

## Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung

Michael Graf und Gabriela Johannes, Freiburg i. Br.\*

### I. Problemaufriss

Auch im Medizinschadensrecht etabliert sich das selbstständige Beweisverfahren zunehmend und ist aus der Arzthaftungspraxis nicht mehr wegzudenken. Die Möglichkeit unter Vermeidung eines Rechtsstreits zu einer zügigen und kostensparenden Einigung zu gelangen, ist für die Patientenseite ein wesentliches Argument, den Weg eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO zu beschreiten.

Geht es der Patientenseite neben der Feststellung eines Behandlungsfehlers – wie häufig – auch um die Feststellung eines Aufklärungsfehlers, hat die Patientenseite ein berechtigtes Interesse, sowohl den Behandlungs- als auch den Aufklärungsfehler gem. § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zum Beweisthema des selbstständigen Beweisverfahrens zu machen und so die Verjährung sämtlicher aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt resultierender Schadensersatzansprüche nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB (d. h. sowohl hinsichtlich des gerügten Behandlungsfehlers als auch hinsichtlich des gerügten Aufklärungsfehlers) zu hemmen.

Der BGH hat sich in seinem Beschluss vom 24. 9. 2013 <sup>1</sup> klar für die Zulässigkeit des groben Behandlungsfehlers als Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens ausgesprochen, obwohl es sich bei der Beweisfrage nach dem Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers – ebenso wie bei der Aufklärungsrüge – letztlich um eine Rechtsfrage handelt. Insoweit wird der vorbezeichnete BGH-Beschluss insbesondere von den Patientenanwälten, aber auch von vielen Obergerichten als richtungsweisendes Grundsatzurteil gesehen.

So haben neben zahlreichen Landgerichten <sup>2</sup> jüngst auch das OLG Hamburg in seinem Beschluss vom 11. 10. 2016 <sup>3</sup>, das OLG Nürnberg in seinem Beschluss vom 14. 3. 2017 <sup>4</sup> sowie das OLG Rostock in seinem Beschluss vom 1. 10. 2018 <sup>5</sup> Aufklärungsfehlerfragen im selbstständigen Beweisverfahren für zulässig erklärt.

Gleichwohl wird die Zulassung von Aufklärungsfehlerfragen im selbstständigen Beweisverfahren von den Landgerichten (teilweise sogar von den einzelnen Kammern innerhalb desselben Landgerichts, so bejahend die 1. und die 11. Kammer des LG Freiburg,

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen

Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)

1055

verneinend aber die 6. Kammer des LG Freiburg) und Oberlandesgerichten aktuell noch immer unterschiedlich gehandhabt. <sup>6</sup>

Doch was bedeutet es für die Prozessführung der Patientenseite, wenn das für sie örtlich zuständige Gericht zwar die Behandlungsfehlerfragen, nicht jedoch die Aufklärungsfehlerfragen im selbstständigen Beweisverfahren zulässt?

Die Frage lässt sich wie folgt beantworten:

Es wird die Patientenseite letztlich zur Erhebung einer Hauptsacheklage „gezwungen“, um hinsichtlich des gerügten Aufklärungsfehlers die verjährungshemmende Wirkung durch Rechtsverfolgung nicht zu verlieren.

Sodann stellt sich die Frage, wie mit der neuen Verfahrenskonstellation – anhängiges selbstständiges Beweisverfahren und daneben die nachträgliche Anhängigkeit der Hauptsache – zivilprozessual (und prozessökonomisch) rechtlich verfahren werden muss.

## **II. Veranschaulichung des Problems anhand der Entscheidungen des OLG Karlsruhe mit Beschlüssen vom 24. 10. 2018 <sup>7</sup>**

Zum Verfahren:

Mit Antragschrift vom 22. 12. 2016 beantragte die im Rahmen einer zahnärztlichen Behandlung geschädigte Patientin die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens mit konkret gestellten Beweisfragen zu gerügten Behandlungs- und Aufklärungsfehlern sowie zur Schadenscausa. Die Antragstellerin beabsichtigte mit der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens eine umfassende gutachterliche Klärung der Beweisthemen sowie eine anschließende gütliche Lösung und Erledigung der Arzthaftungsstreitigkeit. Der Antrag diene auch zur Verjährungshemmung der Arzthaftungsansprüche der Antragstellerin (vgl. § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB).

Mit Beweisbeschluss vom 28. 3. 2017 wies die 11. Kammer des LG Freiburg <sup>8</sup> im selbstständigen Beweisverfahren die von der Antragstellerin gestellten Beweisfragen zur ärztlichen Aufklärungsdokumentation zurück. <sup>9</sup>

Mit Beschluss vom 21. 11. 2017 änderte das OLG Karlsruhe <sup>10</sup> auf die sofortige Beschwerde der Patientenseite den Beweisbeschluss des LG Freiburg vom 28. 3. 2017 <sup>11</sup> nur teilweise ab, nicht abgeholfen wurde die Zurückweisung der gestellten medizinischen Beweisfragen zur ärztlichen Aufklärung bzw. Aufklärungsdokumentation. Durch die Zurückweisung der diesbezüglich Beweisfragen nahm das Gericht nachträglich den eigenständigen Streitgegenstand „Aufklärungsfehler“ aus dem verjährungshemmenden selbstständigen Beweisverfahren heraus, die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen.

Sodann war die Antragstellerin „gezwungen“, innerhalb der sechsmonatigen Nachhemmungsfrist des § 204 Abs. 2 BGB mit anwaltlichem Schriftsatz vom 23. 1. 2018 parallel eine Arzthaftungsklage gegen die Antragsgegnerparteien zu erheben, (allein) um eine weitere Verjährungshemmung bezüglich der Aufklärungsfehler zu gewährleisten. Aufgrund des anhängigen selbstständigen Beweisverfahrens stellte die Antragstellerin im „neuen“ parallelen Hauptsacheverfahren dann den Antrag, das Hauptsacheverfahren gem. § 148 ZPO (der Einfachheit halber) auszusetzen, sodass die Vorklärung der übrigen streitigen ärztlichen Versäumnisse zunächst im selbstständigen Beweisverfahren fortgesetzt werden könne, um dadurch im Vorfahren noch eine gütliche Lösung ermöglichen zu können.

Zuvor – d. h. vor Erhebung der Arzthaftungsklage – hatte das Gericht im selbstständigen Beweisverfahren mit Schreiben vom 12. 1. 2018 den Sachverständigen bereits mit der Erstattung des gerichtlichen medizinischen Gutachtens zu den begehrten Behandlungsfehlern und zur Schadenscausa beauftragt. Mit Schreiben vom 7. 2. 2018 teilte der Sachverständige dem Gericht

mit, dass die Antragstellerin am 26. 3. 2018 von ihm im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens persönlich begutachtet werde.

Mit Schreiben vom 3. 4. 2018 wies das Gericht die Parteien darauf hin, dass es beabsichtige, angesichts der erhobenen Arzthaftungsklage (a) das laufende selbstständige Beweisverfahren sowie (b) die darin bereits begonnene Sachverständigenbegutachtung „nachträglich einzustellen“. Denn es sei das vorliegende selbstständige Beweisverfahren durch die Erhebung der Hauptsacheklage – so das Gericht – unzulässig geworden.

Hiergegen wehrte sich die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 15. 5. 2018.

Mit Beschluss vom 18. 7. 2018 stellte das LG Freiburg <sup>12</sup> das selbstständige Beweisverfahren (dennoch) ein. Ebenfalls mit Beschluss vom 18. 7. 2018 wies das LG Freiburg <sup>13</sup> im parallelen Hauptsacheverfahren den Aussetzungsantrag der Kl. zurück.

Gegen beide Beschlüsse des LG Freiburg legte die Antragstellerin (und Kl.) erfolglos sofortige Beschwerde ein. Denn das OLG Karlsruhe bestätigte in seinen Beschlüssen vom 24. 10. 2018 <sup>14</sup> die Entscheidungen des LG Freiburg bezüglich der „nachträglichen Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens sowie bezüglich des zurückgewiesenen Aussetzungsantrags im Hauptsacheverfahren und wies die sofortigen Beschwerden der Antragstellerin/Kl. zurück.

Die Rechtsbeschwerde wurde weder im selbstständige Beweisverfahren (nachfolgend auch als OH-Verfahren bezeichnet) noch im Hauptsacheverfahren vom Senat zugelassen.

Im Ergebnis wurde die Antragstellerin mithin richterlich in das Hauptsacheverfahren „gedrängt“ und gleichzeitig wurde ihr OH-Verfahren gerichtlich „von Amts wegen“ eingestellt. <sup>15</sup>

### **III. Ausgangspunkt: Die ärztliche Aufklärungsfehlerrüge; Zulässiger Streitgegenstand im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens (§ 485 Abs. 2 ZPO)?**

#### **1. Grundsatzentscheidung des BGH vom 24. 9. 2013**

Der BGH hat mit seiner Grundsatzentscheidung vom 24. 9. 2013 <sup>16</sup> einen neuen „Meilenstein“ gesetzt, indem er die unbeschränkte

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)	1056
--	------

Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO im Arzthaftungsrecht bejaht und zugleich den groben Behandlungsfehler als Beweisthema im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht zugelassen hat.

Der BGH hat mit dieser Grundsatzentscheidung ausdrücklich klargestellt, dass es für die Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht lediglich auf die Möglichkeit einer Streitbeilegung bzw. auf die mögliche Verwertbarkeit oder generelle Eignung der Feststellungen zur Streitbeilegung ankomme. Dieser Auffassung folgen nunmehr – neben zahlreichen Landgerichten – auch die meisten Oberlandesgerichte <sup>17</sup> .

#### **2. Übertragung des BGH-Beschlusses vom 24. 9. 2013 auf die Frage der Zulässigkeit der Aufklärungsfehlerrüge im arzthaftungsrechtlichen Beweisverfahren**

Höchstrichterlich ist bislang immer noch die Frage offen, ob sich die vom BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 24. 9. 2013 <sup>18</sup> aufgeführten Argumente für die Zulässigkeit der

Beweisfrage zum groben Behandlungsfehler (als beweisrechtliches Kausalitätstatbestandsmerkmal) auch auf die Zulässigkeit der Aufklärungsfehlerrüge im selbstständigen Beweisfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO projizieren lassen. <sup>19</sup>

#### **IV. Die „erzwungene“ Klageerhebung zur Verjährungshemmung als Folge der Nichtzulassung von Aufklärungsfehlerfragen im selbstständigen Beweisverfahren**

Im obigen Fall des OLG Karlsruhe <sup>20</sup> war die medizingeschädigte Antragstellerin (aufgrund der richterlichen Nichtzulassung ihrer Aufklärungsfehlerrüge im selbstständigen Beweisverfahren) letztlich „gezwungen“ umfassend parallele Klage zu erheben, um die Hemmung der Verjährung <sup>21</sup> auch für ihr Ansprüche aus Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht sicherzustellen (vgl. § 204 Abs. 2 S. 1 BGB).

##### **1. Nachträgliche „Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens und Zurückweisung des Aussetzungsantrags in der Hauptsache (§ 148 ZPO)**

Es stellt sich zunächst die Frage, wie die Verfahrenssituation – anhängiges selbstständiges Beweisverfahren und parallel anhängige Hauptsache – rechtlich und prozessual zu behandeln ist.

