterlagen durch den Ast. im Zweifel tatsächlich einer Verweigerung von Rechtsschutz im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens gleich. Für diesen Fall ist eine Beschwerde gegen die Anordnung analog § 252 ZPO statthaft, denn es wäre dem Ast. nicht zuzumuten, zunächst einen – womöglich über mehrere Instanzen laufenden – Rechtsstreit um die Herausgabe der Unterlagen zu führen. (Leitsätze der Bearbeiter)

OLG Köln, Beschl. v. 20. 4. 2020 – 5 W 5/20 (LG Köln)

Problemstellung:

In der hier zu besprechenden Entscheidung v. 20. 4. 2020 (5 W 5/20) befasst sich der 5. Zivilsenat des OLG Köln (erneut) mit der noch immer höchst strittigen Rechtsfrage der richterlichen Beziehung von Patientenunterlagen, mithin um die Anwendbarkeit der §§ 142, 144, 421 ff. ZPO im Arzthaftungsbeweisverfahren.

Der BGH hat sich hierzu bislang noch nicht erschöpfend positioniert. Auch die zwei aktuellen Entscheidungen des BGH zum selbständigen Beweisverfahren in Arzthaftungssachen setzen sich mit dieser Rechtsfrage nicht auseinander, da der BGH hier zwar nunmehr den ärztlichen Aufklärungsfehler als stets statthaftes Beweisthema im selbständigen Beweisverfahren bestätigt, jedoch vermutlich (noch) keinen Anlass für ein obiter dictum zur Anwendungs- und Ermessensfrage der §§ 142, 421 ZPO in OH-Verfahren sieht (vgl. BGH, Beschl. v. 6. 7. 2020, Az. VI ZB 27/19 und BGH, Beschl. v. 19. 5. 2020, Az. VI ZB 51/19 = NJW 2020, 2273). In seiner von den Instanzgerichten in OH-Verfahren vielfach zitierten Entscheidung v. 29. 11. 2016 (Az. VI ZB 23/16 = BGH VersR 2017, 908) lehnte der BGH lediglich die isolierte Anfechtbarkeit einer im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens ergangenen Ablehnung einer begehrten Anordnung nach § 142 ZPO ab. Er betonte jedoch zutreffend, dass das Gericht nach § 142 ZPO durchaus 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. Gleichwohl lehnen einige Instanzgerichte die Beziehung ärztlicher Behandlungsunterlagen in OH-Verfahren unter Hinweis auf die BGH-Entscheidung v. 29. 11. 2016 grundsätzlich und ohne Prüfung des Einzelfalls kategorisch ab und verzichten damit gänzlich auf die Auseinandersetzung mit dem gebotenen Beziehungsermessens (vgl. Fußnote 19 in der Anmerkung der Verfasser), was wohl mit dem Ansinnen des BGH nicht in Einklang zu bringen sein dürfte. Zahlreiche andere Ober- und Landgerichte hingegen ordnen in arzthaftungsrechtlichen Beweisverfahren die Vorlage der medizinischen Behandlungsunterlagen über § 142 ZPO regelmäßig an (vgl. Fußnote 10 in der Anmerkung der Verfasser).

Die vorgenannte BGH-Entscheidung lässt mithin noch Rechtsfragen offen, was zu uneinheitlichen Verhältnissen in der Rechtsanwendung führt.

Der Kölner Senat unterscheidet in der hier gegenständlichen Entscheidung v. 20. 4. 2020 zutreffend die Frage der Anfechtbarkeit der Ablehnung einer begehrten Anordnung nach § 142 ZPO von derjenigen der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Vorschrift des § 142 ZPO im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH v. 29. 11. 2016 lehnt das OLG Köln in seinem Beschl. v. 20. 4. 2020 die Anfechtbarkeit eines Beschl., welcher die Ablehnung einer begehrten Anordnung nach § 142 ZPO im selbständigen Beweisverfahren zum Inhalt hat, ab und bejaht ausdrücklich die Möglichkeit der Ausübung richterlichen Ermessens im Hinblick auf die Beziehung von Behandlungsunterlagen nach § 142 ZPO. Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 421 ZPO im selbständigen Beweisverfahren lehnt das OLG Köln hingegen ab und widerspricht damit der Auffassung des OLG Hamm mit Beschl. v. 9. 7. 2019, wonach im OH-Verfahren die gegnerische Behandlerseite jedenfalls über §§ 421 ff. ZPO zur Vorlage ihrer Krankenunterlagen verpflichtet sei (vgl. hierzu *Graf/Johannes*, MedR 2020, 26 mit Anm. zu OLG Hamm, Beschl. v. 9. 7. 2019, Az. I-26 W 8/19 = MedR 2020, 40). Der Kölner Senat vertritt damit eine insoweit vermittelnde Auffassung. Überdies setzt sich das OLG Köln mit der Frage der Statthaftigkeit der Beschwerde im Ausnahmefall aus einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 252 ZPO i. V. mit § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auseinander.

Michael Graf, Gabriela Johannes und Kathrin Schmidt-Troje

Zum Sachverhalt:

Die am 18. 3. 2008 geborene AStin. hat mit Antragsschrift v. 10. 10. 2019 die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens beantragt. Sie macht geltend, nach einem häuslichen Unfall am 24. 4. 2019, bei dem sie sich am rechten Fuß verletzte, im Kinderkrankenhaus A. Straße insofern

fehlerhaft behandelt worden zu sein, als eine Fraktur der Tibiaepiphyse zwar im Rahmen einer Röntgendiagnostik eindeutig erkannt und befundet, dieser Befund gleichwohl durch die behandelnde Ärztin ignoriert worden sei. Die ASTin. sei deshalb zunächst verfehlt nur in Form eines Voltarenverbandes behandelt worden. Vor allem sei fälschlich in einem Arztbrief an die weiterbehandelnden Kinderärzte mitgeteilt worden, dass eine Fraktur ausgeschlossen sei. Erst Wochen später sei die Fraktur und der ursprüngliche (zutreffende) Befund der Röntgenabteilung entdeckt worden. Die ASTin. will geklärt wissen, ob das Handeln der Ärzte der Agin. fehlerhaft war, ob es sich um grobe Fehler handelt und welche gesundheitlichen Folgen sich daraus für sie ergeben haben oder noch ergeben werden. Ferner beantragt sie, der Agin. nach § 142 ZPO aufzugeben, eine vollständige Datenauskunft gemäß Art. 15 DS-GVO einschließlich einer Kopie der Behandlungsdokumentation über die ASTin. zwecks Durchführung der Beweiserhebung vorzulegen und weitere (konkret benannte) Behandlungsdokumentationen von sieben Behandlern gemäß § 142 ZPO beizuziehen. [...]

Die Kammer hat mit Beschl. v. 2. 1. 2020 die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet über die seitens der ASTin. beantragten Fragen. Die Beiziehung der Behandlungsunterlagen anderer Behandler als der Agin. hat sie der ASTin. selbst aufgegeben. Die Einholung einer Datenauskunft hat die Kammer mit der Begründung abgelehnt, dass es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehle.

