

Autor: Michael Graf, Gabriela Johannes
Dokumenttyp: Aufsatz
Quelle: [VersR](#)
VWV GmbH, Karlsruhe
Fundstelle: VersR 2023, 1554-1565
Zitiervorschlag: Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

Die gerichtliche Prüfung von Einwendungen des Rechtsschutzversicherers gegen den Medizinschadensfall

Michael Graf / Gabriela Johannes, Freiburg i.Br.*

Die anwaltliche Praxis zeigt immer wieder, dass der Versicherungsnehmer (VN), der Kostenschutz für einen (mitunter streitwertträchtigen) medizin-/arzthaftungsrechtlichen Rechtsschutzfall vom Rechtsschutzversicherer (VR) begehrt, spätestens im Deckungsprozess einer Reihe von rechtlichen Einwendungen des bekl. Versicherers gegenübersteht.

Die Verfasser möchten mit diesem Beitrag die aus ihrer Sicht „praxisrelevantesten“ jener Einwendungen für die (an einem solchen Deckungsprozess) Beteiligten beleuchten und anhand der bewährten Prüfungsreihenfolge (die sich aus den ARB¹ selbst ableiten lässt und je nach den Gegebenheiten variieren kann) aufzeigen.

Einleitend ist zu sagen, dass die Ergebnisse dieses Beitrags nicht nur für Kostenschutzfragen zu Rechtsschutzfällen aus dem Arzthaftungsrecht gelten, sondern (entsprechend) auch für Rechtsschutzfälle aus dem Produkthaftungsrecht, dem Arzneimittelhaftungsrecht sowie dem Personenschadensrecht. In diesem Zusammenhang wird hier auch die Deckungspflicht für die Rechtsverfolgung mittels selbstständiger Beweisverfahren untersucht.

A. Prüfungsschritt Nr. 1: Die Einwendung gegen die Klageart

Nicht selten wendet sich der bekl. Rechtsschutzversicherer im Deckungsprozess bereits gegen die Zulässigkeit der vom VN gewählten Klageart. Die AG und LG wenden dabei oft (gewohnheitsmäßig) den allgemeinen Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage an.²

- 1554 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1555 -

I. Feststellungsklage vs. Leistungsklage

Für eine Deckungsklage auf Kostenschutz gegen den Rechtsschutzversicherer kann grundsätzlich ein Feststellungsantrag gewählt werden³; denn überwiegend wird in der Rechtsprechung und Literatur eine Feststellungsklage⁴ als statthafte Klageart angesehen. Aufgrund des anwaltschaftlichen Gebots

des sichersten Weges sollte hier in der Tat das „Weniger“ gewählt werden, nämlich „nur“ der Feststellungsantrag, der später, sollte es sich - bspw. nach richterlichen Hinweisen der eine andere Auffassung vertretenden Kammer - als nötig erweisen, auf einen Leistungsantrag umgestellt werden kann.⁵

Im arzt haftungsrechtlichen Rechtsschutzfall könnte ein solcher Antrag⁶ auf Feststellung bspw. wie folgt lauten:

„Es wird festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. und der mitversicherten Ehefrau, Frau (...), bedingungs-/und tarifgemäße Rechtsschutzdeckung aus dem mit der Bekl. geschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrag zur Versicherungsschein-Nr. ... für die Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens im Rechtsschutzfall „Muster gegen Muster-Klinik und gegen die dortigen damals beteiligten Ärzte wegen Arzthaftung (Schadennummer: ...)“ gemäß dem anwaltlichen Entwurf des Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens vom (...) (= Anlage K1) zu gewähren.“

Der Kl. hat als VN durchaus ein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO) an der gerichtlichen Feststellung des streitigen Kostenschutzumfangs bzw. -anspruchs (§ 125 VVG). Denn der Umfang der Deckungszusage bzw. des zu gewährenden Kostenschutzes (= 1. Ebene) bestimmt denknottwendigerweise auch die vom Rechtsschutzversicherer geschuldete Übernahmehöhe im Hinblick auf die im Rechtsschutzfall anfallenden Kosten (= 2. Ebene). So stellt auch *Schneider* zutreffend fest⁷: Lehnt der Rechtsschutzversicherer den Rechtsschutz für einen bestimmten Rechtsschutzfall von vornherein ab, sich dabei auf einen Leistungsverweigerungsgrund berufend, so kommt für den VN nur eine Feststellungsklage in Betracht.

Eine Leistungsklage zur Geltendmachung eines Befreiungs- oder Erstattungsanspruchs ist mit Blick auf § 5 Abs. 2 lit. a ARB 2008 erst dann möglich, wenn der in Rede stehende Anspruch durch den Nachweis einer Kostenrechnung (Befreiungsanspruch) oder der Befriedigung des Kostengläubigers (Erstattungsanspruch) fällig geworden ist, was vor oder bei Beginn des Arzthaftungsprozesses, für den Kostenschutz begehrt wird, grundsätzlich nicht der Fall sein wird.⁸ Denn der Arzthaftungsprozess ist davon geprägt, dass in seinem Verlauf die anfallenden Kosten recht überraschend „explodieren“ können und daher bei Beginn für den Versicherten nicht wirklich prognostizierbar sind. Allein die künftigen Beweiskosten sind aufgrund der in aller Regel notwendig werdenden (ggf. sogar mehreren) Sachverständigengutachten nicht abschätzbar. Womöglich verschlechtert sich der Zustand des klagenden Patienten, so dass eine objektive Klageerweiterung nötig werden wird; womöglich stellt sich im Laufe des Prozesses heraus, dass auch weitere Gesamtschuldner den Schaden mitverursacht haben, so dass eine subjektive Klageerweiterung auf den Plan tritt.

All dies zeigt, dass die „Leistung“ des Rechtsschutzversicherers zu Beginn des Arzthaftungsprozesses der Höhe nach nicht feststeht, weil jene sich in der Entwicklung befindet. Aus diesem Grund hat der Versicherte ein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO) an der gerichtlichen Feststellung des streitigen Kostenschutzumfangs im Rahmen des Deckungsprozesses. Der Versicherte hat grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass geklärt wird, in welchem Umfang der bekl. Rechtsschutzversicherer zur Deckung verpflichtet ist, bzw. in welchem Umfang sein Versicherer bereits Deckung erteilt hat und Einwendungen nicht mehr erheben kann. Dieses Interesse ist nicht identisch mit dem reinen Gebühreninteresse.⁹

II. Feststellung des Kostenschutzumfangs für den „Arzthaftungsfeststeller“

Jetzt wird es doppeldeutig: Der Versicherte (d.h. der geschädigte Patient) hat auch ein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO) daran, dass festgestellt wird, dass und in welcher Höhe der Rechtsschutzversicherer Kostenschutz für den arzt haftungsrechtlichen Schadensersatzfeststellungsantrag zu gewähren hat.¹⁰ Sofern zwischen dem Versicherten und dem Versicherer nämlich streitig ist, wie hoch der für

den Arzthaftungsprozess geplante Feststellungsantrag „streitwertmäßig“ zu bewerten ist, so stellt dieser Umstand durchaus eine echte (und daher mit der Deckungsklage angreifbare) Einwendung i.S.d. § 128 VVG dar. Denn selbst wenn der Versicherer für den Feststellungsantrag eine Deckungszusage „dem Grunde nach“, oder nur für einen von ihm bestimmten (und unter dem in der Deckungsanfrage geltend gemachten) Schadens-/Streitwert, erteilt, so beschränkt er damit unter Anwendung der Einwendung des § 128 VVG die geplante Rechtsverfolgung des Versicherten. Denn der Einwand des Versicherers, der geplante Feststellungsantrag zu den weiteren Schäden des Patienten sei vom VN Schadens-/streitwertrechtlich zu hoch bemessen¹¹⁾, stellt sich aus der (stets maßgeblichen¹¹⁾ Sicht des VN als Einwand gegen die Schlüssigkeit oder als Einwand der Mutwilligkeit dar.

Auch bei Einwendungen zur Streitwerthöhe handelt es sich der Sache nach um Einwendungen zu den Erfolgsaussichten der

- 1555 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1556 -

Klage, indem nämlich geltend gemacht wird, dass nur ein Schaden in bestimmter Höhe entstanden und schlüssig dargelegt worden sei und der darüber hinausgehende Schadensanteil nicht erfolgversprechend geltend gemacht werden könne.¹²⁾ Erteilt der Versicherer zunächst eine Deckungszusage, erhebt aber im Rahmen der (Vorschuss-)Abrechnung des Anwalts des VN Einwendungen, etwa gegen die Höhe des geltend gemachten Betrags, kann der VN daher gleichwohl Feststellungsklage erheben, um den Umfang der Deckungszusage feststellen zu lassen.¹³⁾

Dieses Ergebnis ist rechtsdogmatisch richtig, denn der Versicherte braucht vor Erhebung seiner Arzthaftungsklage uneingeschränkte Klarheit über den Umfang des Kostenschutzes, d.h. der gedeckten Höhe der Rechtsverfolgung. Dies betrifft denknötwendig auch die Höhe der Bewertung seiner Bezifferung des Schadensersatzfeststellungsantrags, der nach Anhängigkeit des Prozesses die Höhe der entstehenden Prozesskosten unmittelbar mitbestimmen kann. Gerade für den versicherten Patienten ist es im Arzthaftungsprozess immanent wichtig, dass sein Feststellungsantrag, der alle weiteren immateriellen und materiellen Dauerschäden und Zukunftsrisiken sichern und abdecken soll, von Anfang an realistisch hoch bewertet wird, denn später wird gerade dieser Feststellungswert die Grundlage von gerichtlichen Vergleichsverhandlungen i.S.d. § 278 ZPO bilden und mitentscheidend für die Höhe des Vergleichsbetrages in einem Prozessvergleich sein (können); mithin soll sich letztlich in diesem Schadensposten wertmäßig der dem Patienten zustehende Kapitalschaden (d.h. sein Schaden bis zu seinem statistischen Lebensende i.S.d. § 843 Abs. 3 BGB gerechnet) wiederfinden. Natürlich steht es dem Versicherer frei, diese Bezifferung der festzustellenden Schadensersatzpflicht mit dem Einwand der Unschlüssigkeit oder Mutwilligkeit anzugreifen und „zu kürzen“, im Gegenzug muss der Versicherte dann freilich die Möglichkeit haben, die (Un-)Begründetheit dieser „Kürzung“ gerichtlich mittels Deckungsklage überprüfen zu lassen. Zu sehen ist dabei, dass der VN die ihm über § 125 VVG zustehende „Planungssicherheit“ für einen solchen (unter Umständen mit einer Kostenexplosion verbundenen) Arzthaftungsprozess nur hat, wenn der Versicherer transparentes und unbeschnittenes „grünes Licht“ für das beabsichtigte Arzthaftungsverfahren gibt.¹⁴⁾

B. Prüfungsschritt Nr. 2: Einwendung vs. Auslegung und Bindungswirkung

Der Versicherte meldet i.S.d. § 17 Abs. 1 ARB seinen arzthaftungsrechtlichen Rechtsschutzfall und fragt beim Versicherer den Kostenschutz an. In der medizinschadensrechtlichen Praxis geht sodann meist einiges an Schriftverkehr zwischen VN und VR hin und her.