###### **a) Argumente des LG Freiburg in seinen beiden Beschlüssen vom 18. 7. 2018**

Das LG Freiburg vertritt in seinen beiden Beschlüssen vom 18. 7. 2018 die Auffassung, das Rechtsschutzbedürfnis für das selbstständige Beweisfahren sei durch die Erhebung der parallelen Hauptsacheklage entfallen. Dies habe die nachträgliche Unzulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens sowie dessen „nachträgliche Einstellung“ zur Folge.

Zudem könne das Hauptsacheverfahren nicht ausgesetzt werden. Es stelle die Vorschrift des § 148 ZPO eine Ermessensnorm dar. Maßgeblich sei im Rahmen der Ermessensausübung – so das Erstgericht –,

„ob die jederzeit gebotene Förderung und Beschleunigung des Prozesses nicht auf andere Weise als durch Aussetzung des Hauptsacheverfahrens besser zu erreichen ist“.

Mithin erfolge mit der Ermessensausübung – so das LG Freiburg in seinem Beschluss vom 18. 7. 2018 – auch die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für das selbstständige Beweisverfahren. Maßgeblich sei die „bessere Möglichkeit der Verfahrensförderung und -beschleunigung“. Insoweit sei die Fortführung eines selbstständigen Beweisverfahrens aus prozessökonomischer Sicht etwa nur angezeigt,

„wenn bereits Beweisbeschluss erlassen und eine Begutachtung durchgeführt wurde oder das Gutachten vorliegt und nur noch Ergänzungsfragen zu klären sind“.

Vorliegend sei jedoch – trotz bereits erlassenen Beweisbeschlusses und begonnener Sachverständigenbegutachtung – das Hauptsacheverfahren im Arzthaftungsrecht für die Antragstellerin der „bessere Weg“.

Denn der Sachverständige habe mit Schreiben vom 7. 2. 2018 mitgeteilt, dass er die Originalbehandlungsunterlagen benötige. Sofern das Gericht – wie hier erfolgt – die Anordnung deren Vorlage nach § 142 ZPO nicht treffe, müsse die Sachverständigenbegutachtung im Hauptsacheverfahren möglicherweise erneut durchgeführt werden. Vorliegend diene daher in

solchen Medizinschadensrechtfällen die Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens gerade nicht der gebotenen Verfahrensförderung und -beschleunigung.

### **b) Argumente des OLG Karlsruhe in seinen Beschlüssen vom 24. 10. 2018**

Das OLG Karlsruhe ist in seinen Beschlüssen vom 24. 10. 2018 <sup>22</sup> der Auffassung des Erstgerichts gefolgt, das LG Freiburg habe in seinen beiden Beschlüssen vom 18. 7. 2018 den Antrag auf Aussetzung des Hauptsacheverfahrens ermessensfehlerfrei „zurückgewiesen und stattdessen die Einstellung des selbstständigen Beweisverfahrens beschlossen“.

Ferner weist das OLG Karlsruhe in seinen Beschlüssen vom 24. 10. 2018 darauf hin, dass die gebotene Förderung und Beschleunigung des Arzthaftungsprozesses durch Fortsetzung des Hauptsacheverfahrens besser zu erreichen sei als durch Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens. Mit zutreffender Begründung habe das Erstgericht ausgeführt, dass der Kl.-Seite hier mit der Fortsetzung des Hauptsacheverfahrens objektiv gesehen ein besserer Weg zur Verfügung stehe, die mit einem Gerichtsverfahren üblicherweise verbundenen Ziele zu verwirklichen. Im Hauptsacheverfahren könne das Erstgericht – anders als im selbstständigen Beweisverfahren – eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung vornehmen und damit von vornherein den Untersuchungsauftrag auf das für die Entscheidung des Rechtsstreits Erhebliche begrenzen.

Zudem ist das OLG Karlsruhe der Auffassung, dass eine gütliche Einigung im Rahmen des arzthaftungsrechtlichen selbstständigen Beweisverfahrens grundsätzlich wenig wahrscheinlich erscheine, wenn die gutachterliche Beweiserhebung keinen Behandlungsfehler ergeben sollte, da es dann nach „der Erfahrung des auf Arzthaftungsrecht spezialisierten Senats“ auf die hier bereits aufgeworfene Frage der Aufklärung ankommen dürfte, die hier aber – so das OLG Karlsruhe – nur im Hauptsacheverfahren geklärt werden könne. <sup>23</sup>

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)	1057
--	------

Das OLG Karlsruhe will für die Einstellung des selbstständigen Beweisverfahrens der geschädigten Antragstellerin (Patientin) zudem auch die Belange und Interessen des in Anspruch genommenen Antragsgegners (Arztes) heranziehen und kommt zu dem (durchaus kritikwürdigen) Schluss, dass die Belange des Antragsgegners dem „subjektiv verstandenen Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin“ überwiegen, wenn es feststellt:

„Auch der Wunsch der Antragstellerin nach einer direkten Begutachtung ,ihrer` Beweisthemen durch einen Sachverständigen im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Das Gericht hat bei der Ermessensausübung gem. § 148 ZPO auch die Belange der Gegenseite zur berücksichtigen. Der Gegenseite dürfte aber daran gelegen sein, die streitentscheidenden Fragen zu klären, ob den Antragsgegnern Behandlungs- und/oder Aufklärungsfehlervorwürfe zur Last fallen, um damit den bereits begonnen Rechtsstreit einer Entscheidung zuzuführen. Vor diesem Hintergrund kommt eine private Beweiserhebung aufgrund eines allein subjektiv verstandenen Rechtsschutzbedürfnisses der Antragstellerin nicht in Betracht.“ <sup>24</sup>

Offen bleibt, was das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang mit den etwas „plakativen“ Begriffen der „privaten Begutachtung“ und dem „subjektiv verstandenen

Rechtsschutzbedürfnisses“ eigentlich meint, da das selbstständige Beweisverfahren in § 485 Abs. 2 ZPO weder die Erhebung eines Privatgutachtens regelt, sondern ausschließlich eine gerichtliche schriftliche Sachverständigenbegutachtung vorsieht, noch hierfür auf ein rein subjektives Rechtsschutzbedürfnis (vielmehr auf die objektive Möglichkeit der Vermeidung eines Rechtsstreits) abstellt.

### **c) Weitere Befürworter der „nachträglichen Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens bei nachträglicher Anhängigkeit der Hauptsache**

Eine direkte sowie analoge Anwendung des § 148 ZPO, mithin eine Aussetzung der Hauptsache, wird obergerichtlich zudem teilweise mit der Begründung abgelehnt, das Ergebnis des parallelen selbstständigen Beweisverfahrens stelle keine Entscheidung über ein im auszusetzenden Verfahren vorgeifliches Rechtsverhältnis dar. Es ergehe im selbstständigen Beweisverfahren keine abschließende Entscheidung, sodass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen auch nicht bestehen könne und daher der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 148 ZPO einer Aussetzung des Hauptsacheverfahrens entgegenstehe.<sup>25</sup>

Das selbstständige Beweisverfahren sei nach Klageerhebung der Antragstellerpartei „nachträglich“ unzulässig.<sup>26</sup> Denn ein nach § Abs. 2 ZPO betriebenes selbstständiges Beweisverfahren setze voraus, dass über den Gegenstand des beantragten selbstständigen Beweisverfahrens noch kein Rechtsstreit anhängig sei. Auch wenn zeitlich nach der zunächst zulässigen Anordnung des selbstständigen Beweisverfahrens i. S. d. § Abs. 2 ZPO in derselben Sache (also später) Klage erhoben werde, entfalle quasi nachträglich die Zulässigkeit des OH-Verfahrens.

Teilweise wird hier auch vertreten, dass bei nachträglicher Anhängigkeit der Hauptsache die Zulässigkeit für das selbstständige Beweisverfahren jedenfalls solange erhalten bleibe, bis das Gericht der Hauptsache eine Beweisaufnahme für erforderlich halte und die Akten des selbstständigen Beweisverfahrens beiziehe, die Zulässigkeit würde dann mit der Beiziehung nachträglich entfallen.<sup>27</sup>

Schon an dieser Stelle fällt auf, dass die Befürworter der „zwangsweisen“ Einstellung des selbstständigen Beweisverfahrens eine auffallend einseitige Argumentation verfolgen, die die Intention des Gesetzgebers<sup>28</sup> und die des BGH<sup>29</sup> zu § 485 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt. Es stellt sich sodann die Frage, ob hier nicht „der Zweck die Mittel heiligen soll“?

### **d) Gegenstimmen: Befürworter der Aussetzung der Hauptsache wegen Vorgeiflichkeit des selbstständigen Beweisverfahrens i. S. v. § 148 ZPO**

Eine Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO setzt nach herrschender Meinung eine Vorgeiflichkeit im Sinne präjudizieller Bedeutung voraus, sprich die Entscheidung im auszusetzenden Rechtsstreit muss als Vorfrage mindestens teilweise vom Ausgang bzw. (Nicht-)Bestehen eines anderen Rechtsverhältnisses abhängen.<sup>30</sup>

aa) Die Befugnis des Gerichts der Hauptsache, den Rechtsstreit auszusetzen, ist vor vielen Jahren zwar noch für die Fälle streitig gewesen, in denen zwischen denselben Parteien zu einem behaupteten Baumangel bereits vor Prozessbeginn ein selbstständiges Beweisverfahren eingeleitet worden ist. Die meisten Gerichte hielten jedoch bereits damals eine Aussetzung im Hinblick auf § 493 ZPO für zulässig, so auch das KG<sup>31</sup>. Das selbstständige Beweisverfahren sei zwar kein

Rechtsstreit i. S. d. § 148 ZPO, sondern erschöpfe sich in der bloßen Feststellung von Tatsachen durch Beweisaufnahme. Dies stehe jedoch einer analogen Anwendung nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des BGH sei die Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren des § 485 ZPO zulässig.<sup>32</sup> Dann müsse es aber auch möglich sein, das danach anhängig gemachte Hauptsacheverfahren auszusetzen, denn andernfalls würde die Zulassung der Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren wenig Sinn ergeben. Demnach sei § 148 ZPO aus denselben Gründen im Hinblick auf ein selbstständiges Beweisverfahren i. S. d. § 485 Abs. 2 ZPO ebenso entsprechend anzuwenden wie die Streitverkündungsvorschriften.<sup>33</sup>

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)	1058
---	------

bb) Im Jahr 2003 positionierte sich der BGH<sup>34</sup> in einem ähnlichen Fall sodann für die Aussetzung der Hauptsache nach § 148 ZPO. Das Beweisergebnis eines selbstständigen Beweisverfahrens diene der Vorbereitung und beweismäßigen Vereinfachung des Hauptsacheverfahrens; es sei daher bei Identität der Beteiligten wie ein vor dem Prozessgericht erhobener Beweis zu behandeln, daher käme eine Aussetzung des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens grundsätzlich in Betracht (eine solche Aussetzung scheidet nur aus, wenn sich das nachfolgende Hauptsacheverfahren nicht auf alle Antragsgegner erstrecken sollte).

cc) Der BGH hatte in seinem Beschluss vom 29. 4. 2004<sup>35</sup> ebenso erkennen lassen, dass er zur Möglichkeit einer Aussetzung in diesen Fällen neige und dass dem Gedanken der Prozessökonomie Bedeutung zukomme.

dd) Der BGH bestätigte schließlich im Jahr 2006 die vorgenannten Pro-Auffassungen mehrfach. In seinem Beschluss vom 26. 10. 2006<sup>36</sup> stellte der BGH bezüglich der Vorgreiflichkeit des selbstständigen Beweisverfahrens für das parallel anhängige Hauptsacheverfahren nochmals klar:

„Der BGH hat in seinen Beschlüssen vom 29. 4. 2004 - , = und vom 10. 7. 2003 - = = bereits erkennen lassen, dass er zur Möglichkeit einer Aussetzung in diesen Fällen neige und dass dem Gedanken der Prozessökonomie Bedeutung zukomme. Dieser Gedanke gebietet es, mehrfache Beweiserhebungen wegen desselben Gegenstands mit möglicherweise unterschiedlichen Ergebnissen zu vermeiden. Dies kann erreicht werden, wenn die bereits angeordnete Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren fortgesetzt wird und eine parallele Beweiserhebung im Hauptsacheverfahren wegen dessen Aussetzung ausscheidet.“

Mithin wurde jedenfalls im Jahr 2006 höchstrichterlich festgelegt, dass in solchen Fallkonstellationen das selbstständige Beweisverfahren fortzuführen sei und die Aussetzung des identischen Hauptsacheverfahrens zwingend anzuordnen sei.

