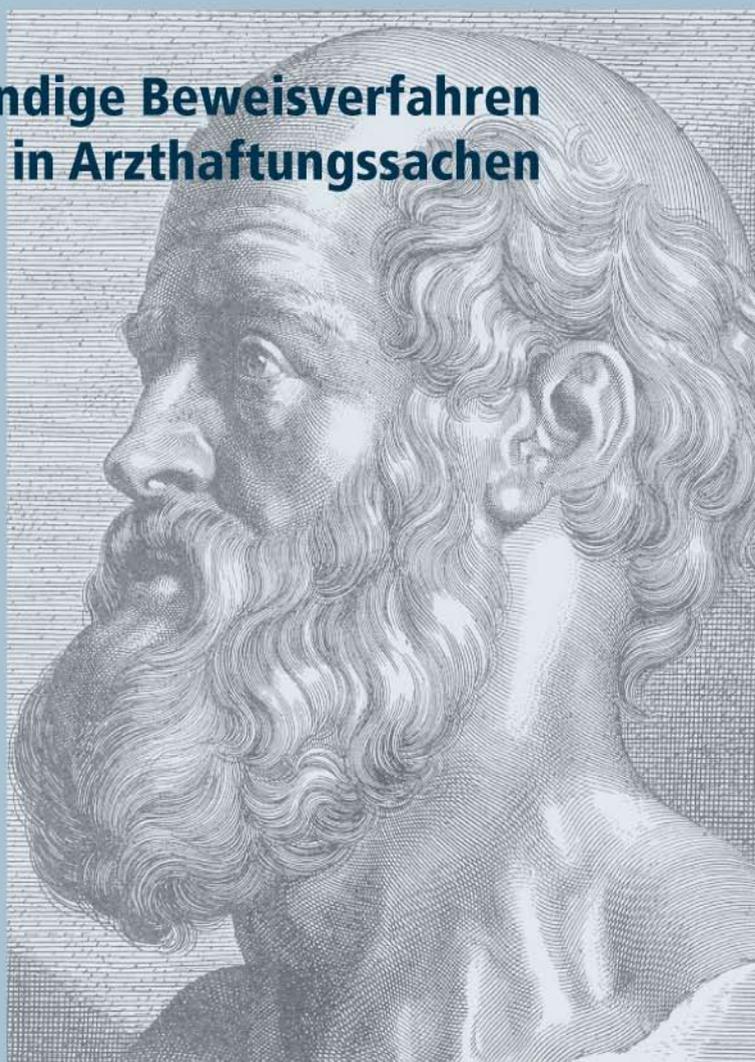


**Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag**  
Reihe: Rechtswissenschaften

**Band 54**

**Stefanie Edlbauer**

**Das selbständige Beweisverfahren  
in Arzthaftungssachen**



Stefanie Edlbauer

Das selbständige Beweisverfahren in Arzthaftungssachen. Unter Vergleich der Verschuldenshaftung nach deutschem Recht mit dem kollektiven Schadensausgleich im neuseeländischen accident compensation scheme

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaften; Band 54

Zugl. Univ.Diss., Universität Passau, Juristische Fakultät 2011

Umschlagabbildung: © Hippokrates, J. G. Lint (1867-1936)

© Tectum Verlag Marburg, 2012

ISBN 978-3-8288-5555-7

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der ISBN 978-3-8288-2916-9 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet  
[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)

**Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

*Für Rosa Bergbauer*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2011 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis Juni 2011 berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater *Prof. Dr. Wolfgang Hau*, der sich stets Zeit für meine Anliegen nahm und mich in jedem Stadium meines Promotionsvorhabens hervorragend unterstützt hat. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich *Prof. Dr. Klaus Reischl*. Auch dem Vorsitzenden meiner mündlichen Prüfung, *Prof. Dr. Hans-Georg Dederer*, sei an dieser Stelle herzlich gedankt. In den Jahren meiner Beschäftigung an seinem Lehrstuhl durfte ich wertvolle Erfahrungen sammeln, die unverzichtbar für meinen Werdegang waren und sind. Überhaupt möchte ich dem gesamten Team des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht für die sehr gute Zusammenarbeit und die angenehme Arbeitsatmosphäre danken.

Dass ich mich im Rahmen meiner Dissertation vertieft mit dem Arzthafungsrecht auseinandergesetzt habe, verdanke ich zu großen Teilen Rechtsanwältin *Dr. Marcel Vachek*. Durch die Tätigkeit in seiner Kanzlei konnte ich bei der Bearbeitung medizinrechtlicher Fälle und in der Diskussion mit ihm zahlreiche Anregungen für meine Arbeit gewinnen.

Unentbehrliche Unterstützung erfahren habe ich zudem von Seiten der *Hanns-Seidel-Stiftung*, die mich nicht nur finanziell, sondern auch ideell gefördert hat. So wurde mir im Rahmen des Promotionsstipendiums ein dreimonatiger Forschungsaufenthalt in Auckland, Neuseeland ermöglicht, der ganz wesentlich zu dem Gelingen meines Promotionsvorhabens beigetragen hat.

Entscheidenden Anteil am erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit hatte mein Mann *Dr. Benedikt Edlbauer*. Für seine konstruktive Kritik, das unermüdliche Korrekturlesen des Manuskripts, vor allem aber für sein Verständnis und seinen Rückhalt danke ich ihm von ganzem Herzen. Zu danken habe ich auch meiner Schwester *Veronika Irrgang* und meinem Bruder *Florian Irrgang* sowie meiner ehemaligen Lehrstuhlkollegin *Dr. Jana Kieselstein* für die gewissenhafte Durchsicht des Erstentwurfs der Arbeit.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen ferner *Maria Frohnhöfer*, *Maria Scherr*, *Hannah Stoffer* und *Dr. Tobias Witzigmann*. Sie alle haben mir während der Dauer der Promotion in unzähligen Gesprächen neuen Elan geschenkt.