Daher sollte (spätestens im Deckungsprozess) geprüft werden, ob die bisherigen Erklärungen des Rechtsschutzversicherers nicht bereits im Wege der Auslegung als volle „Deckungszusage“ mit dem vom VN angefragten Deckungsumfang behandelt werden können. Denn dies hätte zur Folge, dass es keiner weiteren Prüfung der Sach- und Rechtslage mehr bedürfte, die zulässige Klage des VN auf Kostenschutz wäre begründet, womöglich erkennt der VR sogar im Deckungsprozess (auf Hinweis des Gerichts) dann (auch prozessual) an.

Kann das Gericht aus den Erklärungen des VR eine uneingeschränkte Deckungszusage ableiten, so hat dies eine immanent wichtige Wirkung, denn es liegt in solchen Erklärungen ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis des Rechtsschutzversicherers, so dass dieser bereits mit allen Einwänden aufgrund von Umständen ausgeschlossen ist, die ihm bekannt sind bzw. die er aufgrund der ihm erteilten Informationen bei üblicher Sorgfalt hätte erkennen oder erfragen können. Der VN darf aufgrund einer solchen Erklärung nämlich darauf vertrauen, dass der Rechtsschutzversicherer die zugesagte Deckung auch gewährt und sich „an sein Wort hält“.¹⁵

Es sollte daher immer als erstes durch Auslegung ermittelt werden, ob (und für welche Stadien der Auseinandersetzung) Deckungsschutz bereits erklärt und zugesagt wurde.¹⁶ Hat der VR in der Vergangenheit den Rechtsschutzfall (d.h. die jenem innewohnenden Schadensersatzansprüche bspw. in einem Arzthaftungsfall) dem Grunde und der Höhe nach (d.h. die behaupteten immateriellen und - ggf. kapitalisierten - materiellen Schadensposten des Patienten) gedeckt, so ist der VR an seine Erklärung und Zusage auch in Zukunft gebunden.

Entscheidend ist dabei die „Brille des VN“, soll heißen, es kommt auf die Sicht des durchschnittlichen VN an: Wie durfte im konkreten Fall der Versicherungskunde und Verbraucher die Erklärungen seines Versicherers verstehen?

Denn Erklärungen des VR sind so zu lesen, wie ein „durchschnittlicher VN“ als Verbraucher sie verstehen muss. Dabei kommt es lediglich auf die Verständnismöglichkeiten eines VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit - auch - auf seine Interessen an; bei der Auslegung ist insoweit einzustellen, dass der VN nicht damit zu rechnen braucht, dass sein Versicherungsschutz Lücken hat, ohne dass ihm diese hinreichend verdeutlicht wurden.¹⁷

Sollte das Gericht durch eine solche Auslegung¹⁸ zu dem Ergebnis kommen, dass der VR bereits den Kostenschutz erteilt hat, dann darf der VR nachträglich seinem VN diesen Schutz nicht wieder „wegnehmen“. Das „nachträgliche Streichen“ von Ansprüchen bzw. Schadensposten des Rechtsschutzfalls stellt dann einen unzulässigen Widerruf der zuvor erteilten Deckungszusage dar. Denn erteilt der Rechtsschutzversicherer eine ausdrückliche (oder eben konkludente) Deckungszusage, so ist er hieran gebunden und mit Einwendungen und Einreden ausgeschlossen, die schon bei Abschluss des Schuldanerkenntnisses bekannt waren oder mit denen der Versicherer rechnen konnte; eine Kondition des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses und folglich auch der Deckungszusage ist nach

§ 812 Abs. 1 BGB dann nicht möglich.¹⁹ Ein solches Schuldanerkenntnis könnte vom VR allenfalls nach § 812 BGB sowie nur dann zurückverlangt werden, wenn nachträglich neue Leistungsverweigerungsgründe auftauchen, mit welchen der VR bei Abgabe der Deckungszusage nicht rechnen musste.²⁰

C. Prüfungsschritt Nr. 3: Einwendung vs. Bindungswirkung nach § 128 VVG

Bevor sich das Gericht mit einer Einwendung des Rechtsschutzversicherers materiell-rechtlich befasst bzw. befassen muss, sollte es zunächst prüfen, ob zuvor ein „Schiedsgutachter-Verfahren“ oder ein „Stichentscheid-Verfahren“ nach § 3a ARB durchgeführt wurde, denn beide Verfahren haben Bindungswirkung zu Lasten des VR, so dass es im Deckungsprozess auf die Einwendungen des VR nicht mehr ankommen wird.²¹

Es sei an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass bei vollständig verspäteter Einwendungserhebung des VR und/oder fehlerhaftem Hinweis des VR eine Prüfung der rein „formalen“ Einwendungsvoraussetzungen des § 128 VVG in der Abfolge der Prüfung freilich vorgezogen werden kann, d.h. Prüfungsschritt Nr. 5 (s. unten) könnte noch vor dem Prüfungsschritt Nr. 3 erfolgen, weil sich durch die daraus ergebende Präklusion alle weiteren Prüfungsschritte erledigen.²²

I. Bindungswirkung eines Schiedsgutachtens

Lehnt der Versicherer Kostenschutz wegen mangelnder Erfolgsaussichten oder Mutwilligkeit ab und verlangt der VN die Durchführung eines Schiedsgutachter-Verfahrens (§ 3a ARB), entscheidet ein vom Präsidenten der für den Wohnsitz des VN zuständigen Rechtsanwaltskammer benannter Schiedsgutachter, der seit mindestens fünf Jahren zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, im schriftlichen Verfahren. Seine Entscheidung - und dies ist an dieser Stelle für den Deckungsprozess ausschlaggebend - ist für den Versicherer (und für das Gericht) bindend. Dabei tritt die Bindungswirkung auch dann ein, wenn die Entscheidung des Gutachters offenbar von der wirklichen Sach- und Rechtslage abweicht.²³

Wird das Schiedsgutachter-Verfahren nicht innerhalb der Monatsfrist eingeleitet, gilt der Rechtsschutzanspruch des VN gem. § 3a Abs. 3 S. 3 ARB im geltend gemachten Umfang - analog § 128 S. 3 VVG - als festgestellt.²⁴

II. Bindungswirkung eines Stichentscheids

Liegt kein Schiedsgutachten, sondern lediglich ein Stichentscheid²⁵ vor, so könnte auch jener für den Deckungsprozess bereits streitentscheidend sein und weitere Prüfungsschritte des Gerichts entbehrlich machen.

Nach § 128 VVG und § 3a ARB ist ein Stichentscheid nämlich für beide Teile bindend und kann gerichtlich nicht mehr überprüft werden, es sei denn, er weicht offenbar erheblich von der wirklichen Sach- und Rechtslage ab.

Ist der Rechtsschutzversicherer also der Meinung, die für ihn ungünstige Entscheidung im Stichentscheid weiche offenbar von der wirklichen Sach- oder Rechtslage erheblich ab, dann hat er diesen Einwand explizit vorzubringen und das Gericht wird dann lediglich noch über die Frage „der erheblichen Abweichung unter offenkundiger Unrichtigkeit“ entscheiden.²⁶ Darlegungs- und - soweit es sich nicht lediglich um Rechtsfragen handelt - beweispflichtig ist derjenige, der sich auf die offenkundige Unrichtigkeit des Stichentscheids beruft, hier dann der VR.²⁷

Im Stichtentscheid hat der Rechtsanwalt nur auf die Argumente einzugehen, mit welchen der Rechtsschutzversicherer zuvor seine Leistungspflicht i.S.d. § 128 VVG abgelehnt hat. Anderenfalls stünde es dem VR unzulässigerweise offen, eine Klärung seiner Einstandspflicht auf eine spätere Deckungsklage zu verlagern, wodurch der Stichtentscheid seiner zugeschriebenen Bedeutung beraubt würde, nämlich eine schnelle und eindeutige Klärung des umstrittenen Deckungsschutzes herbeizuführen.²⁸

Der Rechtsanwalt hat rechtlich lediglich zu begründen, ob und inwieweit diese Ansicht unrichtig bzw. richtig ist.²⁹ Der Umfang der Aufarbeitung hängt allein von der vorausgegangenen Korrespondenz mit dem Rechtsschutzversicherer bzw. dessen Einwendungen, der Komplexität des Streitstoffes und dem Stadium ab, in dem sich die Interessenwahrnehmung befindet.³⁰ Es empfiehlt sich immer, dass der Stichtentscheidsgutachter zusätzlich auch kurze und konkrete Erwägungen zum Beweisantritt³¹ und zum Prozessrisiko³² anstellt.

- 1557 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1558 -

„Erheblich“ ist die Abweichung lediglich, wenn der Stichtentscheid die Sach- oder Rechtslage gröblich verkennt. „Offenbar“ ist eine Unrichtigkeit erst dann, wenn sich jene dem Sachkundigen nach der gebotenen Prüfung mit aller Deutlichkeit aufdrängt;³³ das ist jedenfalls solange nicht der Fall, als eine vertretbare Rechtsauffassung einer höchstrichterlich noch nicht vollständig geklärten Frage zugrunde gelegt wird.³⁴

Gesetzgeber und Rechtsprechung implementieren hier eine echte Bindungswirkung des Stichtentscheids, die lediglich in Ausnahmefällen „gekippt“ werden soll. Zur Begründung dieser sehr restriktiven Handhabung ist bspw. auf das im Stichtentscheidsverfahren verankerte Beschleunigungsgebot zur Schaffung von Rechtsklarheit für den VN zu verweisen.³⁵

D. Prüfungsschritt Nr. 4: Einwendung vs. Hürde der Bewilligungsreife

Bei den bisherigen Prüfungsschritten hat sich das Gericht in aller Regel noch nicht mit der eigentlichen Einwendung des Rechtsschutzversicherers (inhaltlich) befassen müssen.

Auch im Prüfungsschritt Nr. 4 geht es noch nicht um den Inhalt der Einwendung, sondern um die Frage, ob sich das Gericht überhaupt in zeitlicher Hinsicht mit der Einwendung des Rechtsschutzversicherers befassen muss und darf, denn die Einwendung muss zuvor auch die „Hürde der Bewilligungsreife“ nehmen. Es ist hier zu prüfen, welche der vorgebrachten Ablehnungsgründe und Einwände des Rechtsschutzversicherers überhaupt wegen der sog. „Bewilligungsreife“ gerichtlich überprüft werden müssen.