Es ist kein Grund ersichtlich, diese BGH-Rechtsprechung nicht auch für selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht anzuwenden, zumal selbst der Gesetzgeber die Arzthaftungsverfahren in einem Zuge mit selbstständigen Beweisverfahren in Bausachen nennt.<sup>37</sup>

ee) Auch das OLG Stuttgart stellt in seiner Entscheidung vom 29. 3. 2006<sup>38</sup> klar, dass in dem selbstständigen Beweisverfahren die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu denselben Mängeln angeordnet sei, die auch in den vorliegenden Hauptsacheverfahren streitig und beweiserheblich sind. Damit sei die entsprechende Anwendung des § ZPO rechtfertigende Vorgreiflichkeit der Tatsachenfeststellung durch Beweiserhebung gegeben. Da die im

selbstständigen Beweisverfahren durchgeführte Beweisaufnahme nach § ZPO in den vorliegenden Hauptsacheverfahren verbindlich sei, entspreche es der Prozessökonomie und dem wirtschaftlichen Interesse der Parteien, den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten. Allein der Umstand, dass die Kl. die Klageerhebung hätte unterlassen können, rechtfertige es nicht, auf die entsprechende Anwendung des § ZPO zu verzichten.

ff) Ebenso hat das in seinem Beschluss vom 22. 12. 2008 <sup>39</sup> im Sinne der Befürworter der Aussetzungsbefugnis entschieden. Es gebiete der Gedanke der Prozessökonomie, mehrfache Beweiserhebungen wegen desselben Gegenstands mit möglicherweise unterschiedlichen Ergebnissen zu vermeiden. Der Gedanke der Prozessökonomie würde unter diesem Gesichtspunkt auch dann ausreichend gewahrt, wenn nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens aufgrund neuen Sachvortrags möglicherweise die Durchführung einer weiteren Beweisaufnahme erforderlich werden sollte.

gg) Auch im oben dargelegten Sachverhalt zu den Fällen des OLG Karlsruhe <sup>40</sup> ist das LG Freiburg in seinen beiden Beschlüssen vom 18. 7. 2018 <sup>41</sup> insoweit „immerhin“ der Auffassung, dass – in Übereinstimmung mit dem Beschluss des BGH vom 26. 10. 2006 <sup>42</sup> – eine Aussetzung des Hauptsacheverfahrens nach § 148 ZPO mit Verweis auf die Anhängigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens – und in der Folge die Fortsetzung des selbstständigen Beweisverfahrens – „grundsätzlich“ zulässig ist.

hh) Auch führt auch das OLG Karlsruhe in seinen Beschlüssen vom 24. 10. 2018 <sup>43</sup> hierzu dann aus:

„Mit Recht hat das LG unter Zugrundelegung der Entscheidung des BGH vom 26. 10. 2006 – VII ZB 39/06 – es als grundsätzlich zulässig erachtet, das Hauptsacheverfahren im Hinblick auf ein anderweitig anhängiges selbstständiges Beweisverfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen.“

Gleichwohl soll dieser Gedanke in Arzthaftungsfällen dann jedoch – so das OLG Karlsruhe – nicht gelten?

ii) Wie *Greger*<sup>44</sup> bejaht auch *Ulrich*<sup>45</sup> die Zulässigkeit der Aussetzung des Hauptsacheverfahrens. Er legt den „Finger in die Wunde“ und offenbart, weshalb einige Landgerichte und Obergerichte das selbstständige Beweisverfahren – und zwar entgegen den letztjährigen Strömungen des BGH – „streng“ und strikt ablehnend behandeln. Nach *Ulrich* beklagen Parteien und Anwälte vielfach, dass die isolierten selbstständigen Beweisverfahren seitens der Richter eher lustlos geführt werden. Bei den Gerichten beruhe dies darauf, dass die selbstständigen Beweisverfahren jedenfalls im internen Verhältnis der richterlichen Arbeitsverteilung durchweg nicht angemessen gepunktet werden und deshalb in ihrer Bearbeitungsintensität hinter den zählbaren Verfahren zurückstehen. Diese „Umstände“ können – so *Ulrich* – eine an einer raschen Lösung des Streits interessierten Partei des

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)

1059

selbstständigen Beweisverfahrens veranlassen, „weitere Pferde zu satteln“, will heißen: Nun auch noch mit der Hauptsache zu kommen. *Ulrich* spricht sich im Ergebnis für die Aussetzungsbefugnis aus.



## **V. Das richterliche Ermessen im Zusammenspiel der §§ 148, 485 Abs. 2 ZPO: Aussetzung des Klageverfahrens vs. Einstellung des OH-Verfahrens**

Die (OH-Verfahren ablehnende) Stoßrichtung in den Beschlüssen des LG Freiburg vom 18. 7. 2018<sup>46</sup> sowie des OLG Karlsruhe vom 24. 10. 2018<sup>47</sup> ist aus Sicht der Verfasser (jedenfalls heute) rechtlich so nicht mehr haltbar.

Deutlicher ausgedrückt: Eine nachträgliche gerichtliche Einstellung des OH-Verfahrens – statt der Aussetzung des Klageverfahrens – verbietet sich sogar.

Denn auch im Arzthaftungsrecht muss der Beschluss des BGH vom 26. 10. 2006<sup>48</sup> zur Aussetzungsbefugnis bei nachträglich eingeleiteter Arzthaftungshauptsache uneingeschränkt Anwendung finden und das Arzthaftungsklageverfahren muss gem. § 148 ZPO zunächst ausgesetzt werden, um das vorgeschaltete selbstständige Beweisverfahren fortzuführen.

Freilich kann und muss das Ermessen im Rahmen des § 148 ZPO im Lichte des § 485 ZPO ausgeübt werden. Es muss hier aber gesehen werden, dass der BGH zuletzt in seiner Grundsatzentscheidung vom 24. 9. 2013<sup>49</sup> ausdrücklich klargestellt hat, dass das „rechtliche Interesse“ im Rahmen des § 485 Abs. 2 ZPO weit auszulegen und daher bereits dann zu bejahen sei, wenn objektiv betrachtet „die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, auch wenn möglicherweise eine abschließende Klärung durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich ist und weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen“.

Wie das OLG Saarbrücken in seinem Beschluss vom 5. 1. 2015<sup>50</sup> und das OLG Dresden in seinem Beschluss vom 1. 2. 2018<sup>51</sup> spricht sich auch das OLG Frankfurt/M in seinem Beschluss vom 25. 10. 2018<sup>52</sup> für eine weite Auslegung des „rechtlichen Interesses“ im Rahmen des § 485 Abs. 2 ZPO aus. Das Herbeiführen einer vollständigen Entscheidungsreife sei naturgemäß dem Hauptsacherechtsstreit vorbehalten, sodass eine womöglich nur teilweise Klärung der Beweisthemen bzw. der Streitpunkte letztlich in der Natur eines OH-Verfahrens liege.<sup>53</sup>

Diese höchstrichterlichen (bzw. obergerichtlichen) „Vorgaben“ werden in den hier zu untersuchenden zwei Beschlüssen des LG Freiburg vom 18. 7. 2018<sup>54</sup> sowie des OLG Karlsruhe vom 24. 10. 2018<sup>55</sup> jedenfalls an keiner Stelle behandelt oder gewürdigt.

Aus Sicht der Verfasser hätte das selbstständige Beweisverfahren fortgeführt werden müssen, denn eine nachträgliche Einstellung des OH-Verfahrens ist in solchen Fällen rechtlich nicht haltbar.

Im Einzelnen:

### **1. Maßgeblicher Zeitpunkt bezüglich des Tatbestandsmerkmals „rechtliches Interesse“ (§ 485 Abs. 2 S. 1 ZPO)**

Eine nachträgliche Korrektur des einmal vorhandenen Rechtsschutzbedürfnisses eines laufenden OH-Verfahrens ist nach Ansicht der Verfasser per se nicht geboten, da eine „nachträgliche Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens gesetzlich in § 485 ZPO ohnehin schon nicht vorgesehen ist. Entscheidend ist für § 485 Abs. 2 ZPO allein, dass das Rechtsschutzbedürfnis zu Beginn des selbstständigen Beweisverfahrens vorliegt.<sup>56</sup>

## **2. Maßgeblicher Zeitpunkt bezüglich des Tatbestandsmerkmals „Ist ein Rechtsstreit noch nicht anhängig“ (§ 485 Abs. 2 S. 1 ZPO)**

Auch das Merkmal „Ist ein Rechtsstreit noch nicht anhängig“ (§ 485 Abs. 2 S. 1 ZPO) wird durch eine (spätere) Hauptsacheklage nicht tangiert.

a) Zwar ist grundsätzlich Voraussetzung der Beweiserhebung nach § 485 Abs. 2 ZPO, dass es zum Zeitpunkt des Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens keinen Hauptsacheprozess gibt, sprich, dass nicht „derselbe Lebenssachverhalt mit denselben Beteiligten ... und demselben Rechtsschutzziel Gegenstand eines Rechtsstreits ist.“<sup>57</sup> .

b) Es ist den §§ 485 ff. ZPO aber an keiner Stelle zu entnehmen, dass nach Antragstellung bzw. nach Erlass eines Beweisbeschlusses im OH-Verfahren ein Hauptsacheverfahren mit demselben Verfahrensgegenstand nicht parallel anhängig gemacht werden dürfe.

Zulässigkeitsvoraussetzung der Beweiserhebung nach § 485 Abs. 2 ZPO ist insoweit lediglich, dass im Zeitpunkt der Antragstellung kein Hauptsacheprozess anhängig ist.

