

Update des Selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO

I. Einführung

Mit dem selbstständigen Beweisverfahren sieht die ZPO ein gerichtliches Verfahren vor, insbesondere zu Beweissicherungszwecken, Beweismittel zu erheben.¹ Es soll eine relativ zügige Beweissicherung ermöglichen, um der beweispflichtigen Partei auch dann eine Beweisführung bei der Durchsetzung von Ansprüchen zu ermöglichen, wenn diese verlustig zu drohen geht. Die Beweissicherung geht dann dem – nicht zwingenden – Hauptsacheverfahren voraus.

Beweisfragen aus dem Bereich des Arzthaftungsrecht können Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens sein. Dies hat der BGH immer wieder erklärt.

So viel zur Theorie!

Im Rahmen der Erarbeitung dieses Vortrags habe ich überlegt das selbstständige Beweisverfahren wohl öfter zu beantragen. Bisher war es doch eher ein ungeliebtes Stiefkind von mir so wie von den Gerichten.

Bei zahnärztlichen Streitigkeiten würde ich es präferieren, da es in der Regel schneller geht als ein Hauptsacheverfahren. Wenn außergerichtlich keine Einigung möglich gewesen ist, so habe ich es beantragt, aber nie gerne.

Denn der zahnärztliche, beweisbelastete Mandant trägt das Beweisstück im Mund und kann sich keiner Folgebehandlung unterziehen, ohne das Risiko zu haben, dass er die zuvor erfolgte fehler-

hafte Behandlung – gerade bei prothetischen Versorgungen – nicht mehr beweisen kann.

Mein Vortrag beschäftigt sich mit dem selbstständigen Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO und nicht mit dem Beweissicherungsverfahren nach § 485 Abs. 1 der ZPO.

Anmerken möchte ich, dass ich das Beweissicherungsverfahren gemäß Abs. 1 bisher noch nicht betrieben habe. Erst einmal hatte ich einen Fall, in dem dieses relevant gewesen wäre. Da drohte mein Hauptzeuge in einem Verfahren zu versterben, so dass ein Beweissicherungsverfahren möglich und sinnvoll gewesen wäre. Das Problem, das sich für mich darstellte, war jedoch, dass ich aufgrund der Diagnose des Zeugen wusste, dass er eine nur geringe Überlebenswahrscheinlichkeit von über 12 Monaten hatte und dies hätte ich so auch mitteilen müssen. Das wollte ich aber nicht, denn ich war mir nicht sicher, ob mein Zeuge diese Prognose kannte.

Mein Vortrag gliedert sich in 4 Punkten:

- Ist das selbstständige Beweisverfahren eine Alternative zum Hauptsacheverfahren?
- Welche Vor- und welche Nachteile hat es?
- In welchen Fällen ist es sinnvoll?
- Wie verhält es sich mit den Gebühren?

* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Ärztin, Fachanwältin für Medizinrecht, in der Döppelstrasse 41, 12163 Berlin.

¹ Schriftfassung eines Vortrags auf der 24. Frühjahrstagung der AG Medizinrecht vom 19. bis 20. April 2024 in Erfurt. Dabei wurde die Vortragsform beibehalten.

II. Das selbständige Beweisverfahren als Alternative zum Hauptsacheverfahren?

Früher wurde das selbständige Beweisverfahren für die Zahnarzt- bzw. Arzthaftung teilweise für unzulässig erklärt, bzw. betrachtet. Über Fragen der Zulässigkeit wurde diskutiert, über den Inhalt des Beweisbeschlusses und und und ...

Ich empfand das als ausgesprochen lästig, war doch der Diskussionsbedarf und damit ein deutlich erhöhter Aufwand im Verhältnis zum Nutzen, vorprogrammiert.

Der BGH hat einst mit seinem Beschl. v. 21.1.2003 – VI ZB 51/02 – ausgeführt, dass sich das selbständige Beweisverfahren bei der Verletzung einer Person darauf beschränkt, den Zustand dieser Person, die hierfür maßgeblichen Gründe und die Wege zur Beseitigung des Schadens, nicht jedoch die rechtlichen Fragen des Verschuldens des Arztes und der Kausalität der Verletzung für den geltend gemachten Schaden, festzustellen.