Hierzu muss man wissen, dass die in der Praxis wichtige Deckungszusage, mit der der Rechtsschutzversicherer seine Leistungspflicht für einen bestimmten Versicherungsfall bestätigt, für den VN die Grundlage für sein weiteres außergerichtliches und gerichtliches Vorgehen darstellt. Sie ist für ihn deshalb äußerst wichtig.³⁶ Sobald der Rechtsschutzversicherer dem VN zu verstehen gibt, dass er den Rechtsschutzfall ganz oder teilweise als nicht hinreichend erfolversprechend oder mutwillig einstuft,

lässt sich für einen rechtsunkundigen VN diese Erklärung nur als ganze oder teilweise „Verneinung der Leistungspflicht“ i.S.d. §§ 128 VVG, 3a ARB verstehen.

Die sog. Bewilligungsreife tritt nach Ablauf der dem VR für die Prüfung zur Verfügung stehenden Zeit ein;³⁷ unterbleibt bei Eintritt der Bewilligungsreife eine Stellungnahme, so kann sich der VR nicht mehr auf fehlende Erfolgsaussicht berufen, vgl. zu dieser Konstellation unten das Kapitel E.³⁸

Aber auch mit einer (teil-)ablehnenden Erklärung des VR (d.h. mit Zugang derselben beim VN) tritt die Wirkung der „Bewilligungsreife“, eine entscheidende Wegmarke im Rechtsschutzversicherungsrecht, ein: Im Deckungsprozess hat das Gericht nämlich nur die Aktenlage und lediglich diejenigen Einwendungen des Rechtsschutzversicherers bis zur Bewilligungsreife zu prüfen, d.h. lediglich jene Einwendungen sind für das Deckungsurteil streitentscheidend; auf weitere bzw. spätere Einwendungen nach Bewilligungsreife kann sich der Versicherer dann nicht mehr berufen. Dieser zeitliche Ausschluss betrifft - und dies verkennen die Erstgerichte nicht selten - auch die schriftsätzlichen Einwendungen in der Klageerwiderung des bekl. Rechtsschutzversicherers, auch jene sind ipso iure gegenstandslos, sofern sie nicht bereits vor Bewilligungsreife konkret und für den VN verständlich vorgebracht worden waren.³⁹

Es muss der Rechtsschutzversicherer in seiner ersten Deckungsablehnung nämlich alle Gründe anführen, auf die er die (Teil-)Ablehnung stützt, ein späteres Nachschieben anderer Gründe ist nicht mehr möglich.⁴⁰

Sobald der Rechtsschutzversicherer rechtzeitige Einwendungen gegen die Deckungsanfrage erhebt, ist er an jene Einwendungen gebunden, d.h. neue Ablehnungsgründe darf er später nicht (auch nicht im Deckungsprozess) nachschieben.⁴¹ Die Rechtsprechung geht zutreffend davon aus, dass der Versicherer durch den Verzicht auf Ablehnungsgründe in der Deckungsablehnung zugunsten des VN einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, an den er gebunden ist.⁴²

Die in der Praxis durchaus vorkommende „Salamitaktik“⁴³ verbietet sich, denn die sog. Bewilligungsreife tritt automatisch nach Ablauf der für die Prüfung zur Verfügung stehenden Zeit⁴⁴ ein. Ein späteres Nachschieben von Einwendungen oder unerheblichen „Rückfragen“ durch den Versicherer ist nicht mehr zulässig; dies entspricht der gängigen Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte.⁴⁵

Der Rechtsschutzversicherer hat sich nach einer Deckungsanfrage zu den geltend gemachten Ansprüchen also vollständig und verbindlich zu erklären. Im Versicherungsvertrag bzw. den ARB nicht vorgesehene Vorbehalte, Bedingungen oder Einschränkungen bei einer Deckungszusage können aus Sicht des

- 1558 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1559 -

VN als Teilablehnung zu werten sein, welche für den VR sogar die Belehrungspflicht gem. § 128 S. 2 VVG (vgl. hierzu unten Kapitel E) auslöst.⁴⁶

Der VR hat somit unverzüglich zu prüfen und *vollständig* zu entscheiden, anderenfalls bringt ihm die Bewilligungsreife den Einwendungsverlust. Die „Salamitaktik“ ist für den VR der falsche Weg und dies mit gutem Grund: Denn der verständige VN kann nicht davon ausgehen, dass ihm selbst (mit der

Sanktion des Leistungsverlustes verknüpfte, unverzüglich zu erfüllende) Aufklärungsobliegenheiten aufgegeben werden, der Versicherer aber seine EntschlieÙung über Rückfragen oder über das Vorliegen von Ablehnungsgründen beliebig - und ohne gleichzeitigen Verlust des Ablehnungsrechts - hinausschieben kann, wie er möchte; was insoweit für den VN gilt, muss in entsprechender Weise auch für den Versicherer gelten.⁴⁷

E. Prüfungsschritt Nr. 5: Einwendung vs. Hürde der Präklusion

Auch bei Schritt Nr. 5 der Prüfung muss sich das Gericht mit den Einwendungen des VR noch nicht inhaltlich auseinandersetzen, denn die Einwendung des VR muss zunächst noch die „Hürde der Präklusion“ nehmen. Hier hat das Gericht zu prüfen, ob der Rechtsschutzversicherer mit seinen - nach erfolgter obiger Abschöpfung der Hürden Nr. 2 bis Nr. 4 - verbliebenen Einwendungen nicht womöglich präkludiert ist.

I. Unverzüglickeitspflicht

Der VR ist - wie oben bereits dargelegt - aufgrund § 128 VVG und § 3a ARB sowie wegen der ihn treffenden, in § 242 BGB wurzelnden, Kooperationspflicht zur zügigen Bearbeitung der Deckungsanfrage verpflichtet.⁴⁸

Teilt der Rechtsschutzversicherer seinen Willen zur Verneinung der Leistungspflicht nicht „unverzüglich“ mit, dann ist er mit verspäteten Einwendungen „präkludiert“. Die herrschende Rechtsprechung geht - wie erwähnt - davon aus, dass „unverzüglich“ eine Bearbeitungszeit von grundsätzlich zwei Wochen bedeutet, wobei im komplexen Arzthaftungsrecht dieser Zeitraum vermutlich auf bis zu vier Wochen auszudehnen sein wird.⁴⁹

Für das Gericht immanent wichtig ist die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen diese „Unverzüglickeit“. Rechtsfolge ist, dass der Rechtsschutzversicherer das Recht auf seine Einwendung verliert, d.h. er verliert sein Recht, die Leistung wegen angeblich fehlender Erfolgsaussicht oder angeblicher Mutwilligkeit abzulehnen, weil er dies dem VN entgegen §§ 128 VVG, 3a ARB nicht unverzüglich schriftlich mitteilte, wobei allein der Zugang beim VN entscheidend ist.⁵⁰

Alle nicht unverzüglich vorgebrachten Einwendungen sind damit für den VR verloren und wertlos, d.h. er hat die Rechtsprechung des BGH zur Unverzüglickeit bei seiner Prüfung und Rückmeldung unbedingt zu achten und zu wahren: Die Leistungsverweigerung wegen fehlender Erfolgsaussicht oder Mutwilligkeit muss dem VN unbedingt unverzüglich mitgeteilt werden.⁵¹

II. Hinweispflicht

Das Gericht wird die Einwendung zudem nur dann inhaltlich zu prüfen haben, wenn jene in einem formal korrekten Ablehnungsschreiben eingebettet gewesen ist. § 128 VVG und die dazu ergangene Rechtsprechung gibt hier strenge Hinweispflichten vor. Bei unrichtigem oder fehlendem oder verspätetem Hinweis ist der VR mit seinen mitgeteilten Einwendungen dann ebenso „präkludiert“; er hat dann sein Einwendungsrecht verloren und es tritt eine sog. Anerkennungsfiktion ein.⁵²

Bei einer ablehnenden Entscheidung eines Rechtsschutzversicherers ist daher zwingend ein richtiger Hinweis gem. § 128 S. 2 VVG erforderlich.

Die Hinweispflicht gem. § 128 S. 2 VVG muss auch erfüllt werden, wenn der Rechtsschutzversicherer nur teilweise ablehnt, d.h. wenn sich die Deckungsablehnung auf die Höhe der Forderung oder auf nur eine von mehreren Forderungen bezieht, für deren Geltendmachung/Abwehr der VN Rechtsschutz be-

geht.⁵³ Der Rechtsschutzversicherer ist mithin auch zur Belehrung des VN verpflichtet, wenn er seine Leistungspflicht nur teilweise verneint.⁵⁴

Diese Hinweispflicht gilt auch dann, wenn der Rechtsanwalt des VN die Möglichkeit eines solchen Verfahrens kennt; das wäre nämlich, als Klauselregelung unterstellt, eine von § 129 VVG untersagte nachteilige Abweichung von § 128 VVG.⁵⁵

Der Hinweis muss zudem in einer Weise erfolgen, in der er für einen durchschnittlichen, um Verständnis bemühten VN, der das Ablehnungsschreiben aufmerksam liest, unter Berücksichtigung des Sinnzusammenhangs als solcher erkennbar ist und ausreichend klar macht, dass und wie Meinungsverschiedenheiten in einem besonderen Verfahren geklärt werden können; der bloße Hinweis auf eine ARB-Klausel genügt nicht.⁵⁶ Denn der Hinweis muss für den juristischen Laien (den VN) verständlich und ausreichend formuliert sein. Der rechtliche Laie (hier der VN) muss hierdurch umfassend belehrt und in die Lage versetzt werden, seine Rechte nach § 128 VVG in ausreichendem Maße und ohne Abschreckung oder Zweifel über offene Fragen wahrnehmen zu können.

- 1559 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1560 -

Der Hinweis darf nicht durch ARB dahin konkretisiert werden, dass der VN innerhalb einer Frist⁵⁷ die Einleitung des Schiedsgutachter-Verfahrens verlangen kann.⁵⁸

Zudem kann hier auch die Transparenz der entsprechenden konkreten Klausel im Bedingungswerk, wie bspw. § 3a Abs. 3 ARB, eine Rolle spielen, weil bei manchen Versicherern bereits darin eine materielle Benachteiligung des VN aufgrund der formalen Intransparenz zu finden ist.⁵⁹ Die Benachteiligung des VN kann darin liegen, dass der VN anhand der Regelung in § 3a Abs. 3 ARB nicht erkennen kann, ob für ihn tatsächlich eine Ausschlussfrist existiert oder nicht.