Die Konstellation, Klageerhebung in der Hauptsache nach Erlass des Beweisbeschlusses im selbstständigen Beweisverfahren, ist so gesetzlich zwar nicht geregelt, jedoch kann hieraus gerade nicht abgeleitet werden, dass das Hauptsacheverfahren das selbstständige Beweisverfahren „sticht“ bzw. „unzulässig“ mache.

Es gibt mehrere nachvollziehbare Gründe, die für den Antragsteller die nachträgliche Erhebung der Hauptsache parallel zum laufenden OH-Verfahren notwendig machen.

c) Selbst wenn man die nachträgliche Erhebung der Hauptsache kritisch beurteilen möchte, so wäre in einer solchen Verfahrenskonstellation zwingend der Sinn und Zweck des

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)	1060
---	------

selbstständigen Beweisverfahrens gem. §§ 485 Abs. 2 S. 2 ZPO zu betrachten; dieser liegt in der Schlichtung und Prozessvermeidung.

Genau dieses Gesetzeszweck wird indes dadurch erreicht (jedenfalls ermöglicht), dass jener „Nachzügler“ (der Hauptsacheprozess) bis zur finalen Klärung im selbstständigen Beweisverfahren nach § 148 ZPO ausgesetzt wird.

d) Mithin lässt auch deswegen die (spätere) Erhebung einer Hauptsacheklage das Merkmal des „rechtlichen Interesses“ gem. § 485 Abs. 2 S. 1 ZPO bereits tatbestandlich völlig unberührt.

e) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine richterliche „zwangsweise Einstellung“ des OH-Verfahrens mithin derart in die prozessualen Rechte der Antragstellerin (der Dispositionsgrundsatz<sup>58</sup> ist freilich als Verfahrensrecht zu verstehen) eingreift, dass es hierfür zumindest einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfe, die hier (bislang) aber fehlt.

## **3. Verhältnis zwischen der „Prozessökonomie“ im Rahmen der Aussetzungsentscheidung (§ 148 ZPO) und dem „rechtlichen Interesse“ an der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens (§ 485 Abs. 2 ZPO)**

Zunächst ist zu konstatieren, dass die Frage der Prozessökonomie im Rahmen der Aussetzungsentscheidung im Hauptsacheverfahren (§ 148 ZPO) gerade nicht auf das

(„nachträgliche“) rechtliche Interesse im selbstständigen Beweisverfahren (§ 485 Abs. 2 ZPO) durchschlagen kann.

Das OLG Karlsruhe <sup>59</sup> übersieht bei seiner nachträglichen zwangsweisen Einstellung des OH-Verfahrens, dass auch bei der objektiven Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses des Antragstellers für sein selbstständiges Beweisverfahren auch seine subjektive Sicht betrachtet werden darf (und muss) und diese Beurteilung gerade nicht überwiegend anhand des Kriteriums der Prozessökonomie (aus Sicht der Gerichte) bewertet werden darf.

Das Merkmal des Rechtsschutzbedürfnisses i. S. d. § 485 Abs. 2 ZPO hat auch eine subjektive Komponente, dies zeigt schon der Wortlaut:

„kann eine Partei die schriftliche Begutachtung ... beantragen, wenn sie ein rechtliches Interesse daran hat, dass ... festgestellt wird.“

Auch aufgrund der besonderen Bedeutung und exponierten Stellung des selbstständigen Beweisverfahrens (im Verhältnis zum Klageverfahren) kann und darf das Vorliegen des rechtlichen Interesses im laufenden OH-Verfahren gerade nicht ausgehend von der späteren Entscheidung über die Aussetzung des Klageverfahrens anders beurteilt oder gar berichtigt werden.

Richtigerweise muss das Rechtsschutzbedürfnis im selbstständigen Beweisverfahren isoliert bzw. unabhängig von richterlichen prozessökonomischen Erwägungen geprüft werden, da es sich eben nicht am Grundsatz der Prozessökonomie i. S. d. § 148 ZPO (sondern allein an § 485 Abs. 2 ZPO) messen lassen muss.

Im behandelten Fall des OLG Karlsruhe <sup>60</sup> hätte das selbstständige Beweisverfahren damit Vorrang gegenüber dem späteren Hauptsacheverfahren genießen müssen, was sich direkt aus § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO und eben aus der Grundsatzentscheidung des BGH vom 24. 9. 2013 <sup>61</sup> ableiten lässt.

Die Gefahr sich widersprechender Beweisergebnisse im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens bzw. im Hauptsacheverfahren lässt sich – wie bereits erwähnt – auch im Arzthaftungsrecht dadurch vermeiden, dass gerade nicht beide Verfahren parallel fortgesetzt werden, sondern das nachträglich aus Verjährungsgründen eingeleitete Hauptsacheverfahren (wie im Fall des BGH im Beschluss vom 26. 10. 2006 <sup>62</sup>) gem. § 148 ZPO ausgesetzt wird.

### **a) Weite Auslegung des „rechtlichen Interesses“ im selbstständigen Beweisverfahren (§ 485 Abs. 2 ZPO)**

Rechtlich unzutreffend geht das OLG Karlsruhe in seinen beiden Beschlüssen vom 24. 10. 2018 <sup>63</sup> im oben dargelegten Arzthaftungsfall davon aus, dass das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens angeblich nur dann zu bejahen sei, wenn das selbstständige Beweisverfahren mit Blick auf die Verfahrensförderung und -beschleunigung das „Verfahren der Wahl“ (aus wessen Sicht?) sei.

Hierbei wird jedoch verkannt, dass das „rechtliche Interesse“ der Antragstellerpartei im Rahmen des § 485 Abs. 2 ZPO entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung <sup>64</sup> weit auszulegen ist und insoweit bereits die bloße Möglichkeit einer Streitvermeidung genügt, etwaige Zweckmäßigkeitserwägungen des Gerichts haben hier außen vor zu bleiben. <sup>65</sup>

Zu sehen ist auch, dass die Antragstellerin (die geschädigte Patientin) allein infolge der gerichtlichen (sic) Nichtzulassung ihrer Aufklärungsfehlerbeweisthemen im selbstständigen

Beweisverfahren in das nachfolgende verjährungshemmende Klageverfahren „gezwungen“ wurde, sie also nicht freiwillig „aufs Geratewohl“ die Hauptsache nachschob.

Freilich darf dann das LG das Merkmal der „Vermeidung einer Klageeinreichung“ für § 485 Abs. 2 ZPO nicht mehr fordern, wenn es sich – wie hier – quasi selbst mit dem Hauptsacheverfahren dadurch belastet, dass es – entgegen der mittlerweile überwiegenden Meinung<sup>66</sup> und Rechtsprechung<sup>67</sup> – die Antragstellerin durch die Nichtzulassung von Beweisfragen zum gerügten Aufklärungsfehler in das Hauptsacheverfahren „treibt“. Mithin hat das LG Freiburg hier selbst auf das Entlastungsprivileg des selbstständigen Beweisverfahrens verzichtet.

Unabhängig davon kann (gerade im Arzthaftungsrecht) auch noch nach späterer Klageeinreichung das parallele

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)	1061
--	------

selbstständige Beweisverfahren der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen (§ 485 Abs. 2 S. 2 ZPO), beispielsweise wenn mittels durchgeführtem selbstständigen Beweisverfahren die daneben stehende Hauptsache „wegverglichen“ oder zurückgenommen wird, mithin ist dieses Ziel/Merkmal des § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO auch (und gerade) bei nachträglicher Klageeinreichung noch gut möglich/gewahrt.

## **b) Vermeidung eines Rechtsnachteils durch Beweisverlust**

Ziel der Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens ist neben der Entlastung der Gerichte durch Vergleich oder Verfahrensrücknahme (§ 485 Abs. 2 ZPO) auch das Vermeiden eines Rechtsnachteils durch Beweisverlust<sup>68</sup>.

Da eine Beweissicherung durch medizinische Begutachtung des Gesundheitszustands der Antragstellerin im obigen Arzthaftungsfall (s. oben II) weiterhin sinnvoll gewesen ist, hätte das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin für das laufende OH-Verfahren auch insoweit nicht entfallen können. Denn jedenfalls aus medizinischer Laiensicht hätte hier nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden können, dass sich der gesundheitliche (Kiefer-)Zustand der Antragstellerin nicht mehr verändern wird, sodass eine rasche Begutachtung bzw. Fortführung der bereits begonnenen Sachverständigenbegutachtung im parallel laufenden OH-Verfahren sinnvoll gewesen wäre.

Das Beschwerdegericht ging hier jedoch aus dem Blickwinkel der richterlichen Prozessökonomie davon aus, dass der Antragstellerin mit dem Hauptsacheverfahren angeblich „ein besserer Weg“ zur Verfolgung „ihrer Ziele“ (es sei hier die Frage angebracht, welche Ziele gemeint sind, die der geschädigten Patientin oder die der richterlich angestrebten Prozessökonomie?) zur Verfügung stünde.

Es ist jedoch das Gegenteil der Fall: Durch die Betreibung des Hauptsacheverfahrens (in dem das Gericht zunächst den gesamten Vortrag auf seine Schlüssigkeit bzw. Erheblichkeit überprüfen muss, gegebenenfalls noch eine mündliche Anhörung der Parteien vorgeschaltet ist etc.) ist eine Beweisverschlechterung (oder jedenfalls Beweiserschwerung) schon aufgrund der im Klageverfahren zeitaufwendigen zusätzlichen Verfahrensschritte möglich bzw. zu befürchten.

§ 485 ZPO räumt der geschädigten Patientenseite aber gerade das „subjektive“ gesetzliche Recht ein, ihre begehrten Beweisthemen zur Klärung (§ 485 Abs. 2 ZPO) und/oder zur Sicherung (§ 485

Abs. 1 ZPO) direkt durch einen medizinischen Sachverständigen schriftlich begutachten zu lassen, sodass hierdurch – wie bereits erwähnt – auch die Garantie der Dispositionsmaxime<sup>69</sup> für die Partei zum Tragen kommt.

Mithin kommt es im Rahmen der Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 ZPO gerade nicht darauf an, dem richterlichen Grundsatz der Prozessökonomie ohne Rücksicht auf den Verlust höherrangiger Ziele (vor allem Streitvermeidungsabsicht des geschädigten Patienten und Beweissicherung) zu entsprechen.

#### **4. Prozessökonomie durch Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens und Aussetzung des Hauptverfahrens**

Zudem kann man auch darauf verweisen, dass gerade die Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens und die Aussetzung des Hauptverfahrens (gerade auch im Arzthaftungsrecht) durchaus prozessökonomisch ist.

##### **a) Vorüberlegungen**

In seiner Grundsatzentscheidung vom 24. 9. 2013 hat der BGH<sup>70</sup> die „Streitvermeidung“<sup>71</sup> und die „vorprozessuale Klärung“<sup>72</sup> als gesetzgeberische Intention für § 485 Abs. 2 ZPO fest zementiert.

Diese Ziele können (auch im Arzthaftungsrecht) trotz einer nachträglichen erhobenen Hauptsacheklage durchaus noch im laufenden OH-Verfahren erreicht werden.