Mittlerweile hat der Bundesgerichtshof seine Auffassung jedoch geändert und lässt seit 2013 Beweisfragen in wesentlich größerem Umfang zu. So erachtet der Bundesgerichtshof es inzwischen für zulässig (Beschl. v. 24.9.2013 – VI ZB 12/13) im Wege dieses Verfahrens die maßgeblichen Gründe für einen Gesundheitsschaden festzustellen. Weiterhin können auch Fragen zum Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens sein (Beschl. v. 19.5.2020 – VI ZB 51/19). Entscheidender Maßstab aus Sicht des Bundesgerichtshofs ist es dabei, ob die Beweisfragen zur Vermeidung eines Rechtsstreits dienen können. (Beschl. v. 24.9.2013 – VI ZB 12/13, BGHZ 198, 237 Rn 18 ff.).

Stellt das selbständige Beweisverfahren eine Alternative zum Hauptsacheverfahren dar? Ich persönlich würde es nicht als Alternative bezeichnen. Alternative bedeutet die Möglichkeit zur Entscheidung zwischen zwei sich ausschließenden Handlungsmöglichkeiten im Sinne einer Entweder/Oder-Entscheidung. Dies sei dahingestellt, denn grundsätzlich kann es ein Hauptsacheverfahren entbehrlich machen, aber insbesondere kann es zur Substantiierung im Hauptsacheverfahren dienlich sein, denn sollte ein Hauptsacheverfahren nicht entbehrlich sein, da eine Einigung aufgrund des im selbständigen Beweisverfahren erstellten für den Patienten positiven Gutachtens nicht möglich ist, so können die Aussagen des Gutachtens zur Substantiierung im Hauptsacheverfahren dienlich sein. Andererseits kann der Antragsteller auch von der weiteren Verfolgung der Angelegenheit absehen. Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens ist die Vermeidung des Hauptsacheverfahrens. Das ist das, was man sich immer wieder vor Augen führen sollte.

Die Voraussetzungen des selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO sind:

- Statthaft zur Einholung eines Sachverständigengutachtens, solange kein Klageverfahren über denselben streitigen Sachverhalt anhängig ist;

- es ist gerichtet auf die Ermittlung des Zustands einer Person oder den Zustand oder Wert einer Sache bzw.
- auf die Ursache eines Personenschadens, Sachmangels oder Sachschaden und zum Kostenaufwand für die Beseitigung;
- es bedarf eines rechtlichen Interesses.

Hierbei ist noch einmal zu betonen, wie zuvor ausgeführt, dass der Bundesgerichtshof insoweit insbesondere die Frage der Ursache eines Personenschadens weit auslegt, um dem Zweck, ein Hauptsacheverfahren zu vermeiden, zu dienen.

Das rechtliche Interesse des § 485 Abs. 2 ZPO ist immer dann anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann. Dieses rechtliche Interesse ist extrem weit auszulegen. So hat der Bundesgerichtshof im bereits zitierten Beschl. v. 24.9.2013 ausgeführt, dass auch dann das Kriterium der Vermeidung eines Rechtsstreits erfüllt ist, wenn eine abschließende Klärung durch die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren nicht allein ausreichend ist, um sämtliche Problematiken zu klären, sondern weitere Aufklärungen erforderlich sind. Im Übrigen dient es ggf. auch zur Vermeidung eines Rechtsstreits, wenn die antragstellende Partei durch die Beweiserhebung Kenntnis davon erhält, dass ihre Sichtweise nicht zutreffend ist und sie daher von einem Rechtsstreit Abstand nimmt (so z.B. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 24.1.2023 – 5 W 29/22). Damit kann man schon fast sagen, dass ein rechtliches Interesse eigentlich immer gegeben ist. Insbesondere kann ein rechtliches Interesse nicht verneint werden, wenn die Antragsgegenseite vorträgt, ungeachtet des Ausgangs des Verfahrens ihre Einstandspflicht nicht anzuerkennen (BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – VI ZB 12/13).

In diesem Rahmen haben die Gerichte nicht zu überprüfen, ob die beantragten Beweisfragen zweckmäßig im Hinblick auf eine spätere Rechtsverfolgung sind (OLG Zweibrücken, a.a.O.).

Das selbständige Beweisverfahren ist quasi eine vorgezogene Beweisaufnahme. Im Arzthaftungsrecht dient das Verfahren der Erstellung eines Sachverständigengutachtens, auf dessen Grundlage die Angelegenheit außergerichtlich abgeschlossen werden kann.

An die Substantiierungspflicht im selbständigen Beweisverfahren können keine höheren Anforderungen gestellt werden, als dies im Hauptsacheverfahren der Fall ist. Die Anforderungen sind nach § 487 ZPO maßvoll. Die Anforderung an die Substantiierungspflicht ist erst dann unterschritten, wenn der Antragsteller in lediglich formelhafter und pauschaler Weise Tatsachenbehauptungen aufstellt, ohne diese zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen.