Auch der Hinweis des Versicherers auf diese fristenbelastende Klausel ist dann (selbst wenn er im Hinweis an der in der Klausel vorgesehenen Frist nicht mehr festhält) ipso iure für den VN intransparent, verwirrend und fehlerhaft und verstößt gegen § 128 VVG, so dass aus Sicht der Verfasser die Rechtsfolge des § 128 S. 3 VVG eintritt („gilt das Rechtsschutzbedürfnis des VN im Einzelfall als anerkannt“).⁶⁰

Ebenso dürfte ein Hinweis oder Passus in den ARB, der mit dem Entfallen des Versicherungsschutzes droht,⁶¹ unzulässig sein, denn eine solche Kostenschutzbescheidung ist in § 128 VVG und auch sonst im Gesetz nicht vorgesehen. Ein solch intransparenter Hinweis bzw. eine solche Klausel ist fehlerhaft und führt dazu, den VN zu verwirren, so dass bereits hierdurch § 128 VVG verletzt würde. Der VN ist nämlich nicht verpflichtet, vor Erhebung der Deckungsklage das Schiedsgutachter-Verfahren bzw. das Stichentscheids-Verfahren durchzuführen. Er kann auch, wie sich aus § 3a Abs. 2 S. 1 ARB ergibt („kann“), sofort Klage erheben.⁶²

Unterbleibt folglich ein nach § 3a ARB bzw. § 128 S. 2 VVG gebotener und fehlerfreier Hinweis auf die Möglichkeit der Einleitung eines Gutachter-/Stichentscheids-Verfahrens, kann sich der VR nach § 128 S. 3 VVG nicht mehr auf die Ablehnungsgründe berufen. Das gilt auch, wenn der VR einen der durch

§ 3a Abs. 2 ARB gebotenen Hinweise zu den Formalien und Kosten unterlässt, da diese, wenn die ARB sie vorsehen, zum Inhalt der Hinweispflicht gehören.⁶³

Einem Unterlassen des Hinweises steht es somit gleich, wenn dieser fehlerhaft ist. Auch bei einem fehlerhaften Hinweis ist der Rechtsschutzversicherer nicht mehr berechtigt, sich auf die mangelnde Erfolgsaussicht oder Mutwilligkeit zu berufen, § 128 S. 3 VVG.⁶⁴

Die Nachholung des gebotenen Hinweises heilt das Unterlassen nicht, weil der Wortlaut des Gesetzes den Hinweis „bei Verneinung der Leistungspflicht“ oder nach früheren Klauseln mit der Ablehnung der Rechtsschutzdeckung gebietet und das auch dem Interesse des VN, sofort Klarheit über den einzuschlagenden Weg zu erlangen, entspricht.⁶⁵

F. Prüfungsschritt Nr. 6: Einwand der Mutwilligkeit

Sollten bis zu diesem Prüfungsschritt Nr. 6 zulässige und rechtzeitig geltend gemachte Einwände des Rechtsschutzversicherers gegen den arzt haftungsrechtlichen Rechtsschutzfall verbleiben, so wird das Gericht den Einwand des VR der „Mutwilligkeit“ prüfen (können).

I. Überprüfung des Einwands der Mutwilligkeit

Soweit der VR den Einwand der Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung vorbringt, ist zu sehen, dass diese Mutwilligkeit erst dann vorliegt, wenn der durch die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen voraussichtlich entstehende Kostenaufwand unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der Versicherungsgemeinschaft in einem groben Missverhältnis zum angestrebten Erfolg steht.⁶⁶

Nicht versichert sind danach nur solche Maßnahmen, die auch eine vermögende unversicherte und wirtschaftlich denkende Partei unterlassen würde; abzustellen ist dabei aber auf eine unversicherte Person, die *keine* finanziellen Rücksichten nehmen muss und von einer Interessenwahrnehmung nur Abstand nimmt, wenn der Erfolg ihre Lage nicht nennenswert verbessert oder auf einfacherem Wege erreicht werden kann oder wenn der Aufwand völlig außer Verhältnis zum Nutzen steht.⁶⁷

Sobald der VN also einen guten Grund für eine bestimmte Art und Weise seiner Rechtsverfolgung vorbringen kann, wird der VR ihm keine Mutwilligkeit unterstellen können. Hierbei ist zu sehen, dass Schadensminderungsgesichtspunkte im Rechtsschutzversicherungsrecht nur ganz eingeschränkt zu berücksichtigen sind. *Cornelius-Winkler* geht deshalb wohl zu Recht davon aus, dass sich allein aus dem Gesetz in der Rechtsschutzversicherung keine Obliegenheiten des VN ergeben können.⁶⁸

II. Mutwilligkeit und selbstständiges Beweisverfahren

Die vorerwähnten Grundsätze müssen auch für die Rechtsverfolgung des geschädigten Patienten mittels selbstständigem Beweisverfahren gelten.⁶⁹ Der Sinn und Zweck eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO ist gerade darin

- 1560 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1561 -

zu sehen, einen langwierigen und vor allem kostenintensiven Rechtsstreit der Parteien zu vermeiden (§ 485 Abs. 2 S. 2 ZPO) und mit dem Beweisergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens die Vor-

aussetzung für einen erfolgsversprechenden Güteversuch (§ 492 Abs. 3 ZPO) zu schaffen. Folglich ist die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens (anstelle eines vom Versicherer bevorzugten Klageverfahrens) im arzt haftungsrechtlichen Rechtsschutzfall mitnichten mutwillig i.S.d. §§ 128 VVG, 3a Abs. 1 b) ARB, denn dieses Verfahren „kann“ (und nur hierauf kommt es an) einen (teuren und langwierigen) Rechtsstreit vermeiden (vgl. § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO).

Die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht ist mithin weder mutwillig i.S.d. ARB noch stellt es einen Verstoß gegen § 82 VVG dar.⁷⁰

G. Prüfungsschritt Nr. 7: Einwand der fehlenden hinreichenden Erfolgsaussichten

Sollten sich für das Gericht auch jetzt noch zulässige und rechtzeitige Einwände des Rechtsschutzversicherers gegen die Erfolgsaussichten i.S.d. §§ 128 VVG, 3a Abs. 1a) ARB stellen, so wird das Gericht den Einwand des VR der „fehlenden hinreichenden Erfolgsaussichten“ prüfen (können).

I. Überprüfung des Einwands zur fehlenden hinreichenden Erfolgsaussicht

Ob hinreichende Erfolgsaussichten i.S.d. § 128 S. 1 VVG bestehen, beurteilt sich nach den zu § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO entwickelten Grundsätzen.⁷¹ Hinreichende Erfolgsaussichten liegen entsprechend § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO bereits vor, wenn der vom VN „eingenommene Standpunkt zumindest vertretbar erscheint und eine Beweisführung möglich ist.“⁷²

Vor diesem Hintergrund kommt es nach dem relevanten Maßstab des § 114 ZPO auf das Vorliegen der hinreichenden Erfolgsaussicht zum Zeitpunkt der Bewilligungsreife an.⁷³

Maßgeblich ist lediglich, ob der Standpunkt des geschädigten Patienten aufgrund seiner Sachdarstellung zum Behandlungsverlauf und zum Schadensumfang und aufgrund der ggf. bei ihm vorhandenen Unterlagen zumindest vertretbar ist. Darüber hinaus muss einzig die Möglichkeit der Beweisführung bestehen. Dabei dürfen die Anforderungen an die hinreichende Erfolgsaussicht - gerade im Arzthaftungsrecht - keinesfalls überspannt werden:⁷⁴ Vom VN und Patienten kann keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden, denn ihm fehlt die genaue Einsicht in das Behandlungsgeschehen und das nötige Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffs.⁷⁵ Zu sehen ist auch, dass im Arzthaftungsprozess der Tatrichter von sich aus („von Amts wegen“) das Behandlungsgeschehen aufzuklären und soweit wie möglich dem medizinischen Sachverständigen durch den Beweisbeschluss einen Sachverhalt vorzugeben hat. Das Arzthaftungsgericht muss selbst aktiv werden und gezielte, zur Klarstellung gebotene Fragen stellen, wenn es eine zu enge Fragestellung im Beweisbeschluss erkennt. Das Arzthaftungsgericht hat darauf hinzuwirken, dass die Beweisaufnahme auf die medizinisch wesentlichen Umstände ausgerichtet wird, und zwar sogar auch auf das vom Kl. nicht ausdrücklich angesprochene Umfeld.⁷⁶

Gerade im Medizinschadensrecht wird erst eine ausführliche Beweisaufnahme im Zivilprozess durch insbesondere Einholung von medizinischen und betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachten, Vernehmung der ärztlichen Mit- und Nachbehandler als sachverständige Zeugen, Vernehmung der Angehörigen als Zeugen, Parteivernehmung, sowie Beiziehung und Auswertung der medizinischen Unterlagen sowie Originalpatientenakten aller Mit- und Nachbehandler zeigen bzw. beweisen, dass die Schadensersatzansprüche des VN nicht nur dem Grunde nach, sondern auch der Höhe nach gerechtfertigt und vom Zivilgericht bejaht werden können.

Der BGH stellt hierzu fest, dass alle Tatfragen im Arzthaftungsrecht (insbesondere fragliche Verstöße gegen ärztliche Behandlungsstandards, ärztliche Aufklärungspflichten und Fragen zur ärztlichen Dokumentation) zwingend immer zunächst einer gerichtlichen Beweisaufnahme durch einen medizini-

schen Sachverständigen bedürfen.⁷⁷ Dies gilt auch für Kausalitätsfragen, bspw. zum groben Behandlungsfehler⁷⁸ oder zum Dokumentationsfehler.⁷⁹

Mithin besteht hinreichende Erfolgsaussicht immer dann, wenn über eine Behauptung Beweis zu erheben ist, selbst dann, wenn eine Vielzahl von Begutachtungen (Privatgutachten und gerichtliche Gutachten) bereits vorliegen, und nicht sicher davon ausgegangen werden kann, dass das Zivilgericht im Schadensersatzprozess keine weitere Beweiserhebung zu der Frage, ob und in welchem Umfang die vom Geschädigten behaupteten Schadensfolgen durch das Schadensereignis verursacht worden sind, vornimmt.⁸⁰

Folglich dürfen diesen medizinischen (und daher der Prüfung des Gerichtsgutachters obliegenden) Tatfragen (bspw. zu Verstößen gegen Behandlungsstandards, Aufklärungspflichten und Fragen zur ärztlichen Dokumentation, zu Produkt-/Arzneimittelfehlern, sowie zu Primärschäden, Schadensverläufen usw.) die hinreichenden Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht abgesprochen werden. Dies hat zur Folge, dass der Rechtsschutzversicherer diese medizinischen Tatfragen gerade nicht auf hinreichende Erfolgsaussichten abprüfen und (ganz oder teilweise) zurückweisen darf. Denn eine solche vorweggenommene Beweiswürdigung ist im Rechtsschutzdeckungsprozess unzulässig.⁸¹