Aus der anwaltlichen Praxis sind den Verfassern zahlreiche Arzthaftungsverfahren bekannt, die im Lauf des selbstständigen Beweisverfahrens – aufgrund der darin gewonnenen Erkenntnisse – gütlich gesamt erledigt werden konnten, auch wenn bereits eine parallele Hauptsache erhoben wurde (werden musste). Die „auf Eis gelegte“ Hauptsache wird regelmäßig durch das vorgeschaltete OH-Verfahren über § 278 Abs. 6 ZPO gesamtverglichen.<sup>73</sup>

Mithin hätte das OLG Karlsruhe seinem Grundsatz der Prozessökonomie auch durch die Fortsetzung des selbstständigen Beweisverfahrens bei gleichzeitiger Aussetzung des parallelen Hauptverfahrens gem. § 148 ZPO durchaus hinreichend Rechnung tragen können.

Insbesondere ist in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein „rechtliches Interesse“ i. S. v. § 485 Abs. 2 ZPO auch dann zu bejahen, „wenn möglicherweise eine abschließende Klärung durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich ist und weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen“<sup>74</sup>.

Auch *Spickhoff*<sup>75</sup> führt im Jahr 2018 aktuell insoweit aus:

„Nicht überzeugend ist daher die Annahme der Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens, wenn es zusätzlich zum selbstständigen Beweisverfahren einer Beweiserhebung durch Zeugenvernehmung zum Befinden des Patienten bedarf.“

Nichts anderes kann indes für den Fall der – nach Zurückweisung der Aufklärungsfehlerfragen im selbstständigen Beweisverfahren – zur umfassenden Verjährungshemmung „gezwungenermaßen“ erhobenen Hauptsacheklage gelten. Eine Beschleunigung sowie ein kostengünstiger Abschluss der Verfahren insgesamt ist dann gleichwohl noch möglich, sodass die Zulässigkeitsvoraussetzung des „rechtlichen Interesses“ gem. § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO auch nach Klageerhebung noch gewahrt ist.

Ferner wurde im hier vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall dem Gedanken der Prozessökonomie zusätzlich dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass das selbstständige Beweisverfahren sowie das Hauptsacheverfahren bei derselben Kammer des LG Freiburg anhängig sind.<sup>76</sup>

### **b) Bloße Möglichkeit der Einigung bzw. der Verfahrensrücknahme reicht**

Es ist auch deshalb die Fortführung des OH-Verfahrens bei gleichzeitiger Aussetzung des Hauptverfahrens als prozessökonomischer Verfahrensweg anzusehen, weil die Einigung bzw. Gesamterledigung durch Fortführung des OH-Verfahrens und damit die Vermeidung einer späteren streitigen Entscheidung gut möglich – jedenfalls nicht auszuschließen – ist (§ 485 Abs. 2 S. 2 ZPO).

Hieran vermag selbst eine vehemente Zurückweisung der Antragsgegnerseite (Arztseite) der behaupteten Ansprüche oder die Ablehnung von Güteangeboten (sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich) nichts zu ändern, da die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens sonst vom Ablehnungsverhalten der Antragsgegnerseite abhängen würde. Würde man dies anders sehen, so hätte es letztlich stets die Antragsgegnerseite „in der Hand“ durch geschicktes Blocken und Taktieren die Zulässigkeit eines jeden OH-Antrags zu „torpedieren“.

Dies kann freilich nicht der gesetzgeberische Wille zu § 485 Abs. 2 ZPO gewesen sein. Denn die Frage nach der endgültigen Vergleichsbereitschaft der Antragsgegnerseite lässt sich denklogisch frühestens nach (sic) erfolgter Sachverständigenbegutachtung im OH-Verfahren beantworten.

Sollte sich die streitbefangene ärztliche Behandlung in dem einzuholenden medizinischen Gutachten als (grob) behandlungs- bzw. aufklärungsfehlerhaft herausstellen, so ist durchaus damit zu rechnen, dass die Antragsgegnerseite womöglich doch noch an einem streitvermeidenden Gesamtvergleich interessiert sein wird, selbst wenn die Behandlerseite vorher vehement eine solche Gütebereitschaft ablehnte.

Auch für den Fall, dass das medizinische Gutachten einen Nachweis für kausale Behandlungsfehler nicht oder nicht eindeutig erbringt, ist eine gütliche Einigung durchaus möglich. Den Verfassern sind einige Fälle bekannt, in denen die Behandlerseite durch Zahlung einer kleineren Abfindung ihr „Restrisiko“ abkauft. Sogar viele Fälle sind bekannt, in denen im OH-Verfahren zwar lediglich Anhaltspunkte für Aufklärungsversäumnisse gutachterlich festgestellt wurden, jedoch eben jene Feststellung zu einer gütlichen Erledigung im OH-Verfahren führte (obwohl der Nachweis für Behandlungsfehler nicht erbracht wurde).

Wenn also nach erfolgter OH-Sachverständigenbegutachtung die von der Antragstellerseite behaupteten ärztlichen Versäumnisse gutachterlich ausgeräumt werden, kommt für die Patientenseite durchaus eine Erledigung (Kulanzabfindung, Rücknahme o. Ä.) der Verfahren in Betracht.

*Herget*<sup>77</sup> bestätigt diesen Gedanken und führt zudem aus, dass § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO nur bestimmt, wann das Gericht ein rechtliches Interesse nicht verneinen darf („ist anzunehmen“), lässt aber Spielraum in anderen Fällen, das Interesse auch zu bejahen (Eignung zur Prozessvermeidung sei im weitesten Sinne zu verstehen).

### **c) Kein „fortgeschrittener Verfahrensstand“ für §§ 148, 485 Abs. 2 ZPO nötig**

Im obigen Sachverhalt geht das Erstgericht <sup>78</sup> davon aus, dass die Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens (bei gleichzeitiger Aussetzung des Klageverfahrens) nur dann in Betracht komme,

„wenn bereits Beweisbeschluss erlassen und eine Begutachtung durchgeführt wurde oder das Gutachten vorliegt und nur noch Ergänzungsfragen zu klären sind“.

Das Erstgericht nimmt hier jedoch eine Abgrenzung in einem Bereich vor, der schlichtweg keiner brauchbaren Differenzierung zugänglich ist, und sich so auch nicht in den §§ 148, 485 ZPO wiederfindet. Das Beschwerdegericht <sup>79</sup> lässt diese Argumentation des Erstgerichts letztlich so im Raum stehen, sodass anzunehmen ist, dass es sich insoweit dem Erstgerichts anschließt. <sup>80</sup>

Vorliegend wurde im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens bereits ein Beweisbeschluss erlassen und zudem ein medizinischer Sachverständiger beauftragt, welchem die Gerichtsakte bereits übersandt wurde. Der Sachverständige hatte sich – was anhand seiner Anfrage bezüglich der Originalbehandlungsunterlagen ersichtlich war – auch bereits mit der Sache befasst.

Es fragt sich, weshalb diese Konstellation dann für eine Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens (bei gleichzeitiger Aussetzung des Klageverfahrens) dennoch nicht ausreichen soll?

Es kann nicht im Sinne der Prozessökonomie sein, wenn das Gericht in solchen Fällen das bereits begonnene selbstständige Beweisverfahren samt der bereits begonnenen Sachverständigenbegutachtung „nachträglich einstellt“, obwohl eine gütliche Einigung oder eben eine Verfahrensrücknahme im OH-Verfahren durchaus noch möglich ist.

### **d) Anforderung weiterer Behandlungsunterlagen, Bildbefunde etc. durch den Sachverständigen (§ 404a Abs. 4 ZPO)**

Auch das Argument des Erst- <sup>81</sup> und Beschwerdegerichts <sup>82</sup>, der Sachverständige benötige die Originalbehandlungsunterlagen der Antragsgegenseite, sodass – mangels Vorlegungsanordnung des Gerichts – eine Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens ohnehin nicht mehr sinnvoll sei, überzeugt nicht.

aa) Denn zum einen ist zu sehen, dass dem Sachverständigen – jedenfalls in Kopie – die notwendigen Behandlungsunterlagen und Bildbefunde seitens der Antragstellerpartei (welcher insoweit einen Herausgabeanspruch aus § 630g BGB zusteht) vorgelegt werden können.

bb) Zum anderen kann der Sachverständige weitere Krankenunterlagen, Bildbefunde etc. jederzeit selbstständig bei den jeweiligen ärztlichen Behandlern anfordern (§ 404a Abs. 4 ZPO) <sup>83</sup>, sofern er während der Begutachtung im OH-Verfahren zu dem

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen  
Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung (VersR 2019, 1054)

1063

Schluss kommt, dass er diese Unterlagen für die weitere Begutachtung benötigt. <sup>84</sup>

### **e) „Risiko“ der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens im Hauptsacheverfahren**

aa) Die „Gefahr“, dass im Klageverfahren – aufgrund etwaiger Unzulänglichkeit des OH-Sachverständigengutachtens – ein weiteres Gutachten eingeholt werden muss, fällt allein in den Risikobereich der Antragstellerseite. Das selbstständige Beweisverfahren hat gerade nicht den Anspruch, eine endgültige Entscheidungsreife herbeizuführen. Letztlich kann die vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommene Gefahr eines möglicherweise vergeblich durchlaufenen selbstständigen Beweisverfahrens nicht zu dessen anfänglicher – und schon gar nicht zu dessen nachträglicher – Unzulässigkeit führen.

bb) So sieht es auch der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 24. 9. 2013<sup>85</sup>, in welcher er klarstellt, dass ein rechtliches Interesse bereits dann nach § Abs. 2 S. 2 ZPO anzunehmen sei, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, auch wenn möglicherweise eine abschließende Klärung durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich sei und weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen. Auch der 9. Senat des OLG Karlsruhe führt in seinem Beschluss vom 2. 2. 2017<sup>86</sup> insoweit zutreffend aus, dass für die Zulässigkeit des vom Antragsteller konkretisierten Beweisthemas es eben nicht darauf ankomme, ob und inwieweit die vom Antragsteller konkretisierte Beweisfrage für eine spätere Entscheidung des Gerichts über die Höhe eines Anspruchs gegen die Antragsgegnerin im Hauptverfahren entscheidungserheblich ist. Ein rechtliches Interesse (§ 485 Abs. 2 ZPO) sei für die Klärung des vom Antragsteller vorgegebenen Beweisthemas immer schon dann vorhanden, wenn eine rechtliche Erheblichkeit des Beweisthemas zumindest nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen erscheine. Denn das Risiko, dass ein vom Antragsteller vorgegebenes Beweisthema sich in einem späteren Hauptverfahren eventuell teilweise als nicht erheblich erweist, liege grundsätzlich beim Antragsteller, der den Gegenstand dieses Verfahrens bestimmt. Insoweit bestätigt und bejaht auch das OLG Karlsruhe den subjektiven Charakter des selbstständigen Beweisverfahrens.

dd) Denn wie bereits der Wortlaut des § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO deutlich macht („wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann“), war dem Gesetzgeber das Risiko der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens im Hauptsacheverfahren bekannt. Dieses „Risiko“ hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, um das Ziel einer möglichen Streitvermeidung – entweder durch einen Vergleich oder aber eben durch eine Verfahrensrücknahme – zu fördern bzw. erreichen. Mithin geht es dem Gesetzgeber letztlich darum, die für die Antragstellerseite offenen Beweisfragen einer (durchaus subjektiv geprägten) gerichtsgutachterlichen Klärung zuzuführen, um sodann möglicherweise einen (weiteren) Rechtsstreit zu vermeiden (§ 485 Abs. 2 S. 2 ZPO).