Mit der fristgerecht eingereichten sofortigen Beschwerde wendet sich die ASTin. gegen den Beschl., soweit die Einholung der Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO abgelehnt worden ist. Sie macht geltend, dass die Agin. bislang die Erteilung einer vollständigen Datenauskunft ausdrücklich verweigere. Soweit sie mittlerweile die Original-Behandlungsunterlagen zu den Akten gereicht habe, erfülle dies den Anspruch auf Datenauskunft nur teilweise (soweit eine Überschneidung vorhanden sei, erklärt die ASTin. ihr Begehren in der Hauptsache für erledigt). Ihr Anspruch auf Datenauskunft gehe in vielerlei Hinsicht weiter, umfasse etwa auch die in den Behandlungsunterlagen nicht enthaltene Korrespondenz mit dem Haftpflichtversicherer. Für eine effiziente Wahrnehmung ihrer Rechte im Rahmen des Beweisverfahrens benötige sie aber die vollständigen Daten. Zur Beiziehung dieser Daten sei das Gericht auch verpflichtet. Dies ergebe sich aus § 142 ZPO i. V. mit Art. 8 der europäischen Grundrechtscharta und aus Art. 79 DS-GVO. Ihr Recht auf Datenauskunft aus Art. 15 DS-GVO habe Grundrechtscharakter und sei unmittelbar geltendes Recht, was bei der Auslegung des einfachen nationalen Rechts (hier §§ 142, 492 ZPO) zu berücksichtigen sei. [...]

Aus den Gründen:

II. Die sofortige Beschwerde ist unzulässig.

1. Wie der BGH bereits mit Beschl. v. 29. 11. 2016 (VI ZB 23/16, VersR 2017, 908 f.) erkannt hat, ist die Ablehnung einer im Rahmen eines selbständigen Beweisverfah-

OLG Köln: Richterliches Unterlagenbeziehungsrecht im OH-Verfahren; sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person (MedR 2020, 762)

764

rens begehrten Anordnung nach § 142 ZPO nicht mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Dies gilt schon deshalb, weil weder ein Fall des § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (im Gesetz ausdrücklich bestimmt) noch ein Fall des § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO (Erfordernis eines Antrags) vorliegt. Die sofortige Beschwerde ist aber nur in den Fällen des § 567 Abs. 1 ZPO statthaft. Insbesondere das Erfordernis eines Antrags hat der BGH dabei streng formal gesehen. § 142 ZPO, auf den die ASTin.

sich stützt, ist keine Norm, die den Antrag einer Partei voraussetzt, sondern ausschließlich eine, die eine von Amts wegen zu treffende Ermessensentscheidung des Gerichtes regelt. Der BGH hat es indes nicht bei der rein formalen Argumentation belassen, sondern weiter ausgeführt, dass es auch sachgerecht sei, die Frage der Statthaftigkeit einer Beschwerde gegen das Beweisverfahren betreffende Anordnungen für das selbständige Beweisverfahren gleichlaufend mit derjenigen gegen entsprechende Anordnungen im Hauptsacheverfahren (respektive deren Unterlassen) zu betrachten. Das selbständige Beweisverfahren könne nicht weiter gehen als die Beweisaufnahme im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens. Im Hauptsacheverfahren sei es indes seit jeher geltendes Recht, dass eine Anfechtung der Beweisanordnungen nicht separat, sondern nur im Rahmen der Anfechtung der Endentscheidung möglich sei (BGH, a. a. O., Rdnr. 12 m. w. N.).

Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat (und dem Prozessbevollmächtigten der ASTin. aus den von ihm betriebenen Verfahren bestens bekannt ist), folgt er dieser Rechtsprechung des höchsten deutschen Zivilgerichtes (vgl. hierzu Beschl. v. 15. 5. 2019 – 5 W 3/19 –, v. 12. 6. 2019, – 5 W 19/19 –, v. 12. 8. 2019, – 5 W 22/19 –, v. 16. 8. 2019, – 5 W 24/19). Beide tragenden Erwägungen des BGH sind juristisch zwingend. Insbesondere gilt dies aus Sicht des Senates für die Erwägung, dass das selbständige Beweisverfahren – wie etwa § 492 Abs. 1 ZPO zeigt, wonach die für das „normale“ Beweisverfahren geltenden Vorschriften anzuwenden sind – schlicht ein aus dem verfahrensmäßigen Zusammenhang des Hauptsacheverfahren herausgelöstes (quasi „vorgezogenes“) normales Beweisverfahren darstellt, dem darüber hinaus nach der gesetzlichen Ausgestaltung wie nach dem Willen des Gesetzgebers keine weitergehende Bedeutung zukommen soll, insbesondere nicht die eines Hauptsacheverfahrens „light“ (vgl. hierzu Beschl. des Senats v. 15. 5. 2019 – 5 W 3/19).

Der Umstand, dass die ASTin. hier im Wege des § 142 ZPO die Durchsetzung einer Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO begehrt, ändert daran nichts. Wenn der Anregung oder Bitte, eine den Beweisbeschluss betreffende Anordnung nach § 142 ZPO zu treffen, durch das Gericht nicht entsprochen wird, und diese Entscheidung einer separaten Beschwerde entzogen ist, so gilt das für jedwede denkbare Anordnung, sei es die Anforderung von Urkunden im engeren Sinne, sei es die Anforderung von sonstigen (Behandlungs-)Unterlagen, sei es eine schriftlichen Auskunft i. S. v. Art. 15 DS-GVO, wenn letztere überhaupt der Vorschrift des § 142 ZPO unterfallen sollte, was dem Senat als zweifelhaft erscheint, hier aber keiner Entscheidung bedarf. Die Vorgehensweise des Gerichtes nach § 142 ZPO (ebenso übrigens nach § 144 ZPO) ist schlechthin der separaten Überprüfung im Beschwerdeweg entzogen, nicht nur in Bezug auf einzelne konkrete Maßnahmen.

Der Einwand der ASTin., dies verletze sie in ihren Grundrechten, geht fehl und an der Sache vorbei. Weder ist die ASTin. in ihrem Recht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG verletzt noch in ihrem Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG noch in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG noch in Grundrechten, die den Schutz der persönlichen Daten gewährleisten sollen wie insbesondere Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, auf den die ASTin. sich explizit beruft. Um den Schutz ihrer Daten geht es hier schon im Ansatz nicht, sondern nur um die Verfahrensweise im Rahmen eines speziellen zivilgerichtlichen Verfahrens. Dies verkennt die ASTin. in ganz grundlegender Weise. Wenn sie im Rahmen ihrer Schriftsätze (besonders deutlich in den drei Schriftsätzen v. 6. 3. 2020) in sich immer weiter steigender Weise die Bedeutung ihrer Rechte auf Datenschutz und damit auf Datenauskunft erhöht bis hin zum Gedanken umfassender Völkerverständigung, so erweckt sie den verfehlten Eindruck, in diese Rechte würde in massiver Weise eingegriffen. Tatsächlich aber bestreitet niemand (auch nicht die Kammer im angegriffenen Beschl.) ihre Rechte auf (Gesundheits-

)Datenschutz, geht es nicht um die Abwehr von Eingriffen in ihre Persönlichkeits- oder gar Menschenrechte, sondern nur darum, ob im Rahmen eines Beweisverfahrens, das nach der gesetzgeberischen Konzeption vollständig in der Hand des Ast. liegt und der Steuerung durch das Gericht weitestgehend entzogen ist (!), das Gericht gezwungen sein soll, eine Datenauskunft einzuholen. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist hier nicht betroffen, denn der Zugang zum Gericht ist der Astin. nicht verwehrt, eine Instanzengarantie im Sinne der Anfechtbarkeit jedweden richterlichen Handelns gewährt Art. 19 Abs. 4 GG nicht, insoweit ist ihr auch nicht der Anspruch auf rechtliches Gehör beschnitten. Wo kein Instanzenzug eröffnet ist, kann auch nicht durch bloßes Postulieren eines solchen das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt sein (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Erst recht kann von einer Grundrechtsrelevanz keine Rede sein, wenn der Astin. mit oder ohne vorherigem Beweisverfahren ein Hauptsacheverfahren zur Verfügung steht, in dem dann auch normale Rechtsmittel mit umfassenden Überprüfungsmöglichkeiten eröffnet sind.