- 1561 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1562 -

Diese Erwägungen gelten nicht nur für die Frage nach den hinreichenden Erfolgsaussichten zum Haftungsgrund, sondern auch zur Haftungshöhe, die insbesondere bei der haftungsausfüllenden Kausalität grundsätzlich medizinischer und/oder betriebswirtschaftlicher gutachterlicher Feststellungen bedarf. Deckung ist nach § 125 VVG i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 1 ARB in solchen Zivilrechtsfällen für die „entstandenen“ Schäden zu gewähren, d.h. für alle Ansprüche, die aus dem Schadenereignis entstanden sein könnten, maßgeblich ist dabei der Umfang der §§ 249 ff. BGB und §§ 842 ff. BGB, so dass neben dem Schmerzensgeld, dem Hinterbliebenengeld und dem Schockschaden auch alle materiellen Schäden, wie vergangene und künftige Schadensrenten bzw. Abfindung in Kapital (§ 843 Abs. 3 BGB), aufgrund Personenschadens in den Schadensersatz-Rechtsschutz fallen.⁸² Zu sehen ist bei der Bewertung der Schadenshöhe auch die Beweiserleichterung des § 287 ZPO (wonach für den Ursachenzusammenhang eine niedrigere Wahrscheinlichkeit genügt⁸³), und zwar mit Blick auf den Beschluss des OLG Frankfurt vom 8.6.2017⁸⁴, wonach bei der summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten vom Rechtsschutzversicherer vorsichtig agiert werden muss. D.h. es darf vom Rechtsschutzversicherer eine sachverständige und gutachterliche Bewertung nicht vorweggenommen werden und es muss daher auch Kostenschutz für (aus Sicht des Rechtsschutzversicherers) hohe und sogar für überhöhte Schadensersatzansprüche gewährt werden.⁸⁵ Es reicht im Zivilrecht grundsätzlich schon eine bloße Mitverursachung aus, um einen Ursachenzusammenhang zu bejahen; dies betrifft Primär- und Sekundärschäden gleichermaßen.⁸⁶

Der Rechtsschutzversicherer hat insoweit bei seiner Deckungsentscheidung zu sehen, dass der VN (und später das Gericht) die Höhe des Personenschadens frei schätzen kann und soll, wobei in Kauf genommen wird, dass die Schätzung u.U. mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt; bei Schwierigkeit

des Schadensnachweises darf ein Mindestschaden geschätzt werden, sofern hierfür wenigstens Anhaltspunkte bestehen.⁸⁷

An dieser (weil so passenden) Stelle sei nochmals der Hinweis erlaubt, dass die Thesen dieses Beitrags (insgesamt) eben nicht nur für Kostenschutzfragen zu Rechtsschutzfällen aus dem Arzthaftungsrecht gelten, sondern (entsprechend) auch für Rechtsschutzfälle aus dem Produkthaftungsrecht, dem Arzneimittelhaftungsrecht sowie dem Personenschadensrecht. Denn der Grundsatz der Waffengleichheit und die daraus resultierende geringe Darlegungslast wurde mit Beschluss des BGH v. 28.5.2019 - höchstrichterlich neu definiert,⁸⁸ und zwar über das Arzthaftungsrecht hinaus, so dass heute der Grundsatz der Waffengleichheit und die Substantiierungserleichterung grundsätzlich allen Anspruchstellern (im Medizinschadens-, Personenschadens- oder Personenversicherungsrecht) zugute kommt, von denen keine genaue Kenntnis medizinischer Zusammenhänge erwartet und gefordert werden können, da ihnen insoweit das nötige Fachwissen fehlt. Anspruchsteller sind hiernach nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen,⁸⁹ was freilich nunmehr auch für die Überprüfung des Einwands des VR der „fehlenden hinreichenden Erfolgsaussichten“ Bedeutung erlangt.

Eine Beurteilung der Erfolgsaussichten i.S.d. § 128 S. 1 VVG durch antizipierte Beweiswürdigung seitens des Rechtsschutzversicherers ist nicht statthaft und darf bei der Prüfung grundsätzlich nicht stattfinden.⁹⁰

Aus dem gleichen Grunde verfängt auch der Einwand des Rechtsschutzversicherers zur angeblichen Verjährung der Ansprüche aus dem arzthaftungsrechtlichen Rechtsschutzfall in der Regel nicht. Denn für das Verständnis der Anwendung der Verjährungsregel im Arzthaftungsrecht ist im gedanklichen Ausgangspunkt wesentlich, dass Kenntnis „von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen“, hier hinsichtlich der in Betracht stehenden Kenntnisbereiche, die Kenntnis des Haftungsschadens samt Causa, die Kenntnis der materiellen Haftung und die Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen bedeutet.⁹¹ Im Prozess ist es Sache des bekl. Arztes, zum Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorzutragen: Die Verjährungsfrist nach einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung beginnt nämlich erst zu laufen, wenn der Patient Kenntnis von Tatsachen erlangt, aus denen sich ergibt, dass der Arzt vom medizinischen Standard abgewichen ist und jene Abweichung kausal für den im Streit stehenden Primärschaden gewesen ist. Die Kenntnis vom Schaden i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB kann mithin nicht schon dann bejaht werden, wenn dem Patienten lediglich der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt ist. Denn das Ausbleiben des Erfolgs ärztlicher Maßnahmen kann in der Eigenart der Erkrankung oder in der Unzulänglichkeit ärztlicher Bemühungen seinen Grund haben. Deshalb gehört zur Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen das Wissen, dass sich in dem Misslingen der ärztlichen Tätigkeit das Behandlungs- und nicht das Krankheitsrisiko verwirklicht, wobei es hierzu nicht schon genügt, dass der Patient Einzelheiten des ärztlichen Tuns oder Unterlassens kennt. Vielmehr muss ihm aus seiner Laiensicht der Stellenwert des ärztlichen Vorgehens für den Behandlungserfolg bewusst sein.⁹²

II. „Erfolgsaussicht“ des selbstständigen Beweisverfahren

Soweit der Versicherer den begehrten Rechtsschutz bspw. für die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens wegen angeblich „fehlender hinreichender Erfolgsaussichten“ i.S.d. § 128 S. 1 VVG ablehnt, dürfte dieser Einwand bereits deshalb unerheblich sein, da sich der VR hierbei nicht auf die materiell-rechtlichen Erfolgsaussichten des Rechtsschutzfalles

an sich,⁹³ sondern einzig und allein auf die angebliche Unzulässigkeit der vom VN ausgewählten Verfahrensart stützt; mithin der Einwand der angeblich fehlenden hinreichenden Aussicht auf Erfolg i.S.d. §§ 128 S. 1 VVG, 114 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 3a Abs. 1a ARB deshalb bereits tatbestandlich nicht einschlägig sein kann, weil dieser „Einwand gegen die Verfahrensart“ hier allenfalls als Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit nach §§ 82 VVG, § 17 Abs. 1c bb ARB eingeordnet werden könnte und eben nicht als materiell-rechtlicher Einwand gegen die Erfolgsaussichten i.S.d. §§ 128 S. 1 VVG, 114 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 3a Abs. 1 a ARB.

Unabhängig davon wäre ein selbstständiges Beweisverfahren im arzt haftungsrechtlichen Rechtsschutzfall freilich i.S.d. § 485 Abs. 2 ZPO zulässig und mithin ausreichend erfolgsversprechend i.S.d. § 128 S. 1 VVG.

Die Lektüre der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung bestätigt, dass die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO in einem arzt haftungsrechtlichen Rechtsschutzfall zulässig ist. Die neue Rechtsprechung ist hier eindeutig.⁹⁴ Zu sehen ist, dass sämtliche ärztlichen Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler, Dokumentationsfehler sowie Kausalitätsfragen nunmehr zulässiger Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO sein dürfen. Denn im medizinschadensrechtlichen Prozessrecht (und mithin auch im Rechtsschutzfall) gilt es, wegen der medizinischen Umstände den Amtsermittlungsgrundsatz und das damit verbundene höchstrichterliche Waffengleichheitsgebot zum Schutz des klagenden Patienten zu beachten.⁹⁵

Bei der Beurteilung des Rechtsschutzfalls muss also im Blick behalten werden, dass das Gericht hier von Amts wegen auf eine umfassende und genaue Aufklärung des medizinischen Sachverhalts hinwirken sowie durch Prozessleitung die beweiserheblichen medizinischen Fragestellungen, auch soweit von der antragstellenden bzw. klagenden Partei nicht dargelegt, ermitteln kann bzw. muss.⁹⁶

H. Prüfungsschritt Nr. 8: Schuldhafter Verstoß gegen Obliegenheiten

Auch die gerichtliche Prüfung des Einwands angeblicher Obliegenheitsverletzungen⁹⁷ führt zu einer Reihe von „Hürden“, die der VR zunächst nehmen muss, bevor sein Einwand verfährt.

I. Vorprüfungen

Beruft sich der VR auf eine vertragliche Obliegenheitsverletzung, ist zunächst zu prüfen, ob die betreffende ARB-Klausel insoweit (noch) tragfähig ist. Den Versicherern wurde die Befugnis eingeräumt - allerdings nur bis 1.1.2009 - ihre jeweiligen AVB für Altverträge mit Wirkung zum 1.1.2009 zu ändern, soweit sie von den Vorschriften des VVG n.F. abweichen (Art. 1 Abs. 3 EGVVG). Ein solche Änderung der AVB ist aber nur wirksam, wenn sie dem VN unter Kenntlichmachung der Unterschiede in Textform (§ 126b BGB) bis spätestens 30.11.2008 mitgeteilt wurde. Hat der Versicherer von der Möglichkeit einer Anpassung keinen Gebrauch gemacht oder behauptet der VN die geänderten AVB nicht erhalten zu haben und ist kein Zugangsnachweis möglich, kann sich der VR generell nicht auf eine Obliegenheitsverletzung berufen.⁹⁸

§ 28 Abs. 4 VVG und § 17 Abs. 6 S. 5 ARB sehen vor, dass die sich auf die Verletzung einer Auskunftspflicht oder Aufklärungsobliegenheit beziehende Leistungsfreiheit des Rechtsschutzversicherers davon abhängt, dass der Rechtsschutzversicherer den VN durch eine gesonderte Mitteilung in Textform auf

diese Rechtsfolge hingewiesen hat. Die Rechtsbelehrung des VN muss also durch eine „gesonderte“ Mitteilung erfolgen. Es wird die Meinung vertreten, dass diese Mitteilung ein extra Blatt verlangt.⁹⁹

In § 17 Abs. 1, 5 und 9 ARB sind Obliegenheiten des VN geregelt, die nach dem Eintritt des Rechtsschutzfalls zu erfüllen sind. Geregelt ist jeweils der sog. objektive Tatbestand der Obliegenheit, dessen Verletzung vom VR darzulegen ist. Erst wenn die Obliegenheitsverletzung in diesem Sinne feststeht, richten sich die Rechtsfolgen nach Abs. 6 und für die Obliegenheiten nach Abs. 9 nach S. 4 und 5 dieses Absatzes. Insoweit spricht man dann bezüglich der unterschiedlichen Verschuldensformen vom subjektiven Tatbestand. Hierbei ist jeweils darauf zu achten, welche Partei die Darlegungs- und Beweislast trifft und dass die Rechtsfolgen neben der Kausalität (Abs. 6 S. 5) vom Verschuldensgrad abhängig sind.¹⁰⁰