#### **f) Fortführung des selbstständigen Beweisverfahrens trotz fehlender richterlicher Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung**

Eine Besonderheit des selbstständigen Beweisverfahrens ist, dass keine richterliche Überprüfung der Beweisfragen und -themen auf Schlüssigkeit und Erheblichkeit erfolgt.<sup>87</sup> Das Beschwerdegericht<sup>88</sup> greift diesen Umstand hier auf und begründet damit die Hauptsache als „den besseren Weg“ um im gleichen Zuge das parallele selbstständige Beweisverfahren nachträglich einzustellen.

Das Verbot der Schlüssigkeitsprüfung im selbstständigen Beweisverfahrens darf jedoch freilich nicht als „Bumerangargument“ zur „nachträglichen Einstellung“ des Beweisverfahrens aus



(angeblich) prozessökonomischen Gründen herangezogen werden, denn dann wäre das (richterlich „unliebsame“) selbstständige Beweisverfahren aus richterlicher Sicht nur selten das „Verfahren der Wahl“, es wäre dann stets – soweit richterlich gewünscht – nachträglich einzustellen.

Graf/Johannes: Die Fortführung des selbstständigen Arzthaftungsbeweisverfahrens nach Klageerhebung(VersR 2019, 1054)	1064
---	------

Es liegt aber ja gerade in der vom Gesetzgeber mit § 485 ZPO bewusst geschaffenen Natur des selbstständigen Beweisverfahrens, dass eine Beweisaufnahme anhand der „subjektiven“ Beweisthemen bzw. -fragen der Antragstellerseite (Patientenseite) erfolgt – und zwar ohne eine gerichtliche Ermittlung, Beschneidung oder Filterung der entscheidungserheblichen Beweisthemen. Gerade hierin besteht die besondere (subjektive) Prozessökonomie des selbstständigen Beweisverfahrens: Es kann zu einer gütlichen Einigung oder einer Verfahrensrücknahme kommen, und zwar ganz ohne eine Befassung des Gerichts mit der Erheblichkeit des Vorbringens der Antragstellerseite.

### **5. Fehlende gesetzliche Grundlage für die „nachträgliche Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens**

Eine „nachträgliche Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens ist aus Sicht der Verfasser – wie bereits dargelegt – mangels gesetzlicher Regelung nicht möglich; es kann keine „nachträgliche“ Überprüfung des Rechtsschutzbedürfnisses durch das Gericht erfolgen. So hat der BGH in seinem überzeugenden Urteil vom 28. 10. 2010<sup>89</sup> bereits entschieden, dass eine förmliche Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens im Gesetz nicht vorgesehen sei. Ein anderer Abschluss als die Sicherung eines bestimmten Beweises finde nicht statt. Ein selbstständiges Beweisverfahren sei erst beendet, wenn die Beweissicherung sachlich erledigt ist. Erfolge die Beweiserhebung durch ein schriftliches Sachverständigengutachten, sei das selbstständige Beweisverfahren erst mit dessen Übersendung an die Parteien beendet, wenn weder das Gericht nach § 411 Abs. 4 S. 2 ZPO eine Frist zur Stellungnahme gesetzt hat noch die Parteien innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen dagegen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen.<sup>90</sup>

Eine nachträgliche Überprüfung des Rechtsschutzbedürfnisses im laufenden OH-Verfahren ist daher zudem bereits überflüssig, weil eine „nachträgliche“ Einstellung per se rechtlich ohnehin nicht möglich ist. Maßgeblich ist lediglich, dass das Rechtsschutzbedürfnis zu Beginn des selbstständigen Beweisverfahrens vorlag.

Allein der Umstand, dass vielleicht (vielleicht aber auch nicht) eine abschließende Klärung durch das im selbstständigen Beweisverfahren einzuholende Sachverständigengutachten eventuell nicht möglich – sondern gegebenenfalls eine weitere Aufklärung erforderlich – ist, vermag weder das erstmalige noch das spätere rechtliche Interesse der Antragstellerseite zu erschüttern.

### **6. Vermeidung des „Dilemmas“ eines anhängigen selbstständigen Beweisverfahren bei gleichzeitiger Anhängigkeit der Hauptsache**

Das geschilderte „Dilemma“ eines anhängigen selbstständigen Beweisverfahrens bei nachfolgender paralleler Anhängigkeit der Hauptsache ließe sich im Arzthaftungsrecht ganz einfach dadurch vermeiden, dass auch der schadenskausale Aufklärungsfehler als Beweisthema im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens von den Gerichten zugelassen wird, sodass dort der

arzthaftungsrechtliche Sachverhalt im Sinne der Prozessökonomie einer ganzheitlichen gutachterlichen Klärung zugeführt werden kann. Die Erhebung einer (nachträglichen) parallelen Hauptsacheklage innerhalb der sechsmonatigen Nachhemmungsfrist des § 204 Abs. 2 BGB wäre dann nicht mehr erforderlich. Jedenfalls aber wäre – zur Verhinderung mehrfacher, paralleler Beweisaufnahmen – das Hauptsacheverfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen und das selbstständige Beweisverfahren fortzuführen.

Mithin ist festzustellen, dass die durch eine (nachträgliche) parallele Klageerhebung entstehende Verfahrenslage im selbstständigen Beweisverfahren einzig und allein aus dem Umstand geboren wird, dass manche Gerichte (immer noch) die schadensursächlichen Aufklärungsfehlerumstände im selbstständigen Beweisverfahren nicht zulassen.

## VI. Zulassung der Rechtsbeschwerde

1. Bedauerlicherweise wurde die Rechtsbeschwerde vom OLG Karlsruhe <sup>91</sup> nicht zugelassen, sodass über die Frage, ob in Arzthaftungssachen ein zu Verfahrensbeginn vorliegendes rechtliches Interesses gem. § 485 Abs. 2 ZPO nachträglich wegfallen bzw. ein selbstständiges Beweisverfahren „nachträglich eingestellt“ werden kann, höchstrichterlich noch nicht entschieden wurde.

Auch existiert bezüglich der Zulässigkeit von Aufklärungsfehlerfragen im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens bislang noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung <sup>92</sup>.

2. Dies, obwohl die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO diesbezüglich (nachträgliche Einstellung des selbstständigen Beweisverfahrens?) hier durchaus vorliegen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat; jedenfalls erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH. Der Rechtskomplex hat grundsätzliche Bedeutung i. S. d. § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, da er entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfragen zu §§ 485 Abs. 2, 487 ZPO aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen können und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Rechtspraxis bezüglich der §§ 485 Abs. 2, 487 ZPO im Arzthaftungsrecht berührt. <sup>93</sup> Die Klärungsbedürftigkeit folgt hier daraus, dass die Beantwortung der gegenständlichen Rechtsfragen ungewiss ist bzw. insoweit unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und es daher dringend einer – bislang nicht vorliegenden – höchstrichterlichen Entscheidung bedarf. <sup>94</sup>

a) Insbesondere die Rechtsfrage bezüglich der „nachträglichen Einstellung“ eines selbstständigen Beweisverfahrens muss gem. § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden. *Walter* stellt hierzu fest:

„Denn noch nicht geklärt ist, ob ein zu Verfahrensbeginn gegebenes rechtliches Interesse wegfallen kann.“ <sup>95</sup>

b) Auch für die Frage der Zulässigkeit von Aufklärungsfehlerfragen im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens gem. § 485 Abs. 2 ZPO liegt die Klärungsbedürftigkeit auf der Hand. Diese wird aktuell sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur unterschiedlich gesehen und ist mithin höchst strittig. <sup>96</sup>

c) Zudem ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Rechtsfortbildung i. S. d. § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO dringend erforderlich. Der Rechtskomplex gibt Veranlassung, eine höchstrichterliche „Marschroute“ für die Auslegung von §§ 485 Abs. 2, 487 ZPO im Medizinischadensrecht vorzugeben.

d) Ferner ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung i. S. d. § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO geboten. Denn der Zulassungsgrund des § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO soll gerade vermeiden, dass – wie in Bezug auf die gegenständlichen Rechtsfragen im Arzthaftungsrecht aktuell der Fall – in der Rechtsprechung schwer erträgliche Divergenzen entstehen bzw. fortbestehen und diese über den Einzelfall hinaus die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berühren.<sup>97</sup>

3. Die in der Rechtspraxis (zum Teil selbst von den Kammern innerhalb eines Landgerichts) unterschiedliche Auslegung und Handhabung der §§ 485 Abs. 2, 487 ZPO erfordert zwingend eine höchstrichterliche Rechtsprechung. Die Ungleichbehandlung der rechtsschutzsuchenden Patientenseite aufgrund der bundesweit vorherrschenden Unterschiede in der Auslegung und Handhabung der §§ 485 Abs. 2, 487 ZPO ist mittels höchstrichterlicher Entscheidung endlich zu beenden.

Es bleibt abzuwarten, ob ein Beschwerdegericht bezüglich der Rechtsfrage nach der nachträglichen Einstellung des selbstständigen Beweisverfahrens „mutig“ den Weg der Rechtsbeschwerde zum BGH eröffnet. Es besteht freilich für die Beschwerdegerichte das immanente „Risiko“, im Fall der Zulassung der Rechtsbeschwerde, vom BGH aufgehoben zu werden. Dies kann und darf jedoch nicht der Grund für eine Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde sein.

## VII. Fazit

Durch die gerichtliche „nachträgliche Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens werden Sinn und Zweck dieses Verfahrens ausgehöhlt; der Antragstellerseite wird die ihr gesetzlich eingeräumte Vorabklärung ihrer Beweisfragen (§ 485 Abs. 2 ZPO) zum Zweck der Streitvermeidung verfahrensfehlerhaft genommen. Die Antragstellerseite hat – trotz (aufgrund Verjährung nötiger) nachträglicher paralleler Anhängigkeit der Hauptsache – „ein Recht“ auf ihr selbstständiges Beweisverfahren. Daher kann das Gericht, insbesondere im Hinblick auf die im Zivilprozess vorherrschende Dispositionsmaxime, nicht den Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens nachträglich „eliminieren“, indem es das selbstständige Beweisverfahren mit dem Argument „nachträglich einstellt“, die Hauptsache wäre aus richterlicher Sicht das bessere Verfahren. Dies stellt einen evidenten Verstoß gegen die vorbezeichnete Prozessmaxime dar. Dieser Verstoß wiegt nicht zuletzt deshalb besonders schwer, weil es sich bei der Dispositionsmaxime um einen bedeutenden Verfahrensgrundsatz im Zivilprozess handelt. Hiernach beherrschen nämlich grundsätzlich die Parteien den Zivilprozess. Die Parteien (und nicht das Gericht) sind „Herren des Zivilprozesses“, d. h. sie bestimmen auch den Beginn und das Ende des Prozesses. Mithin stellt die „nachträgliche Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens eine erhebliche Rechtsverletzung dar. Hierzu führt das OLG Hamm in seinem Beschluss vom 18. 12. 2006<sup>98</sup> deutlich aus, dass (in solchen Fällen) eine Erledigung des selbstständigen Beweisverfahrens nicht vorliege, die Feststellung des Landgerichts, das Beweisverfahren sei beendet, verletze deshalb die Partei in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör, denn ein

selbstständiges Beweisverfahren könne nur durch den Abschluss eines Vergleichs oder durch Bekanntgabe des Beweisergebnisses beendet werden, nicht aber durch einseitigen Beschluss des Gerichts.