Fehl geht auch die Argumentation, dass die Bedeutung der europarechtlichen Datenschutzgrundverordnung und der Vorrang europarechtlicher Regeln vor nationalen Bestimmungen grob missachtet werde. Dem Senat ist keine europarechtliche Regelung bekannt – und auch die Astin. zeigt keine auf –, die es gebietet, im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens, das der Klärung eines behaupteten ärztlichen Behandlungsfehlers dienen soll, zwingend eine Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO einzuholen, geschweige denn, gegen das Unterlassen einer solchen Maßnahme durch ein Gericht ein eigenes Rechtsmittelverfahren zu eröffnen. Die Astin. verkennt auch hier offensichtlich, dass es nicht darum geht, ob ihre Rechte auf Auskunft über gespeicherte Daten unzulässig beschnitten werden, sondern allein darum, ob im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens das Gericht von sich aus bestimmte begleitende Maßnahmen veranlassen muss. Alle Normen, auf die sie sich beruft, betreffen Regelungen zum Datenschutz (was naturgemäß insbesondere für die Regelungen der DS-GVO v. 27. 4. 2016 selbst gilt). Die Kammer hat mit ihrer Weigerung, von sich aus eine Datenauskunft einzuholen, in keine Datenschutzrechte der Astin. eingegriffen, insbesondere ist ihr Anspruch auf Datenauskunft nicht berührt, sondern besteht uneingeschränkt fort.

Auch die Vorschriften des Kapitels VIII (Art. 77 ff., „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“) sehen in Art. 79 DS-GVO lediglich die Möglichkeit vor, die einer betroffenen Person zustehenden Rechte aus der DS-GVO im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens geltend zu machen. Nach Art. 79 Abs. 1 DS-GVO hat jede betroffene Person unbeschadet eines verfügbaren verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen Rechtsbehelfs einschließlich des Rechts auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde gemäß Art. 77 das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn sie der Ansicht ist, dass die ihr aufgrund dieser Verordnung zustehenden Rechte infolge einer nicht im Einklang mit dieser Verordnung stehenden

OLG Köln: Richterliches Unterlagenbeziehungsrecht im OH-Verfahren; sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person (MedR 2020, 762)

765

Verarbeitung ihrer Daten verletzt wurden. Die Pflicht eines Gerichtes, von sich aus im Rahmen eines Arzthaftungsprozesses bzw. des darauf bezogenen selbständigen Beweisverfahrens eine Datenauskunft einzuholen, regelt Art. 79 DS-GVO hingegen (eindeutig) nicht, nicht einmal die rechtliche Möglichkeit hierzu. Auch die seitens der Astin. hierzu vorgelegten Literaturstellen geben nichts her, was für eine derart weitgehende Auffassung sprechen würde. Das Recht der Astin., ihre Datenschutzrechte gerichtlich durchzusetzen, wird durch die Verweigerung der Einholung einer

Datenauskunft im selbständigen Beweisverfahren nicht berührt. Niemand hindert die AStin., ihren Anspruch auf Datenauskunft (den sie selbst im Übrigen durch die Vorlage der Behandlungsunterlagen weitgehend als erfüllt ansieht), gerichtlich durchzusetzen. Das ist aber etwas gänzlich anderes als eine Verpflichtung der Gerichte, von Amts wegen in diesem Sinne tätig zu werden.

2. Die Statthaftigkeit der Beschwerde folgt auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 252 ZPO i. V. mit § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Wie der Senat bereits im Beschl. v. 15. 5. 2019 (5 W 3/19) ausgeführt hat, kann es geboten sein, eine Beschwerde zuzulassen, wenn die angegriffene Anordnung faktisch ein Verfahren zum Stillstand bringt oder die Grundrechte des Ast. verletzt, soweit dies durch Anfechtung der Hauptentscheidung nicht mehr behoben werden könnte (vgl. insoweit BVerfG, NVwZ 2005, 681). Dass eine Anordnung zum faktischen Stillstand führt, ist allerdings erst anzunehmen, wenn es dem Ast. unmöglich oder unzumutbar ist, die ihm durch ein Gericht gesetzte Auflage zu erfüllen, nicht hingegen schon, wenn es um eine Handlung geht, die von seinem Willen abhängt. Konkret ging es in dem zitierten Senatsbeschluss um den Fall, dass die Kammer den Erlass des begehrten Beweisbeschlusses davon abhängig machte, dass der Ast. selbst die Behandlungsunterlagen zuvor beibringe. In jenem Fall, der mit dem nun vorliegenden nicht einmal im Ansatz vergleichbar ist, wurde Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit allerdings verneint, da der Ast. sich weigerte, den eigenen Anspruch auf Beiziehung der Unterlagen (außergerichtlich) überhaupt geltend zu machen. Dabei hat der Senat, ohne sich diesbezüglich festlegen zu wollen, angedeutet, Unzumutbarkeit könne gegeben sein, wenn der Ag. sich weigere, den Anspruch aus § 630g BGB freiwillig zu erfüllen und den Ast. auf eine gerichtliche Durchsetzung verweise.

Aus diesen Ausführungen kann die AStin. für ihren Fall nichts für sie Günstiges herleiten. Von einem Stillstand des Verfahrens kann hier schon deshalb keine Rede sein, weil die Kammer den begehrten Beweisbeschluss (ungeachtet der bemerkenswert unkonkreten Beweisfragen) unverzüglich erlassen hat. Sie hat der AStin. auch nicht aufgegeben, die Behandlungsunterlagen der Agin. selbst beizubringen, geschweige denn, den Erlass des Beschl. hiervon abhängig gemacht. Dass die Kammer für die Einholung einer Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO keine Grundlage gesehen hat, führt in keiner Weise zum Verfahrensstillstand. Immerhin sind in der Vergangenheit vor deutschen Gerichten ungezählte Beweisverfahren durchgeführt worden, ohne dass zuvor eine Datenauskunft eingeholt worden wäre. Im Übrigen vertritt die Agin. durchaus nachvollziehbar den rechtlichen Standpunkt, mit Vorlage der nach ihrer Behauptung vollständigen Behandlungsunterlagen zugleich die Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO erfüllt zu haben, womit der Streit sich darauf reduziert, ob ein Anspruch auf weitergehende Auskünfte (die die AStin. selbst nur äußerst vage umreißen kann) besteht oder nicht. Dies aber hat ersichtlich nichts mehr mit einem Stillstand des Verfahrens zu tun, noch weniger mit dem endgültigen Verlust grundrechtsrelevanter Positionen der AStin.