Ich habe da gerade so einen Fall. Ohne dass jemals ein Heil- und Kostenplan erstellt worden ist, wurden die Bezahlungen für die Leistungen grundsätzlich persönlich in Bar übergeben. Da die Dokumentation, was bei Zahnärzten sehr häufig anzutreffen ist, ebenfalls nicht sehr aussagekräftig ist, fällt es schwer sowohl einen Tatbestand zu erstellen als dann auch aus diesem eine rechtliche Bewertung vorzunehmen. Das Ganze ähnelt dann schon einem Ausforschungsbeweis.

Gemäß § 490 Abs. 2 ZPO erlässt das Gericht einen Beweisbeschluss. Aber was ist der Inhalt dieses Beweisbeschlusses? Die hiesige Meinung ist, dass das Gericht über die vom Antragsteller

formulierten Fragen im Rahmen des Ermessens umformulieren, präzisieren, ergänzen darf, jedoch unter der Maßgabe des vom Antragsteller vorgegebenen Beweisthemas.

Ich hätte mir das kürzlich gewünscht. Wurde doch ein Hb-Wert von 4,5 vom Antragsteller bei den Fragen vorgegeben, der jedoch nie bewiesen gewesen ist. Es wundert insofern nicht, dass das Gutachten m. E. nicht verwertbar war und damit keine außergerichtliche Einigung zu erzielen gewesen ist. Die Grundlage des erstellten Gutachtens war einfach fehlerhaft.

Eine a.A. ist, dass das Gericht allein Präzisierungen vornehmen darf, da es keine eigene Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung durchführen darf.

III. Vor- und Nachteile des selbständigen Beweisverfahrens

Die Vorteile des selbständigen Beweisverfahrens sind:

- Es ist schneller als das Hauptsacheverfahren.
- Das erstellte Sachverständigengutachten hat eine Bindungswirkung für die Parteien und ist insofern eine geeignete Entscheidungsgrundlage für die nachfolgenden Einigungsbemühungen.
- Für privat krankenversicherte Patienten ist es interessant, die keinen Zugriff auf den Medizinischen Dienst der Krankenkasse haben.
- Es hemmt die Verjährung.
- Eine Rechtsschutzdeckungszusage wird in der Regel erteilt.

Der Nachteil ist:

- Geht es wirklich schneller?
Ja, wenn ein Hauptsacheverfahren vermieden werden kann.
Nein, wenn es trotzdem in das Hauptsacheverfahren geht, denn dann werden dem Sachverständigen häufig noch weitere Fragen gestellt.
Beispiel: Antrag war am 4.5.2018; Gutachten, das erste, am 14.10.2019; Ergänzungsgutachten am 8.6.2020; Abschlussbeschluss am 11.2.2021; Klage am 11.5.2021; ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen am 9.8.2022; Termin im Winter 2024 (drei Leitzordner).

IV. Zweckmäßigkeit eines selbständigen Beweisverfahrens

Sinnvoll ist das selbstständige Beweisverfahren sicherlich dann, wenn die Streitfragen weniger rechtlicher als tatsächlicher Art sind und für deren Entscheidung daher das Fachgutachten eines Sachverständigen eine maßgebliche Bedeutung hat.

Entsprechend dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 24.9.2013 – VI ZB 12/13 – besteht im Arzthaftungsrecht eine unbeschränkte Zulassung. Das heißt, dass Fragen zum Behandlungs-

und/oder Aufklärungsfehler, sogar selbst die Frage des groben Behandlungsfehlers geklärt werden können, wie es das Hanseatische OLG mit Beschl. v. 11.10.2016 – 1 W 68/13 – interpretiert hat.

Können Fragen der Aufklärung Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO sein?