Eine „nachträgliche Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Im Übrigen sollten sich die Gerichte die Frage stellen, was die prozessualen Folgen wären, wenn, wie geschehen (s. oben II), selbstständige Arzthaftungs beweisverfahren aufgrund Ausklammerung der Aufklärungsthemen und aufgrund späterer Hauptsacheerhebung „nachträglich eingestellt“ würden.

Der anwaltlich vertretene Antragsteller müsste/könnte dann folgenden prozessualen Weg gehen:

Um eine solche „nachträgliche Einstellung“ des selbstständigen Beweisverfahrens zu vermeiden, müsste dann die (sowohl Aufklärungs- als auch Behandlungsfehler) rügende Antragstellerpartei letztlich nach richterlicher Nichtzulassung ihrer Aufklärungsfehlerthemen im selbstständigen Beweisverfahren dann stets die Arzthaftungsklage nur bezüglich der nichtzugelassenen Aufklärungsfehler erheben und die noch im Beweisverfahren anhängigen verjährungsgehemmten Behandlungsfehlerstreitgegenstände (jedenfalls vorerst) ausklammern. Denn dann kann offensichtlich eine nachträgliche Einstellung des selbstständigen Beweisverfahrens zulasten der Patientenseite mangels Kongruenz beider Verfahren jedenfalls nicht erfolgen.

Einen solchen einheitlichen Lebenssachverhalt „künstlich auseinanderreißen“ zu müssen, indem verjährungshemmend parallel die Klage in der Hauptsache (vorläufig) beschränkt nur auf die Aufklärungsrüge erhoben wird, dürfte wohl alles andere als prozessökonomisch (weder für die Parteien noch für das Gericht) sein. Ein solches Vorgehen würde zu völlig widersinnigen Prozessverläufen führen. Zudem bestünde dann erst recht die Gefahr diametraler Ergebnisse im selbstständigen Beweisverfahren und im Hauptsacheverfahren.

Es wird nicht nur der Prozesswirtschaftlichkeit am meisten Rechnung dadurch getragen, wenn die dem selbstständigen Beweisverfahren (warum auch immer) ablehnend gegenüber stehenden Gerichte endlich auch die schadenskausalen Aufklärungsfehlerthemen im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens als zulässigen Gegenstand anerkennen. Denn dann wäre die künstliche Aufspaltung der Sache und die nachträgliche Erhebung einer parallelen Hauptsacheklage obsolet.

### **VIII. Praxishinweis**

Bei Zurückweisung von Aufklärungsfehlerfragen im selbstständigen Beweisverfahren bleibt den Patientenanwälten (bis zur höchstrichterlichen Klärung) nichts anderes übrig, als die verjährungshemmende Hauptsacheklage vorläufig – soweit möglich – ausdrücklich nur auf die Aufklärungsrüge zu stützen, um das ursprüngliche selbstständige Beweisverfahren (und die darin noch enthaltenen zulässigen Behandlungsfehlerthemen) nicht einer nachträglichen Einstellung zu unterwerfen.

---

\* *Michael Graf* ist Fachanwalt für Medizinrecht und Versicherungsrecht, *Gabriela Johannes* ist Rechtsanwältin für Patientenrecht und Personenversicherungsrecht, beide in Freiburg/Br.

<sup>1</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>2</sup> Vgl. LG Frankfurt/M. vom 4. 9. 2018 – 2-04 OH 5/18 –; LG Hamburg vom 5. 4. 2018 – 303 OH 4/17 –; LG Stralsund vom 10. 7. 2018 – 7a OH 2/18 –; LG Freiburg vom 16. 4. 2018 – 11 OH 17/17.

<sup>3</sup> OLG Hamburg VersR 2017, 967.

<sup>4</sup> OLG Nürnberg VersR 2017, 969.

<sup>5</sup> OLG Rostock VersR 2019, 640.

<sup>6</sup> Aktuell liegt dem BGH zu dieser Rechtsfrage eine Rechtsbeschwerde unter dem Az.: VI ZB 27/19 vor, sodass in den nächsten Monaten hierzu eine höchstrichterliche Entscheidung erwarten werden kann.

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>8</sup> LG Freiburg vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>9</sup> Bemerkenswert ist, dass dieselbe Kammer etwa ein Jahr später in einem ähnlichen Fall die Frage nach der ärztlichen Aufklärung im Rahmen eines anderen selbstständigen Beweisverfahrens zuließ, vgl. Abhilfebeschluss des LG Freiburg vom 16. 4. 2018 (11 OH 17/17).

<sup>10</sup> OLG Karlsruhe vom 21. 11. 2017 – 13 W 111/17.

<sup>11</sup> LG Freiburg vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>12</sup> LG Freiburg vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>13</sup> LG Freiburg vom 18. 7. 2018 – 11 O 20/18.

<sup>14</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>15</sup> Anzumerken ist, dass im weiteren Hauptsacheverfahren das LG Freiburg sodann (vor mündlicher Verhandlung) einen „eigenen“ Beweisbeschluss vom 30. 1. 2019 verfasste, und darin bezüglich der ärztlichen Aufklärung lediglich folgende Vorgabe machte: „Bezüglich der Frage der ordnungsgemäßen Aufklärung wird der Sachverständige gebeten, zunächst nur eine Beurteilung anhand der schriftlichen Unterlagen vorzunehmen.“

<sup>16</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>17</sup> Vgl. aktuell OLG Frankfurt/M. vom 25. 10. 2018 – 8 W 43/18 – juris = NJW-RR 2019, 191.

<sup>18</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>19</sup> Aktuell bejahend: OLG Rostock VersR 2019, 640. Aktuell liegen dem BGH zu dieser Rechtsfrage zwei Rechtsbeschwerden (Az. VI ZB 27/19 und VI ZB 51/19) vor, über welche voraussichtlich noch im Jahr 2019 eine Entscheidung ergehen kann; vgl. auch Fn. 92.

<sup>20</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu *Graf/Werner* VersR 2017, 913.

<sup>22</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>23</sup> Was derzeit höchst strittig ist: OLG Rostock VersR 2019, 640 m. w. N.: *Graf* VersR 2019, 596 sowie *Graf/Werner* VersR 2017, 913; aktuell auch OLG Karlsruhe VersR 2019, 635 (mit Anm. von *Bomke*)

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>25</sup> Vgl. OLG Düsseldorf vom 18. 6. 2003 – I-5 W 20/03 – juris = openJur 2011, 26534; OLG Dresden vom 13. 1. 1998 – 14 W 1316/97 – BauR 1998, 595.

<sup>26</sup> OLG Schleswig vom 12. 10. 2004 – 16 W 116/04 – juris = openJur 2011, 93944.

<sup>27</sup> Vgl. BGH vom 22. 7. 2004 – VII ZB 3/03 – juris = openJur 2012, 56782; OLG Schleswig vom 4. 11. 2009 – 16 W 120/09 – juris; *Herget* in Zöller, ZPO 32. Aufl. 2018 § 485 Rn. 7.

<sup>28</sup> Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 11/3621 S. 23 ff.: „Insbesondere wenn der Streit der Parteien nur von der Entscheidung tatsächlicher Fragen abhängt, wird die vor- oder außergerichtliche Beweisaufnahme als zweckmäßig angesehen. Unter anderem für ... Arzthaftungsprozesse wird angenommen, daß die gesonderte Begutachtung durch einen Sachverständigen häufig zu einer die Parteien zufriedenstellenden Klärung und damit eher zum Vergleich als in einen Prozeß führen würde. Die engen Voraussetzungen für die Beweiserhebung durch diese Beweismittel sind mit Rücksicht auf die grundsätzlich zu fordernde Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gerechtfertigt. In vielen Fällen ist aber die schriftliche Begutachtung durch Sachverständige ohne diese engen Voraussetzungen erwünscht. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen es im wesentlichen um die Aufklärung von Tatsachen geht, die mit Personen- und Sachschäden oder Sachmängeln zusammenhängen. Solche Fallgestaltungen sollen nach der Neufassung des § 485 Abs. 2 im selbständigen Beweisverfahren aufgeklärt werden können. Die Gerichte können durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, daß das Ergebnis der Beweisaufnahme des selbständigen Beweisverfahrens in einem etwa nachfolgenden Streitverfahren berücksichtigt werden kann. Die vorgesehenen Änderungen sollen die Gerichte entlasten und die gütliche Streitbeilegung fördern.“

<sup>29</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>30</sup> Vgl. *Dörr* in Prütting/Gehrlein, ZPO 8. Aufl. 2016 § 148 Rn. 8; *Stadler* in Musielak/Voit, ZPO 12. Aufl. 2015 § 148 Rn. 5 m. w. N.

<sup>31</sup> KG vom 12. 5. 2000 – 7 W 3005/00 – juris = KGR 2000, 266.

<sup>32</sup> BGH VersR 1997, 855.

<sup>33</sup> KG vom 12. 5. 2000 – 7 W 3005/00 – juris = KGR 2000, 266.

<sup>34</sup> BGH vom 10. 7. 2003 – VII ZB 32/02 – ZfBR 2003, 765 = openJur 2010, 10236.

<sup>35</sup> BGH vom 29. 4. 2004 – VII ZB 39/03 – BauR 2004, 1484 = ZfBR 2004, 677.

<sup>36</sup> BGH vom 26. 10. 2006 – VII ZB 39/06 – MDR 2007, 542 = openJur 2011, 9872.

<sup>37</sup> Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 11/3621 S. 23 ff.: „Unter anderem für Bauprozesse (Punktensachen), Kraftfahrzeug- und Arzthaftungsprozesse wird angenommen, daß die gesonderte Begutachtung durch einen Sachverständigen häufig zu einer die Parteien zufriedenstellenden Klärung und damit eher zum Vergleich als in einen Prozeß führen würde.“

<sup>38</sup> OLG Stuttgart vom 29. 3. 2006 – – juris = openJur 2012, 65664.

<sup>39</sup> vom 22. 12. 2008 – 19 W 30/08 – juris = openJur 2011, 63425.

<sup>40</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>41</sup> LG Freiburg vom 18. 7. 2018 – 11 O 20/18; vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>42</sup> BGH vom 26. 10. 2006 – VII ZB 39/06 – MDR 2007, 542 = openJur 2011, 9872.

<sup>43</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>44</sup> *Greger* (in Zöller, ZPO 32. Aufl. 2018 § 148 Rn. 5) führt hierzu aus: Die Entscheidung des Rechtsstreits muss von jener in einem anderen Rechtsstreit oder einem Verwaltungsverfahren abhängig sein. Dies ist nur der Fall, wenn im anderen Verfahren über ein Rechtsverhältnis (s § 256 Rn 3 ff) entschieden wird, dessen Bestehen für den vorliegenden Rechtsstreit präjudizielle Bedeutung hat. Im sBV ergeht zwar keine derartige Entscheidung; zur Vermeidung einer doppelten Beweisaufnahme lässt der BGH aber die Aussetzung zu, wenn dort eine im Hauptsacheverfahren

beweiserhebliche Tatsache geklärt werden soll (BGH [vom 26. 10. 2006 – VII ZB 39/06 –] MDR 2007, 542; aA StJ/Roth Rn 24).“

<sup>45</sup> *Ulrich*, Selbständiges Beweisverfahren bereits anhängig: Aussetzung des Hauptsacheverfahrens? IBR 2007, 107.