3. Die Beschwerde würde auch nicht dadurch statthaft, dass das Anliegen der AStin. auf eine andere Grundlage als § 142 ZPO gestellt würde, insbesondere § 421 ZPO, wie es das OLG Hamm offenbar vertritt (Beschl. v. 9. 7. 2019 – I-26 W 8/19 –, MedR 2020, 40 f.). Auch dafür würden die obigen (unter Ziffer 1) genannten Erwägungen in gleicher Weise gelten. Im Übrigen erscheint die Auffassung des OLG Hamm dem Senat allerdings auch als bedenklich. § 421 ZPO regelt die Beweisaufnahme durch Urkunden. Diese ist aber im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens eindeutig nicht zulässig, was insbesondere für den hier vorliegenden Fall des § 485 Abs. 2 ZPO gilt, der ausschließlich den Beweis durch Sachverständigengutachten vorsieht. Auch die AStin. hat nicht etwa beantragt, den Beweis eines Behandlungsfehlers und eines darauf beruhenden

Gesundheitsschadens durch das „Beweismittel“ Urkunde (sofern sich dies mit einer Datenauskunft überhaupt in Einklang bringen ließe, was nicht unzweifelhaft sein dürfte, vgl. dazu auch unten) führen zu dürfen. Sie vertritt vielmehr selbst konsequent die Auffassung, ihr Ziel nur über die entsprechende Anwendung von § 142 ZPO erreichen zu können.

4. Das mit Nachdruck und wiederholt geäußerte Anliegen der AStin., der Senat möge anlässlich des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu den sie in diesem Zusammenhang bewegenden Fragen Stellung nehmen, kann nicht erfüllt werden. Dies gilt etwa für die Fragen, inwieweit eine Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO neben § 630g BGB Bedeutung für den Arzthaftungsprozess hat, wie das Verhältnis der Normen zueinander zu sehen ist, ob sie insbesondere unabhängig nebeneinanderstehen oder ein Verhältnis der Spezialität anzunehmen ist, worauf sich die Datenauskunft gegenüber einem Arzt oder Krankenhaus im Einzelnen erstreckt (also etwa auch auf internen Schriftwechsel mit Dritten wie dem eigenen Haftpflichtversicherer), was mithin als eine „vollständige Datenauskunft“ anzusehen ist, ob ein Gericht dem Gegner nach § 142 ZPO die Erteilung einer Datenauskunft aufgeben kann, und vieles mehr. Diese Fragen sind nicht entscheidungserheblich. Ihre Beantwortung sollte aus gutem Grund in einem Rechtsstreit erfolgen, in dem sich diese Fragen konkret stellen. Solange ist die rechtswissenschaftliche Diskussion, die sich offensichtlich erst in ihren Anfängen befindet und an der sich der Prozessbevollmächtigte der AStin. in herausgehobener Weise beteiligt, der richtige Platz dafür.

In eine derartige Diskussion auch in Form eines bloßen „obiter dictums“ einzugreifen, kann für den Senat nur in besonderen Ausnahmefällen und nur dann sinnvoll sein, wenn etwa wegen Zersplitterung der erstinstanzlichen Rechtsprechung ein gewisses Bedürfnis nach Vereinheitlichung spürbar ist. Davon kann hier aber wiederum keine Rede sein. Hier geht es noch lange nicht um die oben genannten und seitens der AStin. aufgeworfenen Fragen. Hier geht es einzig um das selbständige Beweisverfahren und seine Gestaltung. Es geht allenfalls um die höchst umstrittene Frage, ob die Vorschrift des § 142 ZPO im selbständigen Beweisverfahren überhaupt Anwendung findet oder nicht. Hierzu hat der BGH in seiner Entscheidung v. 29. 11. 2016 (– VI ZB 23/16 –, VersR 2017, 908 f.) seinerseits im Rahmen eines obiter dictums und im Einklang mit der Auffassung mehrerer Oberlandesgerichte durchblicken lassen, dass er die Norm für nicht anwendbar halte, dass also § 492 Abs. 2 ZPO auf diese Vorschrift nicht verweise, was damit begründet wurde, dass § 142 ZPO Ermessen voraussetze, dieses aber im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens nicht eröffnet sei, weil das Gericht hier nicht die Schlüssigkeit des Anspruchs zu prüfen habe. Andere (von der AStin. zitierte) Oberlandesgerichte bejahen hingegen die Anwendung von § 142 ZPO mit der teleologischen Erwägung, wenn schon das Beweisverfahren recht weitgehend zugelassen werde, solle es auch so zweckmäßig wie möglich ausgestaltet sein, was dann auch

OLG Köln: Richterliches Unterlagenbeziehungsrecht im OH-Verfahren; sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person (MedR 2020, 762)

766

die Beziehung von Behandlungsunterlagen durch das Gericht regelmäßig gebiete.

Der erkennende Senat wiederum hat die Möglichkeit der Ausübung richterlichen Ermessens im Hinblick auf die Beziehung von Behandlungsunterlagen zwar bejaht, eine Verpflichtung zur gerichtlichen Beziehung aber grundsätzlich verneint (Beschl. v. 15. 5. 2019 – 5 W 3/19). Würde man dies auf den vorliegenden Fall übertragen, wäre aus Sicht des Senates (erst recht naturgemäß auf Basis der geäußerten Ansicht des BGH) schon deshalb das Begehren der AStin. unbegründet. Wenn – wie hier – die Behandlungsunterlagen vorliegen und damit eine aus Sicht des Senates

sachgerechte Beantwortung der Beweisfragen ohne weiteres gewährleistet ist, kann es für das Gericht keine Ermessensreduzierung auf Null geben, zusätzlich eine Datenauskunft einzuholen. Auf die durchaus zweifelhafte Frage, ob § 142 ZPO überhaupt eine hinreichende Rechtsgrundlage darstellt, von Amts wegen die einer Prozesspartei zustehenden Rechte auf Datenauskunft geltend zu machen, käme es danach nicht an. Solche Zweifel sind aber aus Sicht des Senates schon deshalb gerechtfertigt, weil § 142 ZPO nur die Vorlage von Urkunden und sonstigen „Unterlagen“ regelt, nicht hingegen die Erteilung einer Auskunft. Eine Auskunft muss aber nicht durch Vorlage von Unterlagen erteilt werden (auch wenn Art. 15 DS-GVO die Überlassung von Kopien vorsieht), sondern kann (und wird häufig) durch Abgabe einer ggf. erst zu verschriftlichenden Erklärung erfolgen. Der Senat versteht die knappe Begründung im angegriffenen Beschl. v. 2. 1. 2020, wonach es für die begehrte Datenauskunft keine Grundlage gebe, genau in diesem Sinne. Hier gibt es derzeit nichts, wozu der Senat weitergehende Ausführungen machen müsste.