Unverändert ist die Rechtslage, was den Beweis der Verletzung des objektiven Tatbestands der nach dem Versicherungsfall zu erfüllenden Obliegenheit anbelangt. Der Rechtsschutzversicherer muss die Verletzung des objektiven Tatbestands einer Obliegenheit durch den VN oder eine mitversicherte Person (§ 15 ARB) beweisen. Dabei gehört die Kenntnis der nach Eintritt des Versicherungsfalles mitzuteilenden Umstände zum objektiven Tatbestand der Verletzung der Anzeige- oder Aufklärungsobliegenheit. Der Rechtsschutzversicherer, der sich auf Leistungsfreiheit beruft, hat aber nicht nur die Verletzung des objektiven Tatbestands der Obliegenheit zu beweisen, sondern auch den Vorsatz des VN.¹⁰¹

Eine Zurechnung von Anwaltsverschulden scheidet aus, der Rechtsanwalt ist auch nicht Repräsentant des VN oder dessen Wissensvertreter oder Wissenserkklärungsvertreter.¹⁰²

- 1563 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1564 -

Keine Auswirkung auf den Versicherungsschutz hat - weil in der ARB-Vorschrift nicht erwähnt - eine leicht fahrlässige Obliegenheitsverletzung und auch bei vorsätzlicher Obliegenheitsverletzung kann sich der VR nicht auf diese berufen, wenn der VN nachweist, dass keine Kausalität mit dem Eintritt oder der Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfangs des Versicherungsschutzes besteht.¹⁰³

Nach (vollständiger oder teilweiser) Ablehnung des Versicherungsschutzes durch den VR bzw. mit Entscheidung oder Präklusion des VR nach Bewilligungsreife treffen den VN die Obliegenheiten grundsätzlich nicht mehr.¹⁰⁴

II. Unterrichtungsobliegenheiten (§ 17 Abs. 1 lit. b und Abs. 5 lit. a und b ARB)

Beruft sich der VR auf die Verletzung einer vertraglichen Unterrichtungsobliegenheit, dann hat er den Tatbestand darzulegen und zu beweisen.

Die sog. Unterrichtungsobliegenheiten nach § 17 Abs. 1 lit. b und Abs. 5 lit. a und b ARB sind eine besondere Ausprägung der Auskunftsobliegenheit (vgl. § 31 VVG), jedoch mit der Besonderheit, dass Abs. 5 lit. a eine Informationsobliegenheit des VN gegenüber dem Anwalt anordnet und Abs. 5 lit. b diese durch eine Auskunftsobliegenheit gegenüber dem VR flankiert. Der VN schuldet umfassende Information. Mitzuteilen sind aber nur Tatsachen, nicht Rechtsfragen.¹⁰⁵

Begehrt der VN jedoch Rechtsschutz für einen Arzthaftpflichtfall bzw. Medizinschadensfall, so richtet sich der Umfang seiner Informationspflicht, die er dem Rechtsschutzversicherer gegenüber zu erfüllen hat, freilich nur danach, welche Anforderungen an seine Darlegungs- und Substantiierungslast in dem geplanten Haftpflichtprozess zu stellen sind; insoweit ist auf die vorigen Ausführungen (im Kapitel G. I.) zu verweisen. An die Unterrichtsobliegenheiten sind daher nur maßvolle Anforderungen zu richten, weil von Patienten regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge gefordert und erwartet werden darf.¹⁰⁶ Informationen und Nachweise, die über diese maßvollen Anforderungen hinausgehen, kann der Rechtsschutzversicherer deshalb auch nicht zur Prüfung der hinreichenden Erfolgsaussicht verlangen.¹⁰⁷

Geschuldet werden vom VN in einem Arzthaftungsrechtsschutzfall nur solche Sachverhaltsinformationen, die dem VN möglich sind, nicht aber z.B. medizinische Informationen und Erkenntnisse, die letztlich dem Sachverständigenbeweis im Zivilverfahren überlassen sind.¹⁰⁸ Unterlagen über die der VN nicht verfügt oder die erst unter seiner Mitwirkung erstellt werden müssten, kann und muss der VN allerdings nicht vorlegen, so dass insoweit eine Obliegenheitsverletzung ausscheidet.¹⁰⁹

Der Rechtsschutzversicherer kann einen (schriftlichen) Beweis u.Ä. gerade nicht vom VN fordern, da bspw. die Zeugenvernehmung der Ärzte, Nachbehandler, Angehörigen, Steuerberater sowie die gerichtliche medizinische und betriebswirtschaftliche Sachverständigenbegutachtung zulässige und übliche Beweismittel im Medizinrecht/Versicherungsrecht/Zivilrecht sind.¹¹⁰

III. Schadenminderungsobliegenheiten (§ 17 Abs. 1 lit. c ARB und § 82 VVG)

Beruft sich der VR auf eine Schadenminderungsobliegenheitsverletzung, dann ist differenziert zu prüfen:

Bei den Schadenminderungsobliegenheiten ist zunächst wichtig, dass der BGH die „allgemeine“ Schadenminderungsobliegenheit des § 17 Abs. 5 lit. c cc ARB 75/2000 für unwirksam erklärte. Begründet wurde dies mit einem Verstoß gegen das Transparenzgebot, weil § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nicht nur eine möglichst klare und durchschaubare Darstellung der Rechte und Pflichten des Vertragspartners in einer für den VN verständlichen Formulierung verlange, sondern zusätzlich, dass ihm auch die wirtschaftlichen Nachteile so, wie dies nach den Umständen gefordert werden könne, vermittelt würden.¹¹¹ Dieser Gedanke ist auch für jüngere ARB-Klausel nicht unwichtig, da auch jene stets auf den Prüfstein der AGB-Kontrolle gelegt werden können und dürfen.

§ 17 Abs. 1 lit. c ARB enthält mit der Abstimmungsobliegenheit (aa) und der Kostenminderungsobliegenheit (bb) zwei vertragliche Schadenminderungsobliegenheiten, die jeweils unter dem Vorbehalt stehen, dass die Interessen des VN nicht unbillig beeinträchtigt werden dürfen. Den Maßstab für danach mögliche und zumutbare Maßnahmen bildet nach dem Zweck der Rechtsschutzversicherung, wie sich ein nicht rechtsschutzversicherter Rechtssuchender, der auf Kostenüberlegungen *keine* Rücksicht nehmen muss, in gleicher Lage verhalten würde. Die Grenze ist daher dort zu ziehen, wo sich das Verhalten des VN mit dem einer vernünftigen unversicherten Partei, bei der finanzielle Überlegungen keine Rolle spielen, nicht mehr in Einklang bringen lässt.¹¹²

Ob und inwieweit die gesetzliche Schadenminderungsobliegenheit des § 82 VVG im Rechtsschutzversicherungsrecht gilt, ist umstritten. Die wohl herrschende Meinung nimmt eine (deutlich eingeschränkte) Anwendbarkeit der Obliegenheit auch in dieser Versicherungssparte an.¹¹³ § 82 Abs. 1 VVG regelt eigentlich Obliegenheiten, die „beim Eintritt des Versicherungsfalles“ zu erfüllen sind; in der Arzthaftung ist der Rechtsschutzfall bereits durch die zugrunde liegenden Medizinschäden eingetre-

ten, vgl. § 4 ARB. *Cornelius-Winkler*¹¹⁴ und ebenso *Looschelders*¹¹⁵ gehen wohl zu Recht davon aus, dass sich allein aus § 82 VVG in der Rechtsschutzversicherung keine Obliegenheiten des VN ergeben können, es sei denn solche, die keine juris

- 1564 -

Graf/Johannes, VersR 2023, 1554-1565

- 1565 -

tischen (oder in anderen Sparten technische) Kenntnisse verlangen, bzw. jedermann einleuchten. Solche Fälle dürften in der Rechtsschutzversicherung allerdings selten sein.

Jedenfalls die beabsichtigte Rechtsverfolgung im arzt haftungsrechtlichen Rechtsschutzfall mittels eines selbstständigen Beweisverfahrens gem. § 485 Abs. 2 ZPO begründet keinen Verstoß gegen die gesetzliche oder vertragliche Schadensminderungsobliegenheit des VN (§§ 82 VVG, 17 Abs. 1 lit. c bb ARB). Zur Kostenschutzpflicht der Rechtsschutzversicherung bezüglich der Durchsetzung des Rechtsschutzfalls über ein selbstständiges Beweisverfahren ist die Rechtsprechung des OLG München zu nennen,¹¹⁶ wonach die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens in Arzthaftungssachen keinen Verstoß gegen Schadensminderungsobliegenheiten des VN in der Rechtsschutzversicherung darstellt, da das Verfahren grundsätzlich der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen „kann“.¹¹⁷

Auch greift § 82 Abs. 2 VVG (der „VN hat Weisungen des Versicherers, soweit für ihn zumutbar, zu befolgen sowie Weisungen einzuholen, wenn die Umstände dies gestatten“) im Rechtsschutzversicherungsrecht in der Regel nicht, weil es dem VR untersagt ist, dem VN „rechtsberatende Weisungen“ zu erteilen, der Rechtsschutzversicherer ist nicht zur Rechtsberatung befugt (vgl. §§ 1 ff. RDG.) und darf schon daher keine Weisungen erteilen. Allgemein gehaltene Weisungen des Versicherers, die § 82 VVG konkretisieren und nicht lediglich wiederholen, sind daher wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam.¹¹⁸

I. Fazit

Rechtsschutzversicherer können und dürfen Einwendungen gegen die Deckungsanfrage und den Rechtsschutzfall vorbringen, wobei sie (und die im Deckungsprozess tätigen Gerichte) dabei die vorgenannten Hürden im Blick behalten müssen; in vielen Fällen dringen diese Einwendungen schon gar nicht zur inhaltlichen Prüfung durch bzw. scheitern an der versicherungsnehmerfreundlichen Rechtsprechung zu § 128 VVG und § 17 ARB. Diese strenge Handhabe ist gerechtfertigt, denn der Rechtsschutzversicherer ist ein sog. „Risikoversicherer“, d.h. das Schwergewicht der Versicherungsleistung liegt in der Übernahme des Kostenrisikos, welches die Erledigung der Rechtsangelegenheit des VN in sich birgt. Mithin hat der die Versicherungsbeiträge vereinnahmende Rechtsschutzversicherer im Gegenzug die Gefahr von risikobehafteten Rechtsstreitigkeiten zu tragen. Dies liegt in der Natur des Rechtsschutzversicherers und ist seine Hauptleistungspflicht.¹¹⁹

Fußnoten

*)

Der Autor *Michael Graf* ist Fachanwalt für Versicherungsrecht und Medizinrecht, die Autorin *Gabriela Johannes* ist Rechtsanwältin, beide sind bei den Graf Johannes Patientenanwälten in Freiburg i.Br. tätig.