<sup>46</sup> LG Freiburg vom 18. 7. 2018 – 11 O 20/18; vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>47</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>48</sup> BGH vom 26. 10. 2006 – VII ZB 39/06 – MDR 2007, 542 = openJur 2011, 9872.

<sup>49</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>50</sup> OLG Saarbrücken vom 5. 1. 2015 – 5 W 89/14 – MDR 2015, 793.

<sup>51</sup> OLG Dresden vom 1. 2. 2018 – 4 W 81/18 – juris.

<sup>52</sup> OLG Frankfurt/M. vom 25. 10. 2018 – 8 W 43/18 – juris = NJW-RR 2019, 191.

<sup>53</sup> Das OLG Frankfurt/M. führt hierzu aus, dass nach dem Gesetzeswortlaut bereits die abstrakte Möglichkeit der gütlichen Streitbeilegung („dienen kann) reicht; es würde in § 485 ZPO also nicht die positive Feststellung verlangt werden, dass ein Hauptsacheverfahren vermieden werden wird. Daher sei der Begriff des „rechtlichen Interesses“ i. S. d. § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO weit zu fassen. Diese Voraussetzung sei im Bereich von (Zahn-)Arzthaftungsfragen oftmals gegeben. Denn komme der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass kein Fehlverhalten des zahnärztlichen und nichtzahnärztlichen Personals vorliege, wird der Patient möglicherweise die beabsichtigte Klage nicht erheben; anderenfalls bestehe die Möglichkeit, dass er vom Haftpflichtversicherer des Zahnarztes außergerichtlich klaglos gestellt wird. Überdies sei es dem Gericht grundsätzlich verwehrt, bereits im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen. Dementsprechend könne ein rechtliches Interesse im Regelfall nur dann verneint werden, wenn ein Rechtsverhältnis, ein möglicher Prozessgegner oder ein Anspruch nicht ersichtlich ist. Dabei könne es sich nur um völlig eindeutige Fälle handeln, in denen evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann. Das erforderliche rechtliche Interesse könne auch nicht mit der Erwägung verneint werden, eine abschließende Klärung sei durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich, sodass weitere Aufklärungen erforderlich seien.

<sup>54</sup> LG Freiburg vom 18. 7. 2018 – 11 O 20/18; vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>55</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>56</sup> Eine andere Auslegung gibt der Gesetzeswortlaut in § 485 Abs. 2 ZPO nicht her.

<sup>57</sup> *Ulrich* in Prütting/Gehrlein, ZPO 8. Aufl. 2016 § 485 Rn. 19.

<sup>58</sup> In der ZPO gilt durchgehend die Dispositionsmaxime, die richterlich stets zu beachten ist (diese ist im Zusammenwirken von materiellen Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip mit dem verfassungsrechtlich verankerten Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren verknüpft), vgl. *Prütting/Gehrlein*, ZPO 8. Aufl. 2016 Einleitung Rn. 40.

<sup>59</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>60</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>61</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>62</sup> BGH vom 26. 10. 2006 – VII ZB 39/06 – MDR 2007, 542 = openJur 2011, 9872.

<sup>63</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>64</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>65</sup> Vgl. *Stegers*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht 2. Aufl. Rn. 782 und 791.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu: *Walter* in *Jorzig*, Handbuch Arzthaftungsrecht 1. Aufl. 2018 III. Klärung von Aufklärungsmängeln Rn. 14; *Frahm/Walter*, Arzthaftungsrecht 6. Aufl. 12/2017 Rn. 258; *Spickhoff*, Medizinrecht 3. Aufl. 2018 Kap. 80 Rn. 17 f.; *Spickhoff* NJW 2018, 1725; *Graf/Werner* VersR 2017, 913; *Ullrich* GesR 2010, 77.

<sup>67</sup> Vgl. OLG Rostock VersR 2019, 640; OLG Nürnberg VersR 2017, 969; OLG Hamburg VersR 2017, 967; BGH VersR 2014, 264 (dort allerdings zum groben Behandlungsfehler). Die Gegenansicht, die § 485 Abs. 2 ZPO eng auslegt, wird aktuell nur noch vom OLG Karlsruhe (VersR 2019, 635 und vom 3. 12. 2018 – 13 W 104/18) sowie OLG Köln (vom 1. 8. 2016 – 5 W 18/16 – juris Rn. 8) sowie OLG Stuttgart (vom 30. 3. 2015 – 1 W 11/15 – juris Rn. 24) vertreten, die deutlich älteren Gegenansichten des OLG Oldenburg (VersR 2010, 927) und des OLG Jena (vom 12. 4. 2001 – 4 W 235/01) konnten die neue Rechtsprechung des BGH (VersR 2014, 264) noch nicht berücksichtigen.

<sup>68</sup> *Herget* in *Zöller*, ZPO 32. Aufl. 2018 § 485 Rn. 1.

<sup>69</sup> *Prütting/Gehrlein*, ZPO 8. Aufl. 2016 Einleitung Rn. 40.

<sup>70</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>71</sup> „Ein rechtliches Interesse ist bereits dann nach § Abs. 2 S. 2 ZPO anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, auch wenn möglicherweise eine abschließende Klärung durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich ist und weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen (Senat vom 21. 1. 2003 – – = VersR 2014, 264).“

<sup>72</sup> BGH VersR 2014, 264 „Sinn und Zweck der vorprozessualen Beweissicherung nach ist es, die Gerichte von Prozessen zu entlasten und die Parteien unter Vermeidung eines Rechtsstreits zu einer raschen und kostensparenden Einigung zu bringen (vgl. Senat vom 21. 1. 2003 – – ] = VersR 2003, 794 m. w. N.). Die vorprozessuale Klärung der haftungsrechtlich maßgeblichen Gründe für den Gesundheitsschaden des Antragstellers kann durchaus prozessökonomisch sein. Offensichtlich strebt der Antragsteller die Klärung an, um dann zu entscheiden, ob er Ansprüche weiterverfolgt oder davon absieht. Mithin hat er die Streitvermeidung im Auge.“

<sup>73</sup> Eine gütliche Einigung ist spätestens im Rahmen der Güteverhandlung des vorerst auszusetzenden Hauptverfahrens eben auf Grundlage der Erkenntnisse des selbstständigen Beweisverfahrens (!) möglich, wodurch eine Entlastung des Gerichts durch Entbehrlichkeit einer weiteren Beweisaufnahme bzw. eines Urteils erreicht wird.

<sup>74</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>75</sup> *Spickhoff*, Medizinrecht 3. Aufl. 2018 Kap. 80 Rn. 18.

<sup>76</sup> BGH vom 26. 10. 2006 – VII ZB 39/06 – MDR 2007, 542 = openJur 2011, 9872.

<sup>77</sup> *Herget* in *Zöller*, ZPO 32. Aufl. 2018 § 485 Rn. 7 a.

<sup>78</sup> LG Freiburg vom 18. 7. 2018 – 11 O 20/18; vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>79</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>80</sup> Freilich drängt sich hier dann die Frage auf, weshalb die nachträgliche Einstellung seines selbstständigen Beweisverfahrens für den geschädigten Patienten weniger einschneidend sein soll, wenn noch kein Gutachten vorliegt, welches die von ihm begehrten Beweisthemen behandelt hat?

<sup>81</sup> LG Freiburg vom 18. 7. 2018 – 11 O 20/18; vom 28. 3. 2017 – 11 OH 15/16.

<sup>82</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.



<sup>83</sup> So ist auch *Huber* (in Musielak/Voit, ZPO 12. Aufl. 2015 § 404a Rn. 5) der Auffassung, dass die Ermittlung und Aufklärung dem Sachverständigen überlassen werden darf, er nennt dabei ausdrücklich die Beiziehung von Krankenhausunterlagen oder Arztberichten.

<sup>84</sup> Daher kommt es auf die Frage, ob die §§ 142, 144 ZPO auch im selbstständigen Beweisverfahren anwendbar sind, hier gar nicht an (zum Streitstand: vgl. *Graf/Werner* VersR 2017, 913). Erläuternd sei gesagt, dass in der Praxis von zahlreichen Landgerichten in arzthaftungsrechtlichen Beweissicherungsverfahren die Behandlungsunterlagen gem. § 142 ZPO beigezogen werden, da die Vorlageanordnung auch im selbstständigen Beweisverfahren allein im Ermessen des Gerichts liegt und damit auch im OH-Verfahren möglich ist (vgl. LG Frankfurt/M. vom 4. 9. 2018 – 2-04 OH 5/18 –; LG Hamburg vom 5. 4. 2018 – 303 OH 4/17 –; LG Stralsund vom 10. 7. 2018 – 7a OH 2/18 –; LG Neuruppin vom 7. 3. 2018 – 32 OH 3/17).

<sup>85</sup> BGHZ 198, 237 = VersR 2014, 264.

<sup>86</sup> OLG Karlsruhe vom 2. 2. 2017 – 9 W 57/16 – r+s 2018, 108.

<sup>87</sup> Vgl. OLG Celle vom 18. 10. 2010 – 8 W 32/10 – NJW-RR 2011, 536.

<sup>88</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>89</sup> BGH vom 28. 10. 2010 – VII ZR 172/09 – juris.

<sup>90</sup> BGH vom 28. 10. 2010 – VII ZR 172/09 – juris.

<sup>91</sup> OLG Karlsruhe VersR 2019, 1106; vom 24. 10. 2018 – 13 W 98/18.

<sup>92</sup> Aktuell liegen dem BGH zu dieser Rechtsfrage zwei Rechtsbeschwerden (Az. VI ZB 27/19 und VI ZB 51/19) vor, sodass in den nächsten Monaten hierzu eine höchstrichterliche Entscheidung erwarten werden kann. Vgl. zum Thema vertieft: *Graf* VersR 2019, 596 sowie *Graf/Werner* VersR 2017, 913; aktuell auch OLG Karlsruhe VersR 2019, 635 (mit Anm. von *Bomke*).

<sup>93</sup> *Heßler* in Zöllner, ZPO 32. Aufl. 2018 § 543 Rn. 11 m. w. N.

<sup>94</sup> *Lohmann* in Prütting/Gehrlein, ZPO 8. Aufl. 2016 § 574 Rn. 7.

<sup>95</sup> *Walter* in Jorzig, Handbuch Arzthaftungsrecht 1. Aufl. 2018 I. Rechtliches Interesse Rn. 8.

<sup>96</sup> Vgl. Fn. 92.

<sup>97</sup> *Lohmann* in Prütting/Gehrlein, ZPO 8. Aufl. 2016 § 574 Rn. 11.

<sup>98</sup> OLG Hamm vom 18. 12. 2006 – 19 W 21/06 – juris.