5. Für die Vorlage der Sache an den EuGH, wie die AStin. sie ausdrücklich beantragt, besteht keine Möglichkeit. Nach Art. 267 AEUV besteht die Pflicht oder auch nur die Möglichkeit einer Vorlage an den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nur, wenn und soweit das Gericht für seine Entscheidung eine Frage der Auslegung der Verträge bzw. über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union, für erforderlich hält. Das ist hier nicht der Fall. Die Vorlage einer Frage, wie sie der AStin. offenbar vorschwebt („gebietet das europäische Recht, dass das Gericht im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens eine Datenauskunft über sämtliche bei dem Ag. gespeicherte Daten einholt“?), würde voraussetzen, dass es eine EU-Norm gäbe, die auch nur ansatzweise geeignet wäre, eine derartige Auslegung zuzulassen. Es ist schon gesagt worden (oben unter 1. letzter Absatz), dass der Senat keine Regelung in den europäischen Verträgen oder in der DS-GVO erkennt (insbesondere nicht Art. 79 DS-GVO), die der hier zu treffenden Entscheidung auch nur im Entferntesten entgegen stehen können. Die – vom Senat gewiss nicht in Zweifel gezogenen – europarechtlichen Datenschutzrechte wie die darauf bezogenen Rechtsweggarantien gebieten nicht, dass ein deutsches Gericht im Rahmen eines auf arzt haftungsrechtliche Fragen ausgerichteten Beweisverfahrens zuvor von Amts wegen eine umfassende Datenauskunft einzuholen hat. Auch den umfangreichen Schriftsätzen der AStin. kann der Senat keine derartige europarechtliche Grundlage entnehmen.

6. Für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde nach § 574 ZPO liegen die Voraussetzungen ebenfalls nicht vor. Die sich hier stellenden entscheidungserheblichen Fragen sind höchststrichterlich geklärt (Zulässigkeit der Beschwerde). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH.

[...]

Eingesandt von Dr. iur. Martin Riemer, Brühl; bearbeitet von Rechtsanwalt Michael Graf, Rechtsanwältin Gabriela Johannes, Rechtsanwältin Kathrin Schmidt-Troje, Kanzlei Michael Graf Patientenanwälte, Heinrich-Von-Stephan-Str. 20, 79100 Freiburg, Deutschland

Anmerkung zu OLG Köln, Beschl. v. 20. 4. 2020 – 5 W 5/20 (LG Köln)*

I) Praxisrelevanz

Die hier gegenständliche und noch immer höchst strittige Kernfrage der richterlichen Beziehung von Behandlungsunterlagen im Rahmen eines Arzthaftungsbeweisverfahrens hat enorme

Praxisrelevanz, zumal sich das OH-Verfahren aufgrund seiner nicht zu verkennenden Vorzüge gegenüber einem Klageverfahren gerade in Medizinschadensfällen in der Vergangenheit immer weiter etabliert hat; so unterstreicht auch der BGH in seinen aktuellen Entscheidungen v. 6. 7. 2020 und 19. 5. 2020, dass (gerade) durch die Klärung medizinischer Fragen im OH-Verfahren die Gerichte von Prozessen entlastet und die Parteien unter Vermeidung eines Rechtsstreits zu einer raschen und kostensparenden Einigung gebracht werden können.¹

Im Arzthaftungsrecht sind grundsätzlich die ärztlichen Behandlungsunterlagen der in die Haftung genommenen Behandler und der Mitbehandler das „A und O“ für die gutachterliche und richterliche Beurteilung der Streitgegenstände. *Greiner*² stellt hierzu fest, dass der geschädigte Patient – trotz seines Anspruchs auf Einsicht in die Krankenunterlagen – gerade nicht verpflichtet sei, vorprozessual die Krankenunterlagen seinerseits beizuziehen und bei Einreichung der Klage dem Gericht zur Verfügung zu stellen; die Beiziehung von Krankenunterlagen sei nämlich Ausfluss der Prozessförderungspflicht des Gerichts. Zur effektiven prozessualen Ausgestaltung des speziellen zivilgerichtlichen Beweisverfahrens des § 485 Abs. 2 ZPO gehört indes – mit Blick auf die gesetzgeberische Intention³ – auch die direkte oder analoge Anwendung der Beiziehungsbefugnisse der §§ 142, 144, 421 ff. ZPO. Aus Sicht der Verfasser ist in jedem Arzthaftungsverfahren die richterliche Beiziehung (zur medizinischen Begutachtung erforderlicher (Original-)Unterlagen bzw. Gegenstände) stets geboten, insbesondere auch im OH-Verfahren.

II) Keine Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde nach § 567 Abs. 1 ZPO

Der BGH negiert in seiner Entscheidung v. 29. 11. 2016⁴ die isolierte Anfechtbarkeit der richterlichen Ablehnung einer im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens begehrten Anordnung nach § 142 ZPO mit der sofortigen Beschwerde nach § 567 Abs. 1 ZPO. Der Kölner Senat folgt in seiner aktuellen Entscheidung v. 20. 4. 2020 der Auffassung

OLG Köln: Richterliches Unterlagenbeiziehungsrecht im OH-Verfahren; sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person (MedR 2020, 762)

767

und Argumentation des BGH⁵. Auch der Umstand, dass der Antragsteller in dem zugrundeliegenden Fall im Wege des § 142 ZPO die Durchsetzung einer Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO begehrt, ändere – so das OLG Köln – am Ergebnis der Unzulässigkeit einer isolierten Beschwerde gegen die Ablehnung einer Anordnung nach § 142 ZPO nichts⁶. Denn der mit den Regelungen in der DS-GVO intendierte Datenschutz dürfte im Falle einer begehrten gerichtlichen Beiziehung medizinischer Behandlungsunterlagen nicht tangiert sein, so dass hieran auch die Durchsetzung einer Datenauskunft nach Art. 15 DS-GVO über den Weg des § 142 ZPO scheitern dürfte. Die insoweit generelle Unstatthaftigkeit der sofortigen Beschwerde gegen die Ablehnung einer Anordnung nach § 142 ZPO dürfte daher auch aus Sicht der Verfasser weder gegen Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union noch gegen sonstiges den Schutz persönlicher Daten intendiertes Europarecht verstoßen. Mit Beschluss v. 15. 5. 2019 stellte der 5. Zivilsenat des OLG Köln⁷ überdies bereits fest, dass auch die gerichtliche Auflage gegenüber dem Antragsteller in einem selbständigen Beweisverfahren, die Behandlungsunterlagen zur Gerichtsakte zu reichen, grundsätzlich nicht anfechtbar sei, auch wenn die Beauftragung des Sachverständigen von der Erfüllung dieser Auflage abhängig gemacht werde.

Jedoch im Ausnahmefall bejaht der Kölner Senat in seiner Entscheidung v. 20. 4. 2020 über eine analoge Anwendung von § 252 ZPO i. V. mit § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die Beschwerdefähigkeit dann, wenn durch die angegriffene Anordnung faktisch ein Verfahren zum Stillstand gebracht werde oder

Grundrechte des Antragstellers verletzt würden, soweit dies durch eine Anfechtung der Hauptsacheentscheidung nicht mehr behoben werden könne. Ein faktischer Stillstand sei jedoch erst anzunehmen, wenn es dem Antragsteller unmöglich oder unzumutbar sei, die ihm durch ein Gericht gesetzte Auflage zu erfüllen. Insoweit hat der Senat in seiner Entscheidung v. 15. 5. 2019 angedeutet, Unzumutbarkeit könne gegeben sein, wenn sich die gegnerische Behandlerseite weigert, den Anspruch auf Herausgabe der Patientenunterlagen aus § 630g BGB freiwillig zu erfüllen und den Antragsteller auf eine gerichtliche Durchsetzung verweist. Für einen solchen Fall neige der Kölner Senat dazu, eine Beschwerde gegen die Beiziehungsablehnung analog § 252 ZPO für statthaft zu erachten, da es dem Antragsteller (als geschädigten Patienten) in diesem Fall nicht zuzumuten sei, zunächst einen Rechtsstreit bzgl. der Herausgabe der Patientenunterlagen zu führen. Dies würde – so das OLG Köln – auch dem Zweck des Beweisverfahrens widersprechen, für eine möglichst rasche Klärung der arzt haftungsrechtlichen Beweisfrage(n) zu sorgen. Diese Argumentation überzeugt.