Lange Zeit war es umstritten, ob Fragen der Aufklärung Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens sein können. Dafür spricht eindeutig, dass aus § 630h BGB hervorgeht, dass sowohl Behandlungs- als auch Aufklärungsfehler ursächlich für einen Personenschaden sein können. Der BGH hat sich in seinem Beschl. v. 19.5.2020 – VI ZB 51/19, und vom 6.7.2020 – VI ZB 27/19, hierzu geäußert und erklärt, dass Aufklärungsfehler eben durchaus ursächlich für einen Personenschaden sein können und damit Fragen der Aufklärung an den Sachverständigen zugelassen sind. Ob eine Aufklärung ordnungsgemäß erfolgt ist, ist selbstverständlich eine Rechtsfrage, die dem Gericht im Hauptsacheverfahren obliegt zu beantworten, aber letztlich ist der notwendige Inhalt der Aufklärung durch den Sachverständigen mitzuteilen, das heißt, welche Risiken vorliegen, welche alternativen Behandlungsmöglichkeiten es gab. Durch die Mitteilung des Sachverständigen hierüber ist es möglich, dass die Parteien dann entscheiden, ob sie Ansprüche wegen eines Aufklärungsverschuldens weiterverfolgen möchten bzw. ob für die Behandlerseite die Möglichkeit einer vergleichsweisen außergerichtlichen Einigung besteht. Da das rechtliche Interesse weit auszulegen ist, sind Fragen zur Aufklärung zulässig. Letztlich geht es im selbstständigen Beweisverfahren um die Entlastung der Gerichte und die Vermeidung eines Rechtsstreits.

Die Frage der Zulässigkeit orientiert sich nicht an der Zweckmäßigkeit des Verfahrens.

Fraglich ist, ob Fragen zur Aufklärungsdokumentation an den Sachverständigen zulässig sind. Darüber kann man sicherlich diskutieren unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze. M.E. wären Fragen nach der ordnungsgemäßen Aufklärungsdokumentation nicht zulässig, da die Aufklärung grundsätzlich mündlich zu erfolgen hat und die Dokumentation lediglich Beweis Zwecken dient. Aber es gibt Gerichte, die eine andere Auffassung vertreten, so das OLG Zweibrücken (Beschl. v. 16.2.2021 – 5 W 43/20) oder auch das LG Rostock (Beschl. v. 1.10.2018 – 5 W 32/18).

Es sei angemerkt, dass es eher unwahrscheinlich ist, dass Fragen im Zusammenhang mit Aufklärungsfehlern im Selbstständigen Beweisverfahren voraussichtlich nicht drohen verlustig zu gehen.

Im Grunde gilt das Gleiche für die Frage des Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers, denn ohne die Bewertung des Sachverständigen kann das Gericht auch nicht die rechtliche Wertung vornehmen, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt.

V. Gebührenrechtliche Aspekte des selbständigen Beweisverfahrens

Und wie verhält es sich mit den Gebühren?

- Es fällt eine Gerichtsgebühr an.
- Es entsteht eine Verfahrensgebühr nach RVG VV 3100.

- Wenn eine außergerichtliche Einigung gelingt, so entsteht eine 1.5-Gebühr und nicht die 1.0 entsprechend dem gerichtlichen Verfahren.
- Wenn es zu einer Anhörung des Sachverständigen kommt, dann entsteht eine Terminsgebühr, die in einem späteren Hauptsacheverfahren nicht angerechnet werden würde. Damit würde diese zweimal entstehen.
- Der Streitwert wird von den Anträgen bestimmt.

Und wie sieht eine Kostenentscheidung aus?

- Grundsätzlich ergeht keine Kostenentscheidung im selbstständigen Beweisverfahren.
- Über diese wird im Hauptsacheverfahren entschieden und gelten als Kosten des Rechtsstreits.

Aber was ist, wenn es kein anschließendes Hauptsacheverfahren gibt?

- Zunächst sollte ein Antrag nach § 494 Abs. 1 ZPO auf Setzung einer Frist zur Erhebung der Klage gestellt werden.
- Wenn keine Klage innerhalb der Frist erhoben wird, dann ergeht eine Kostenentscheidung auf Antrag nach § 494 Abs. 2 ZPO.

VI. Sonstige Aspekte des selbstständigen Beweisverfahrens

Bei Rücknahme des Antrags erfolgt die Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 Satz 2, 4, Abs. 4 ZPO. Bei Zurückweisung des Antrags ergeht eine Kostengrundscheidungsentscheidung nach § 91 ZPO.

Und es gibt noch einige weiteren Dinge, die im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens angesprochen werden sollten:

Wie verhält es sich mit der Anforderung von Behandlungsunterlagen?

Muss der Antragsteller diese vorlegen oder fordert das Gericht diese an bzw. erlässt einen entsprechenden Beschluss, mit dem der Antragsteller dann die Dokumentationen anfordern kann? Muss oder darf das Gericht die Dokumentationen anfordern? M.E. ist diese Frage noch nicht höchstrichterlich geklärt.