- 1) Sofern nicht anders benannt, beziehen sich die Verfasser stets auf die Harbauer-ARB 2010.
- 2) *Höra/Schubach*, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 5. Aufl., § 3 Prozessuale Besonderheiten Rz. 1.
- 3) *Bauer*, Deckungsprozesse in der Rechtsschutzversicherung NJW 2015, 1329.
- 4) OLG München v. 30.6.2017 - 25 U 4236/16, VersR 2017, 1516.
- 5) Dies stellt eine Präzisierung des ursprünglichen Klageantrags dar, vgl. LG München I v. 12.5.2011 - 12 O 22440/10, r+s 2014, 497.
- 6) LG München I v. 14.11.2022 - 41 O 4351/22; auch BGH v. 19.2.2003 - IV ZR 318/02, VersR 2003, 454 sowie OLG Karlsruhe v. 16.7.2019 - 9 U 11/18, BeckRS 2019, 26130 und OLG München v. 30.6.2017 - 25 U 4236/16, BeckRS 2017, 135281 bestätigen solch einen Feststellungs-klageantrag.
- 7) *Harbauer/Schneider*, 9. Aufl. 2018, § 20 ARB 2010 Rz. 11: Folgende Formulierung wird vorgeschlagen: „Es wird festgestellt, dass der Bekl. (Rechtsschutzversicherer) verpflichtet ist, dem Kl. für (beispielsweise) die außergerichtliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus dem Verkehrsunfall vom ... gegen ... bedingungsgemäßen Versicherungsschutz aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrag - Vers.-Nr. ... - zu gewähren“.
- 8) *Höra/Schubach*, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 5. Aufl., § 3 Prozessuale Besonderheiten Rz. 6.
- 9) LG München I v. 24.8.2012 - 12 O 9547/12, VersR 2014, 872.
- 10) Ein Feststellungsantrag, der typischerweise Folgendes enthält: „Es wird festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. sämtliche weiteren materiellen Schäden (wie Pflegeschäden, vermehrte Bedürfnisse nach dem 75. Lebensjahr, Rechtsanwaltskosten usw.) und - im Zeitpunkt der Einreichung dieser Klageschrift nicht vorhersehbaren - immateriellen Schäden zu ersetzen, welche diesem aus der streitgegenständlichen ärztlichen Behandlung im Hause der Bekl. (Behandlungszeitraum von ... bis ...) entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die An-

sprüche nicht aufgrund Gesetzes auf SVT oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden“.

- 11) Erklärungen (wie bspw. zur Deckungszusage bzw. zur Deckungsablehnung) des Rechtsschutzversicherers sind grds. aus Sicht des durchschnittlichen VN auszulegen, vgl. m.w.N. LG München I v. 12.5.2011 - 12 O 22440/10, r+s 2014, 497 m. Anm. *Graf*.
- 12) LG München I v. 24.8.2012 - 12 O 9547/12, VersR 2014, 872.
- 13) BeckOK VVG/*Filthuth*, 20. Ed. 1.8.2023, § 128 Rz. 14.
- 14) *Obarowski* in Langheid/Wandt, MünchKomm/VVG, 2. Teil. Systematische Darstellungen 3. Kap. Versicherungssparten 600. Rechtsschutzversicherung Rz. 401, beck-online.
- 15) *Münkel* in Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 4. Aufl. 2020, § 17 ARB 2010 Rz. 24.
- 16) LG München I v. 12.5.2011 - 12 O 22440/10, BeckRS 2011, 14491.
- 17) BGH v. 23.6.1993 - IV ZR 135/92, NJW 1993, 2369; BGH v. 29.9.2004 - IV ZR 170/03, VersR 2004, 1596; BGH v. 14.9.2005 - IV ZR 145/04, NJW 2006, 513.
- 18) M.w.N. LG München I v. 12.5.2011 - 12 O 22440/10, r+s 2014, 497 m. Anm. *Graf*.
- 19) Ausführlich und m.w.N. hierzu *Spies*, r+s 2019, 70.
- 20) *Graf*, r+s 2014, 497.
- 21) *Harbauer/Schmitt*, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 32 ff. und 48 ff.
- 22) In der Praxis führt dies dazu, dass die Gerichte nicht selten die Präklusionstatbestände des Prüfungsschritts Nr. 5 als erstes abprüfen, was durchaus sinnvoll und zulässig ist, weil die Richter mit dieser Abkürzung „das Brett bohren, wo es am dünnsten ist“.
- 23)

Harbauer/Schmitt, 9. Aufl. 2018, § 128 VVG Rz. 8.

- 24) *Harbauer/Schmitt*, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 34; *Piontek* in *Prölss/Martin*, ARB 2010, § 3a Rz. 24.
- 25) Hat der Versicherer seine Leistungspflicht wegen mangelnder Erfolgsaussichten oder wegen Mutwilligkeit verneint, kann der VN bspw. auch seinen Rechtsanwalt zur Abgabe einer begründeten Stellungnahme zu der Deckungsablehnung beauftragen (= Stichentscheid).
- 26) *Looschelders/Paffenholz*, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a Rz. 43.
- 27) *Harbauer/Schmitt*, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 55.
- 28) BGH v. 19.3.2003 - IV ZR 139/01 Rz. 15 ff., *VersR* 2003, 638 = juris; LG Nürnberg-Fürth v. 22.12.2022 - 2 O 7982/21 Rz. 43, juris m.w.N.
- 29) OLG Frankfurt v. 9.7.1997 - 7 U 210/96, *VersR* 1998, 357; *Looschelders/Paffenholz*, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a Rz. 43.
- 30) OLG Düsseldorf v. 13.9.2005 - 4 U 164/04, *VersR* 2006, 649; *Looschelders/Paffenholz*, Kommentar zu den ARB, 1. Aufl. 2014, § 3a Rz. 42.
- 31) Bsp.: „Gutachterlich ist noch zu sagen: In tatsächlicher Hinsicht besteht hier die Möglichkeit einer Beweisführung (vgl. BGH v. 20.4.1994 - IV ZR 209/92, *VersR* 1994, 1061; OLG Köln v. 13.8.1986 - 2 U 57/86, MDR 1987, 62. Bietet der VN (wie hier) zulässige Beweismittel an, wird die Möglichkeit einer Beweisführung in der Regel nicht zu bestreiten sein (vgl. *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 19). Die Haftungsvoraussetzungen können hier spätestens in einem Gerichtsverfahren bewiesen werden durch gerichtliche Sachverständigengutachten (betriebswirtschaftlich und medizinisch), Einholung der Behandlungsunterlagen (§ 142 ZPO), sachverständiges Zeugnis der behandelnden Ärzte und Angehörigen“.
- 32) Bsp.: „Das Prozessrisiko im vorliegenden Rechtsschutzfall ist unter Berücksichtigung der Gegenargumente so einzuschätzen, dass greifbare und echte Chancen eines Erfolges bestehen, da die Möglichkeit einer positiven Beweisführung im Arzthaftungsprozess besteht (vgl. BGH v. 20.4.1994 - IV ZR 209/92, *VersR* 1994, 1061; OLG Köln v. 13.8.1986 - 2 U 57/86, MDR 1987, 62)“.

- 33) *Harbauer/Bauer*, Rechtsschutzversicherung, 8. Aufl., § 18 Stichentscheid Rz. 26; *Piontek* in *Prölss/Martin*, 31. Aufl. 2021, § 3a ARB 2010 Rz. 41.
- 34) BGH v. 20.4.1994 - IV ZR 209/92, *VersR* 1994, 1061; OLG Karlsruhe v. 6.12.2016 - 12 U 106/16, *r+s* 2019, 263; OLG München v. 26.6.2019 - 25 U 4144/18 (LG München I), *BeckRS* 2019, 25335.
- 35) Vgl. dazu insb. BGH v. 19.3.2003 - IV ZR 139/01, *VersR* 2003, 638 = *juris* Rz. 11 ff. m.w.N.; s. auch BGH v. 30.4.2014 - IV ZR 47/13, *VersR* 2014, 742 Rz. 30 m.w.N.; *Jungermann*, *r+s* 2019, 263, *beck-online*.
- 36) *Harbauer/Schneider*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 17.
- 37) *Piontek* in *Prölss/Martin*, 31. Aufl. 2021, § 3a ARB 2010 Rz. 16.
- 38) *Piontek* in *Prölss/Martin*, 31. Aufl. 2021, § 3a ARB 2010 Rz. 16.
- 39) *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 13.
- 40) *Rixecker* in *Langheid/Rixecker*, *VVG*, 7. Aufl. 2022, § 128 Rz. 8 mit Verweis auf OLG Naumburg v. 7.7.2016 - 41 U 7/16, *VersR* 2017, 882; OLG Hamm v. 24.11.2010 - 2 O 451/08, *VersR* 2012, 563.
- 41) OLG Düsseldorf v. 21.9.2017 - 4 U 87/17, *VersR* 2018, 27.
- 42) OLG Köln v. 20.1.1989 - 20 U 134/88, *VersR* 1989, 359; OLG Köln v. 18.3.1997 - 9 U 142/96, *r+s* 1997, 201; sowie OLG Frankfurt v. 9.7.1997 - 7 U 210/96, *VersR* 1998, 357 sowie OLG Hamm v. 9.11.1990 - 20 U 215/89, *VersR* 1991, 806.
- 43) „Salamitaktik“: Nachdem der VN seinen Kostenschutz für den Rechtsschutzfall (schlüssig) angefragt hat, beginnt der VR scheinweise in mehreren Antwortschreiben „Rückfragen“ zu stellen; ein Schriftverkehr-„Ping-Pong“ zwischen VN und VR ist die Folge. Der VR verkennt hierbei, dass er unverzüglich, d.h. im dafür allgemein angesetzten Zeitraum von zwei bis drei Wochen, über die Deckungsanfrage hätte entscheiden müssen (*Piontek* in *Prölss/Martin*, 31. Aufl. 2021, § 3a ARB 2010 Rz. 16).