III) Gesetzgeberische Intention des selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO

Für die noch immer höchst umstrittene Frage der Anwendbarkeit der §§ 142, 144, 421 ff. ZPO auch im selbständigen Beweisverfahren hat zunächst eine kurze Beleuchtung der gesetzgeberischen Intention des § 485 Abs. 2 ZPO⁸ zu erfolgen. Sinn und Zweck der Regelung des § 485 Abs. 2 ZPO ist, durch die vorprozessuale Beweissicherung die Gerichte gerade in den Fällen, in welchen der Streit der Parteien nur von der Entscheidung tatsächlicher Fragen abhängt, von Prozessen zu entlasten und die Parteien unter Vermeidung eines Rechtsstreits zu einer raschen und kostensparenden Einigung zu bringen. Bezogen auf Arzthaftungsbeweisverfahren ist es aus Sicht der Verfasser zur Gewährleistung einer umfassenden medizinischen Sachverständigenbegutachtung unabdingbar, dass dem Sachverständigen die vollständige Behandlungs- und Pflegedokumentation sowie das vollständige Bildmaterial – und zwar jeweils im Original – inklusive aller Behandlungsverträge und -abrechnungen in Kopie vorliegen. Nur dann kann aus der sachverständigen Begutachtung im OH-Verfahren ein aussagekräftiges medizinisches Sachverständigengutachten resultieren, und sodann die ernsthafte Möglichkeit bestehen, die Parteien unter Vermeidung eines Rechtsstreits zu einer gütlichen Einigung zu bringen und damit die Gerichte zu entlasten; dies lässt sich nunmehr auch aus den aktuellen Entscheidungen des BGH vom 6. 7. 2020 und 19. 5. 2020 zum selbständigen Beweisverfahren ableiten, in denen der BGH die Zweckmäßigkeit einer umfassenden richterlichen Klärung der medizinischen Beweisfragen gerade auch mit dem (in § 485 Abs. 2 ZPO normierten) Aspekt der Prozessökonomie begründet⁹.

IV) Richterliche Vorlageanordnung im selbständigen Beweisverfahren unter Ausübung des Beiziehungsermessens

Zur richterlichen Vorlageanordnung im selbständigen Arzthaftungsbeweisverfahren finden sich heute in Rechtsprechung¹⁰ und Literatur¹¹ „starke“ Befürworter. So stellt das OLG Nürnberg in seinem Beschluss v. 14. 3. 2017¹² fest, dass jedenfalls in Arzthaftungssachen die Anordnung der Vorlage der Behandlungsunterlagen zur Vorbereitung der Begutachtung durch einen medizinischen Sachverständigen zulässig und sogar „geboten“ sei. Denn nur wenn dem Sachverständigen auch die Behandlungsunterlagen zur Verfügung stehen, könne ernsthaft damit gerechnet wer-

OLG Köln: Richterliches Unterlagenbeiziehungsrecht im OH-Verfahren; sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person (MedR 2020, 762)

den, dass das Ergebnis der Begutachtung die Entscheidung der Parteien über die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens beeinflussen kann. In Arzthaftungssachen habe das Gericht daher sein Anordnungsermessen hinsichtlich der Vorlage von Behandlungsunterlagen regelmäßig dahingehend auszuüben, dass die Vorlage angeordnet werde. Im selbständigen Beweisverfahren könne nichts anderes gelten¹³.

Der 5. Zivilsenat des OLG Köln vertritt in seinem Beschluss v. 20. 4. 2020 eine vermittelnde Ansicht¹⁴ und bejaht (jedenfalls) die Möglichkeit der Ausübung richterlichen Ermessens im Hinblick auf die Beiziehung von Behandlungsunterlagen nach § 142 ZPO, verneint indes¹⁵ ausdrücklich eine Verpflichtung zur gerichtlichen Beiziehung, wobei der Senat in seiner Entscheidung v. 15. 5. 2019 auch konstatiert, dass die begehrte Beweiserhebung nur dann sinnvoll durchgeführt werden könne, wenn dem Sachverständigen zur Begutachtung die Behandlungsunterlagen der gegnerischen Behandlerseite und tunlichst auch die der Vor- und Nachbehandler zur Verfügung stünden.

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung v. 29. 11. 2016¹⁶ bislang lediglich dahingehend geäußert, dass das Gericht nach § 142 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 ergehe nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift von Amts wegen und stehe im Ermessen des Gerichts. Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass das Gericht die Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO nicht zum bloßen Zweck der Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags der Partei anordnen darf¹⁷. Liefert die Antragschrift mithin ausreichend substantiierten Vortrag zum Behandlungsfehlergeschehen¹⁸, so führt das richterliche Ermessen denknottwendigerweise zur richterlichen Anordnung der Beiziehung der Originalbehandlungsunterlagen.

In der Praxis wird jedoch die Entscheidung des BGH v. 29. 11. 2016 von den Instanzgerichten leider oft „plakativ“ missverstanden, so dass die Erstgerichte stattdessen – auch bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags der Partei – eine Vorlageanordnung im selbständigen Beweisverfahren kategorisch (und ohne Prüfung des Einzelfalls) ablehnen¹⁹, was aus Sicht der Verfasser weder mit der vorgenannten BGH-Entscheidung noch mit der Intention des Gesetzgebers zu § 485 Abs. 2 ZPO²⁰ in Einklang zu bringen sein dürfte; diese Erstgerichte übersehen bei ihrer Ermessens(nicht)ausübung, dass der BGH ausdrücklich in Arzthaftungsbeweisverfahren eine möglichst weitgehende Klärung des medizinischen Sachverhalts durch das Gericht postuliert, dies habe laut BGH insgesamt prozessökonomische Vorteile und diene der Entlastung der Gerichte, sowie der raschen Einigung der Parteien²¹.

Um der gesetzgeberischen Intention des § 485 Abs. 2 ZPO zu maximaler Geltung und Wirkung zu verhelfen, ist gerade in Fällen des Vorliegens eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags des Antragstellers (analog einer Klagebegründung) eine Beiziehungsanordnung in OH-Verfahren hinsichtlich medizinischer (Original-)Behandlungsunterlagen aus Sicht der Verfasser stets geboten. In seiner ablehnenden und pragmatisch orientierten Anm. zum Beschluss des LG Aachen v. 16. 1. 2019 befürwortet auch *Riemer*²² die Anwendbarkeit des § 142 ZPO im Arzthaftungsbeweisverfahren; insbesondere dann, wenn das Beweismittel (hier die Behandlungsdokumentation) z. B. verlustig zu gehen drohe oder der Patient die berechtigte Besorgnis habe, dass die Dokumentation nachträglich abgeändert werden könnte. Eine Zurückweisung des Beiziehungsantrags – so *Riemer* – sei dann nach § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO beschwerdefähig.

V) Höchstrichterlich noch zu klärende Fragen bzgl. der Beiziehungsanordnung im OH-Verfahren

Die bisherige BGH-Rechtsprechung hinsichtlich der Beiziehungsanordnung im OH-Verfahren lässt mithin einige Anwendungsfragen offen.