Die Beiziehung von Behandlungsunterlagen ist dem Gericht nicht angesonnen. Der BGH hat vielmehr in seinem Beschl. v. 29.11.2016 – VI ZB 23/16 – ausgeführt, dass ein Gericht gemäß § 142 Abs. 1 ZPO Urkunden nur dann beiziehen darf, wenn dem ein schlüssiger, auf konkrete Tatsachen bezogener Vortrag der Parteien zugrunde liegt. Dies setzt aber voraus, dass das Gericht eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung des entsprechenden Vortrags der Partei vornehmen kann. Dies ist dem Gericht aber im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens verwehrt (BGH a.a.O., juris Rn 14 und 15, a.A. OLG Hamm, Beschl. v. 9.7.2019 – 26 W 8/19 unter Bezug auf § 421 ZPO).

Letztlich kann aber der Antragsteller die Dokumentation einreichen, insoweit hat dieser dann maßgeblichen Einfluss auch auf die Qualität eines Sachverständigen-Gutachtens. Ich sage immer, ein Gut-

achten kann nur so gut sein, wie es auf die Grundlagen seiner Bewertung zugreifen und diese berücksichtigen kann.

Wie verhält es sich mit Gegenbeweisfragen des Antragsgegners?

Nach § 487 Nr. 2 ZPO sind diese grundsätzlich zulässig, da dies zu umfassender Aufklärung führt und ggf. die Einigungsbereitschaft steigert, da sich der Antragsgegner „gehört“ fühlt. Was wohl der einhelligen Meinung der OLG's entspricht. Aber stets ist zu berücksichtigen, dass das Selbstständige Beweisverfahren ein Verfahren des Antragstellers ist. So ist eine Erweiterung einer Beweisfrage möglich oder eine Präzisierung des Beweisthemas. Aber nur dann, wenn keine wesentliche Verzögerung dadurch eintritt und derselbe Sachverständige zugezogen werden kann.

Warum ist das selbstständige Beweisverfahren auch von Richtern recht unbeliebt?

Das selbstständige Beweisverfahren ist deshalb recht unbeliebt, da einerseits die Wertigkeit des Verfahrens im Rahmen der Belastungsbewertung nicht einem streitigen Verfahren gleichkommt und andererseits die Richter keinen Einfluss auf das Verfahren haben und es insbesondere nicht zum Abschluss bringen können.

Es ist daher dringend anzuraten, dem Richter die Arbeit möglichst zu erleichtern, insbesondere durch die Formulierung von möglichst konkreten Beweisfragen. Dies kann ggf. auch dazu dienen, grenzwertige Fragestellungen zum Inhalt des Beweisverfahrens zu machen.

Besonderheiten der Verjährung?

Die Verjährung ist grundsätzlich mit Zustellung des Antrags an den Antragsgegner (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB) gehemmt, allerdings Rückbezug auf die Einreichung des Antrags, wenn demnächst (§ 167 ZPO) zugestellt wird.

Aber bis wann ist die Verjährung gehemmt? Beendet ist das selbstständige Beweisverfahren grundsätzlich mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung. Erfolgt dies durch ein schriftliches Gutachten, so ist dies mit der Übersendung des Gutachtens an die Parteien der Fall, wenn das Gericht keine Frist zur Stellungnahme gesetzt hat, noch die Parteien innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen dagegen haben oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen, (entsprechend BGH, Urt. v. 22.6.2023 – VI ZR 881/21, Rn 22).

Fraglich ist jedoch, ob die Hemmung das gesamte Behandlungsgeschehen betrifft, selbst wenn nur einzelne Aspekte der Behandlung moniert werden. Soweit ersichtlich, geht die obergerichtliche Rechtsprechung insoweit bislang von einem einheitlichen Behandlungsgeschehen aus, so dass auch nicht angesprochene Problematiken derselben Verjährungsfrist unterfallen wie die Problematiken, die Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens sind.

Dies betrifft jedoch nicht das Verhältnis zwischen Behandlung und Aufklärung. Insoweit hat der BGH festgestellt, dass diese zu unterschiedlichen Zeitpunkten, je nach Gestaltung des Falles, verjähren können (BGH – VI ZR 594/15 – Urt. v. 8.11.2016, Leitsatz 1).

Wenn anschließend Verhandlungen über die Länge des Selbstständigen Beweisverfahrens hinaus geführt werden, gelten §§ 239 ff. und 246 ZPO, 204 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Am Ende der Erarbeitung dieses Vortrages stellt sich das selbstständige Beweisverfahren weiterhin als ein ungeliebtes Stiefkind dar.