- 44) Zwei bis drei Wochen: OLG Köln v. 7.11.1991 - 5 U 50/91, r+s 1991, 419; OLG Frankfurt v. 9.7.1997 - 7 U 210/96, VersR 1998, 357; OLG Karlsruhe v. 6.12.2016 - 12 U 106/16, VersR 2017, 223.
- 45) BGH v. 19.3.2003 - IV ZR 139/01, VersR 2003, 638; BGH v. 21.5.2003 - IV ZR 327/02, VersR 2003, 1122 und der ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung, vgl. OLG Düsseldorf v. 9.5.2000 - 4 U 148/99, VersR 2001, 233; OLG Hamm v. 22.1.1999 - 20 U 168/98, VersR 1999, 1362; OLG Frankfurt v. 9.7.1997 - 7 U 210/96, VersR 1998, 357; OLG Karlsruhe v. 18.12.2003 - 12 U 97/03, NJW-RR 2004, 326.
- 46) OLG Karlsruhe v. 16.7.2019 - 9 U 11/18, r+s 2019, 705.
- 47) Vgl. so explizit: BGH v. 19.3.2003 - IV ZR 139/01, VersR 2003, 638.
- 48) *Armbrüster* in Prölss/Martin, 30. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 12a.
- 49) OLG Köln v. 7.11.1991 - 5 U 50/91, r+s 1991, 419; OLG Frankfurt v. 9.7.1997 - 7 U 210/96, NJW-RR 1997, 1386; OLG Karlsruhe v. 6.12.2016 - 12 U 106/16, VersR 2017, 223; *Piontek* in Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, § 3a ARB 2010 Rz. 16.
- 50) BGH v. 20.7.2016 - IV ZR 245/15, VersR 2016, 1184; BGH v. 30.4.2014 - IV ZR 47/13, VersR 2014, 742; BGH v. 19.3.2003 - IV ZR 139/01, VersR 2003, 638; BGH v. 21.5.2003 - IV ZR 327/02, VersR 2003, 1122.
- 51) BeckOK VVG/*Filthuth*, 20. Ed. 1.8.2023, § 128 Rz. 4.
- 52) *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 128 VVG Rz. 16 und 18.
- 53) *Piontek* in Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, § 128 VVG Rz. 5; *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 128 VVG Rz. 14.
- 54) OLG Karlsruhe v. 16.7.2019 - 9 U 11/18, r+s 2019, 705.
- 55)

Piontek in Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, § 128 VVG Rz. 5 m.w.N.; *Rixecker* in Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 128 Rz. 8.

- 56) OLG Hamburg v. 25.2.2020 - 9 U 187/19, BeckRS 2020, 2279; LG Mühlhausen v. 18.11.2022 - 6 O 234/22, BeckRS 2022, 35359.
- 57) Bsp.: „Wir können Ihnen eine Frist von mindestens einem Monat setzen, binnen der Sie Ihren Rechtsanwalt vollständig und wahrheitsgemäß über die Sachlage unterrichten und Beweismittel angeben müssen, damit dieser eine Stellungnahme gemäß Absatz 2 abgeben kann“.
- 58) BeckOK VVG/*Filthuth*, 20. Ed. 1.8.2023, § 128 Rz. 9-9a.
- 59) OLG Celle v. 22.9.2022 - 8 U 336/21, VersR 2022, 1365.
- 60) OLG Celle v. 22.9.2022 - 8 U 336/21, VersR 2022, 1365.
- 61) Bsp.: „Wenn der VN dieser Pflicht nicht nachkommt, entfällt der Versicherungsschutz endgültig“. Dieser Hinweis bzw. diese Klausel geht im Verständnis des VN nämlich fehl, denn er betrifft lediglich die Sonderregelung für den Fall, dass der Versicherer seine Leistungspflicht nach § 3a Abs. 1 ARB gegenüber dem VN unter Angabe der Gründe schriftlich verneint hat und der für den VN tätige oder noch zu beauftragende Rechtsanwalt noch weitere Informationen benötigt, um seinen Stichtentscheid i.S.d. Abs. 2 abgeben zu können; was der VN als rechtlicher Laie freilich nicht durchdringen kann (vgl. *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 57).
- 62) *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 4.
- 63) *Piontek* in Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, § 3a ARB 2010 Rz. 21.
- 64) BGH v. 20.7.2016 - IV ZR 245/15, NJW-RR 2016, 1505; OLG Dresden v. 27.9.2012 - 4 U 809/12, VersR 2013, 450; AG Düsseldorf v. 17.10.2016 - 55 C 66/16, BeckRS 2016, 21214; *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 128 VVG Rz. 13.
- 65) *Rixecker* in Langheid/Rixecker, VVG, 7. Aufl. 2022, § 128 Rz. 8 m.w.N.
- 66)

- Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 23.
- 67) *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 23.
- 68) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 47.
- 69) LG München I v. 14.11.2022 - 41 O 4351/22.
- 70) Vgl. *Graf/Schoenaich*, VersR 2017, 1505 und OLG München v. 30.6.2017 - 25 U 4236/16, VersR 2017, 1516; sowie insgesamt vertiefend zum selbstständigen Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht: *Graf/Johannes*, MedR 2022, 28; *Graf/Johannes/Schwuchow*, VersR 2020, 1355; *Graf*, VersR 2019, 596; *Bomke*, VersR 2019, 635, 637 ff.; *Graf/Werner*, VersR 2017, 913.
- 71) OLG Karlsruhe v. 2.2.2006 - 12 U 263/05, VersR 2006, 969.
- 72) *Fischer* in Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 114 Rz. 19.
- 73) LG Heilbronn v. 26.4.2023 - III 4 O 223/22, juris.
- 74) *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 17.
- 75) BGH v. 25.6.2019 - VI ZR 12/17, VersR 2019, 1372.
- 76) *Ehlers/Brogli/Gräfin von Strachwitz-Helmstatt*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2014, Kapitel 5 Zivilprozess, Rz. 688; Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, *Clausen/Schroeder-Printzen*, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung, 3. Aufl. 2020, Rz. 237, 238.
- 77) BGH v. 19.5.2020 - VI ZB 51/19, VersR 2020, 1355 m. Anm. *Graf/Johannes/Schwuchow* = VersR 2020, 1394.
- 78) BGH v. 24.9.2013 - VI ZB 12/13, VersR 2014, 264.
- 79)

- Vgl. hierzu auch OLG Köln v. 15.5.2019 - 5 W 5/19, BeckRS 2019.
- 80) OLG Karlsruhe v. 2.2.2006 - 12 U 263/05, VersR 2006, 969.
- 81) BGH v. 16.9.1987 - IVa ZR 76/86, VersR 1987, 1186.
- 82) *Harbauer/Obarowski*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 2 ARB 2010 Rz. 37 ff., 52.
- 83) Vgl. hierzu BGH v. 8.6.2004 - VI ZR 230/03, VersR 2004, 1477.
- 84) OLG Frankfurt v. 8.6.2017 - 22 W 30/17.
- 85) OLG Frankfurt v. 8.6.2017 - 22 W 30/17, r+s 2017, 549.
- 86) OLG Düsseldorf v. 12.3.2007 - 1 U 206/06, BeckRS 2007, 6461.
- 87) BGH v. 6.12.2012 - VII ZR 84/10, VersR 2013, 1401; BGH v. 29.5.2013 - VIII ZR 174/12, NJW 2013, 2584, 2586; *Greger* in *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 287 Rz. 2 f.
- 88) BGH v. 28.5.2019 - VI ZR 328/18, VersR 2020, 317.
- 89) BGH v. 28.5.2019 - VI ZR 328/18, VersR 2020, 317.
- 90) LG Stuttgart v. 12.7.2019 - 3 O 381/18, BeckRS 2019, 14940.
- 91) *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 8. Aufl. 2022, D. Verjährung Rz. 1.
- 92) OLG München v. 23.1.2014 - 1 U 2254/13, VersR 2015, 199 m. Anm. *Graf*.
- 93) *Harbauer/Schmitt*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 3a ARB 2010 Rz. 16 ff.

- 94) BGH v. 24.9.2013 - VI ZB 12/13, VersR 2014, 264; BGH v. 19.5.2020 - VI ZB 51/19, VersR 2020, 1394; BGH v. 6.7.2020 - VI ZB 27/19, VersR 2020, 1396; *Graf/Johannes/Schwuchow* MedR 2020, 1355 m.w.N. sowie *Graf/Johannes*, MedR 2022, 28 m.w.N.
- 95) Vgl. hierzu ausführlich m.w.N.: *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, 6. Aufl. 2021, Rz. S 600 ff.; *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, 8. Aufl. 2022, Kap. E., Rz. 1 bis 35.
- 96) Vgl. m.w.N. *Frahm* in *Wenzel*, *Der Arzthaftungsprozess*, Luchterhand 2012, Rz. 3788; *Geiß/Greiner* *Arzthaftpflichtrecht*, 8. Aufl. 2022, Kap. E. Prozessuale Grundsätze Rz. 6.
- 97) Nach § 17 Abs. 6 S. 1 ARB 2010 verliert der VN - bzw. die mitversicherte Person (§ 15 Abs. 2 ARB 2010; AG Köln v. 11.4.2000 - 135 C 129/00, r+s 2000, 422) - der eine der Obliegenheiten der Abs. 3, 5 vorsätzlich verletzt, vollständig seinen Versicherungsschutz. Bei grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung ergibt sich der Umfang der Leistungsfreiheit aus Abs. 6 S. 2, 4, d.h. es ist zu „quoteln“ (*Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, ARB 2010 § 17 Rz. 97).
- 98) BGH v. 12.10.2011 - IV ZR 199/10, VersR 2011, 1550; *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 95.
- 99) m.w.N. *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 124.
- 100) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 96.
- 101) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 129.
- 102) BGH v. 14.5.2003 - IV ZR 166/02, BeckRS 2003, 4932; OLG München v. 30.6.2017 - 25 U 4236/16, BeckRS 2017, 135281.
- 103) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 97.
- 104) *Piontek* in *Prölss/Martin*, 31. Aufl. 2021, § 17 ARB 2010 Rz. 17a.
- 105) *Piontek* in *Prölss/Martin*, 31. Aufl. 2021, § 17 ARB 2010 Rz. 6.
- 106)

BGH v. 25.6.2019 - VI ZR 12/17, VersR 2019, 1372 und BGH v. 8.6.2004 - VI ZR 199/03, VersR 2004, 1177.

- 107) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 38.
- 108) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 39.
- 109) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 42.
- 110) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 31.
- 111) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 46.
- 112) m.w.N. *Piontek* in *Prölss/Martin*, 31. Aufl. 2021, § 17 ARB 2010 Rz. 17.
- 113) Vgl. hierzu *Graf/Schoenaich*, VersR 2017, 1505.
- 114) *Harbauer/Cornelius-Winkler*, 9. Aufl. 2018, § 17 ARB 2010 Rz. 47.
- 115) *Looschelders*, VersR 2017, 1237, 1245.
- 116) OLG München v. 30.6.2017 - 25 U 4236/16, VersR 2017, 1516.
- 117) Vgl. auch m.w.N. *Graf/Schoenaich*, VersR 2017, 1505.
- 118) BeckOK VVG/Car, 20. Ed. 1.8.2023, § 82 Rz. 52.
- 119) BGH v. 14.4.1999 - IV ZR 197/98, VersR 1999, 706.