Nicht auseinandergesetzt hat sich der BGH in seiner Entscheidung v. 29. 11. 2016 mit der in Arzthaftungs beweisverfahren wichtigen Besonderheit, dass der geschädigte Patient nach § 630g Abs. 2 BGB von seinen Behandlern nämlich lediglich Abschriften seiner Patientenakte verlangen kann, er selbst mithin nur solche Abschriften in das selbständige Beweisverfahren einführen kann. Dies, obwohl es bei der gutachterlichen Begutachtung von Arzthaftungsfällen regelmäßig auf die Prüfung der Originalbehandlungsunterlagen und -bilder ankommt²³. Da dem Patienten gesetzlich aber nur ein Herausgabeanspruch hinsichtlich Kopien und Abschriften seiner Patientenakte zusteht, kann er diese Originalunterlagen

OLG Köln: Richterliches Unterlagenbeiziehungsrecht im OH-Verfahren; sofortige Beschwerde; Auskunftsrecht der betroffenen Person (MedR 2020, 762)

769

gerade nicht selbst beschaffen, er benötigt hier die Unterstützung des Gerichts²⁴.

Ferner hat sich der BGH bislang nicht klar dazu geäußert, ob das Gericht in Arzthaftungs beweisverfahren im Falle einer schlüssigen und substantiierten Antragschrift sein Anordnungs ermessen nach § 142 ZPO in der Regel dahingehend auszuüben hat, dass eine Beiziehung der Behandlungsunterlagen im Original anzuordnen ist.

Schließlich ist bislang höchstrichterlich ungeklärt, inwieweit zum Zwecke einer aussagekräftigen medizinischen Begutachtung sowie im Hinblick auf die Intention des Gesetzgebers zu § 485 Abs. 2 ZPO eine Vorlageanordnung im selbständigen Arzthaftungs beweisverfahren auch gegenüber den jeweiligen Vor- und Nachbehandlern erfolgen darf bzw. muss²⁵.

Wie bereits erwähnt, die aktuellen Entscheidungen des BGH vom 6. 7. 2020 und 19. 5. 2020 unterstreichen (zum einen) den Aspekt der Prozessökonomie bei der prozessualen Beweissicherung und (zum anderen) das Motiv der Einigung und Entlastung eben durch eine umfassende medizinische Klärung des Sachverhaltes seitens des Gerichts gerade auch im selbständigen Beweisverfahren. Mithin darf davon ausgegangen werden, dass der BGH (jedenfalls bei substantiierten Beweisfragen bzw. Beweisantragschriftsätzen) durchaus auch die richterliche Beiziehung der Patientenunterlagen bei den (dem Sachverhalt zugehörigen) ärztlichen Behandlern (jedenfalls bei den gegnerischen Behandlern) grundsätzlich für zulässig und zweckmäßig erachtet²⁶.

VI) Fazit

Aktuell herrscht hinsichtlich der §§ 142, 144, 421 ff. ZPO eine in OH-Verfahren bundesweit uneinheitliche Anwendungspraxis. Es hängt von der reinen Zufälligkeit der Geschäftsverteilung ab, ob ein Gericht in einem OH-Verfahren von den Vorschriften der §§ 142, 144, 421 ff. ZPO Gebrauch macht und damit die rechtsschutzsuchende Patientenseite in den Genuss einer richterlichen Beiziehungsanordnung kommt²⁷. Eine Kontrolle durch das Beschwerdegericht ist insoweit nicht (bzw. nur im Ausnahmefall) eröffnet. Diese unbefriedigende Situation bedarf aus Sicht der Verfasser zwingend einer nochmals klarstellenden höchstrichterlichen Klärung²⁸.

Es bleibt mithin abzuwägen, ob und wie sich der BGH (nochmals) zu der noch immer höchst strittigen Kernfrage der richterlichen Beiziehung medizinischer Behandlungsunterlagen im Rahmen

eines selbständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens, mithin zur Frage der direkten oder analogen Anwendbarkeit der §§ 142, 144, 421 ff. ZPO – mit Blick auf die noch offenen Anwendungsfragen – positionieren wird. Aus Sicht der Verfasser wäre eine höchstrichterliche Leitentscheidung – wenn auch nur in Form eines bloßen „obiter dictums“ – zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendungspraxis sehr zu begrüßen.

Michael Graf, Gabriela Johannes und Kathrin Schmidt-Troje**

* <https://doi.org/10.1007/s00350-020-5654-4>

¹ BGH, Beschl. v. 19. 5. 2020, Az. VI ZB 51/19, BeckRS 2020, 13599; BGH, Beschl. v. 6. 7. 2020, Az. VI ZB 27/19; vgl. hierzu auch *Graf/Johannes*, VersR 2019, 1054; *Graf/Werner*, VersR 2017, 913.

² *Greiner*, in: *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, E. Prozessuale Grundsätze, Rdnrn. 3 ff.

³ BT-Dr. 11/3621, S. 23.

⁴ BGHZ 173, 23 = VersR 2017, 908.

⁵ Hingewiesen sei indes etwa auf den Beschl. des OLG Düsseldorf v. 30. 1. 2014 (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30. 1. 2014, Az. I-5 W 84/13 = BeckRS 2014, 8408) sowie *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 142, Rdnr. 13, welche die Beschwerdefähigkeit einer solchen Ablehnung nach § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO bislang bejahten.

⁶ Sollte Art. 15 DS-GVO überhaupt der Vorschrift des § 142 ZPO unterfallen, was auch aus Sicht der Verfasser als zweifelhaft erscheint.

⁷ OLG Köln, Beschl. v. 15. 5. 2019, Az. 5 W 3/19 mit Anm. v. *Walter*, MedR 2020, 285.

⁸ BT-Dr. 11/3621, S. 23.

⁹ BGH, Beschl. v. 19. 5. 2020, Az. VI ZB 51/19, BeckRS 2020, 13599; BGH, Beschl. v. 6. 7. 2020, Az. VI ZB 27/19; so auch etwa OLG Hamm, Beschl. v. 9. 7. 2019, Az. I-26 W 8/19 mit Anm. v. *Graf/Johannes*, MedR 2020, 40; OLG Nürnberg, Beschl. v. 14. 3. 2017, Az. 5 W 1043/16 mit Anm. v. *Graf/Werner*, VersR 2017, 969.

¹⁰ Vgl. etwa OLG Hamm v. 9. 7. 2019, Az. I-26 W 8/19 mit Anm. v. *Graf/Johannes*, MedR 2020, 40; OLG Nürnberg v. 14. 3. 2017, Az. 5 W 1043/16 mit Anm. v. *Graf/Werner*, VersR 2017, 969; OLG Düsseldorf v. 30. 1. 2014, Az. I-5 W 84/13 = BeckRS 2014, 8408; KG v. 10. 4. 2013, Az. 9 W 94/12 = NJW 2014, 85; OLG Frankfurt/M. v. 6. 2. 2003, Az. 12 W 12/03 = BeckRS 2013, 18862; LG Frankfurt/M. v. 4. 9. 2018, Az. 2-04 OH 5/18; LG Stralsund v. 10. 7. 2018, Az. 7a OH 2/18; LG Hamburg v. 5. 4. 2018, Az. 303 OH 4/17; LG Neuruppin v. 7. 3. 2018, Az. 32 OH 3/17; LG Aachen, Beschl. v. 3. 8. 2018 – 11 OH 6/18; LG Gera v. 22. 4. 2016 – 2 OH 12/16; LG Freiburg v. 19. 5. 2016 – 1 OH 8/16; LG Mainz v. 4. 7. 2016 – 2 OH 25/15; LG Konstanz v. 27. 6. 2016 – B 6 OH 9/15; LG Frankfurt/M. v. 4. 3. 2016 – 2-04 OH 2/16 und v. 2. 2. 2016 – 2-04 OH 12/15; LG Baden-Baden v. 13. 10. 2015 – 4 OH 3/15 und v. 13. 1. 2016 – 3 OH 14/15.

¹¹ Vgl. etwa *Bergmann*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Gesamtes Medizinrecht 2. Aufl. 2014, BGB § 630g, Rdnrn. 2 f.; *Huber*, in: *Musielak/Voit*, ZPO 12. Aufl. 2015, § 492, Rdnr. 1; *Ulrich*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO-Kommentar, 8. Aufl. 2016, § 491, Rdnr. 2; *Bünnigmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle*, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 142, Rdnr. 3; *Martis/Winkhart-Martis*, Arzt Haftungsrecht 5. Aufl. 2018, Rdnr. B 523 S. 630; *Leipold*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 492, Rdnr. 11; *Rinke/Balser*, MedR 1999, 398; *Riemer*, MedR 2019, 481 mit Anm. zu LG Aachen v. 16. 1. 2019, Az. 11 OH 6/18.

¹² OLG Nürnberg, Beschl. v. 14. 3. 2017, Az. 5 W 1043/16 mit Anm. v. *Graf/Werner*, VersR 2017, 969.

¹³ Das OLG Hamm vertritt in seinem Beschl. v. 9. 7. 2019 (OLG Hamm, Beschl. v. 9. 7. 2019, Az. I-26 W 8/19 mit Anm. v. *Graf/Johannes*, MedR 2020, 40.) die Auffassung, die Vorlagepflicht ergebe sich im Rahmen der durchzuführenden Beweisaufnahme aus den Vorschriften der §§ 421 ff. ZPO und lasse sich gerade mit dem Sinn und Zweck des Beweisverfahrens in Einklang bringen. Denn – so das OLG Hamm – die stetig erfolgte Ausweitung dieses zivilprozessual zur Verfügung stehenden Verfahrens ergebe überhaupt nur dann Sinn, wenn der Sachverständige auch die notwendigen Grundlagen, also die (Original-)Behandlungsunterlagen, zur Verfügung habe.

¹⁴ So etwa auch KG, Beschl. v. 10. 4. 2013, Az. 9 W 94/12 = NJW 2014, 85.

¹⁵ Unter Hinweis auf seinen Beschl. v. 15. 5. 2019 (OLG Köln, Beschl. v. 15. 5. 2019, Az. 5 W 3/19 mit Anm. v. *Walter*, MedR 2020, 285).

¹⁶ BGHZ 173, 23 = VersR 2017, 908.

¹⁷ Dem BGH ist zuzustimmen, denn freilich bedarf es für die richterliche Ermessensausübung eines ausreichenden Behandlungsfehlervortrags in der Antragschrift; vgl. auch *Boeckh*, in: *Saenger/Ullrich/Siebert*, ZPO 4. Aufl. 2019, § 142, Rdnrn. 2 f.

¹⁸ An die Substantiierungspflicht des Patienten dürfen im Arzthaftungsprozess hinsichtlich des medizinischen Sachverhalts nur maßvoll und verständig geringe Anforderungen gestellt werden. Die Partei darf sich auf Vortrag beschränken, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet (BGH, VersR 2004, 1177); vgl. auch *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO 12. Aufl. 2015, § 142, Rdnr. 1.

¹⁹ Zum Streitstand vgl. *Graf/Werner*, VersR 2017, 913; *Graf/Johannes*, MedR 2020, 26; vgl. auch *Riemer*, MedR 2019, 481 mit Anm. zu LG Aachen v. 16. 1. 2019, Az. 11 OH 6/18.

²⁰ BT-Dr. 11/3621, S. 23.

²¹ BGH Beschl. v. 19. 5. 2020, Az. VI ZB 51/19, BeckRS 2020, 13599; BGH, Beschl. v. 6. 7. 2020, Az. VI ZB 27/19; zu sehen ist, dass eine pauschale Nichtanwendung des § 142 ZPO in Arzthaftungsbeweisverfahren regelmäßig zu „mangelbehafteten“ Gutachtenergebnissen führen würde, welche dann der gütlichen Lösung im OH-Verfahren unnötig „Steine in den Weg“ legen und erst im Hauptsacheverfahren durch eine Beiziehung der (Original-)Behandlungsunterlagen nachgebessert werden müssten.

²² *Riemer*, MedR 2019, 481 mit Anm. zu LG Aachen v. 16. 1. 2019, Az. 11 OH 6/18.

²³ Denn der medizinische Sachverständige kann meist nur aus der Originaldokumentation (im Hinblick auf die Lesbarkeit, die Art und Weise der Dokumentation, Dokumentationsmängel, Kurven, ärztliche Farbcodes etc.) richtige Erkenntnisse erlangen. Überdies lässt sich der Vorschrift des § 419 ZPO entnehmen, dass Mängel in einer Urkunde wie bspw. Durchstreichungen, Veränderungen und Radierungen etc. die Beweiskraft der Behandlungsdokumentation mindern oder aufheben können; solche Mängel treten im Prozess aber meist nur durch die Vorlage und Prüfung der ärztlichen Originaldokumentation zu Tage.

²⁴ *Greiner* weist explizit darauf hin, dass im Arzthaftungsrecht das Gericht zur Wahrung der „Waffengleichheit“ aktiv die unterlegene Patientenseite zu unterstützen hat, vgl. *Greiner*, in: *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, E. Prozessuale Grundsätze, Rdnr. 1; vgl. auch *Graf/Werner*, VersR 2017, 913.

²⁵ Vgl. hierzu OLG Hamm, Beschl. v. 9. 7. 2019, Az. I-26 W 8/19 mit Anm. v. *Graf/Johannes*, MedR 2020, 40, wonach im selbständigen Beweisverfahren keinesfalls eine Verpflichtung Dritter besteht, die entsprechenden Unterlagen vorzulegen.

²⁶ BGH Beschl. v. 19. 5. 2020, Az. VI ZB 51/19, BeckRS 2020, 13599; BGH, Beschl. v. 6. 7. 2020, Az. VI ZB 27/19.

²⁷ Mit der Folge des Vorliegens eines aussagekräftigen Sachverständigengutachtens und der sodann ernsthaften Möglichkeit der Vermeidung eines Rechtsstreits bzw. einer raschen und kostensparenden Einigung.

²⁸ Vgl. hierzu *Riemer*, MedR 2019, 481 = Anm. zu LG Aachen, Beschl. v. 16. 1. 2019 – 11 OH 6/18.

** Rechtsanwalt Michael Graf, Rechtsanwältin Gabriela Johannes, Rechtsanwältin Kathrin Schmidt-Troje, Kanzlei Michael Graf Patientenanwälte, Heinrich-Von-Stephan-Str. 20, 79100 Freiburg, Deutschland