Meine Eltern *Margit* und *Josef Irrgang*, meine Großmutter *Maria Irrgang*, mein Großvater *Xaver Bergbauer* und die ganze *Familie Edlbauer* sowie *Else Rauschmayr* und *Maria Metzner* haben mich stets in meinem Promotionsvorhaben bestärkt. Auch ihnen möchte ich aufrichtig und herzlich danken. Ich widme diese Arbeit meiner Großmutter *Rosa Bergbauer*, die immer an mich geglaubt hat und den Abschluss dieser Arbeit leider nicht mehr erleben durfte.

Gröbenzell im Oktober 2011

Stefanie Edlbauer

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	9
Einleitung .....	19
Erster Teil: Das selbständige Beweisverfahren in seiner historischen Entwicklung und heutigen Gestalt.....	27
A. Entstehungsgeschichte des selbständigen Beweisverfahrens.....	27
I. Anfänge der vorprozessualen Beweissicherung im römischen Recht .....	27
II. Beweissicherung im römisch-kanonischen Recht .....	30
III. Übernahme des Instituts der Beweissicherung in das deutsche Prozessrecht .....	32
IV. Schaffung des Beweissicherungsverfahrens .....	35
1. Adaption in der Civilprozeßordnung von 1877 .....	35
2. Weiterentwicklung bis hin zur Regelung der §§ 485 ff. ZPO a. F. ....	36
V. Einführung des selbständigen Beweisverfahrens .....	38
B. Ausgestaltung und Zielsetzung des selbständigen Beweisverfahrens .....	40
I. Einordnung des Verfahrens in das Rechtsschutzsystem.....	40
1. Zuordnung zur streitigen Gerichtsbarkeit .....	40
2. Abgrenzung zum einstweiligen Rechtsschutz.....	41
3. Anwendbarkeit außerhalb der ZPO.....	42
II. Besonderheiten der drei Regelungen des selbständigen Beweisverfahrens .....	43
1. Einvernehmliches Beweisverfahren .....	43
2. Sicherndes Beweisverfahren .....	44
3. Streitschlichtendes Beweisverfahren .....	44
III. Wirkungen des selbständigen Beweisverfahrens.....	45
1. Prozessuale Wirkungen.....	45
a) Verwertbarkeit der selbständigen Beweiserhebung im Hauptsacheprozess .....	45
b) Zuständigkeitsbegründung für und gegen den Antragsteller .....	47
2. Materiell-rechtliche Wirkung .....	48
IV. Ziele des selbständigen Beweisverfahrens .....	51
1. Entlastung der Gerichte als genereller Normzweck .....	51
2. Typenspezifische Normzwecke .....	52
a) Einvernehmliches und sicherndes Beweisverfahren .....	52
b) Streitschlichtendes Beweisverfahren .....	53
V. Anwendungspotential des streitschlichtenden Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht .....	54
1. Vorzugswürdigkeit gütlicher Streitbeilegung in Arzthaftungssachen ....	54
a) Allgemeine Zugangsbarrieren im Arzthaftungsprozess.....	54
b) Schutz der Arzt-Patienten-Beziehung als soziale Barriere.....	56
2. Geeignetheit des § 485 Abs. 2 ZPO zur Klärung von Arzthaftungsfragen.....	57

Zweiter Teil: Die grundsätzliche Zulässigkeit des streitschlichtenden Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht .....	61
C. Entwicklung der Rechtsprechung.....	61
I. Gegensätzliche Positionen bis 2003 .....	62
1. Ablehnende obergerichtliche Entscheidungen .....	62
2. Befürwortende obergerichtliche Entscheidungen .....	63
II. Grundsatzentscheidung des BGH vom 21. Januar 2003.....	66
III. Standpunkte der Rechtsprechung nach der Grundsatzentscheidung .....	68
1. Beschränkung auf tatsächliche Feststellungen.....	68
2. Bezugnahme auf Rechtsfragen unumgänglich .....	69
3. Verbot der Ausforschung.....	71
4. Schlichtungsmöglichkeit im weitesten Sinne ausreichend .....	72
5. Keine Berücksichtigung des mutmaßlichen Hauptsacheprozesses.....	72
6. Unzulässigkeit bei Komplexität .....	73
7. Bedeutung bereits eingeholter Gutachten .....	74
D. Argumentationslinien in der Literatur.....	75
I. Strikt ablehnende Haltung .....	75
1. Fehlendes rechtliches Interesse .....	75
2. Entgegenstehende Besonderheiten des Arzthaftungsprozesses .....	76
a) Beschränkung der Beweismittel als Manko .....	76
b) Gutachtenerstellung auf ungesicherter Tatsachengrundlage.....	76
c) Keine Geltung der für den Antragsteller vorteilhaften besonderen gerichtlichen Beweiserhebungspflicht .....	77
d) Unaufklärbarkeit der Verschuldensfrage .....	77
e) Beeinträchtigung der Parteinteressen .....	78
3. Allgemeine zivilprozessuale Bedenken .....	78
a) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis.....	78
b) Auswahl eines ungeeigneten Sachverständigen .....	78
c) Keine Akzeptanz eines negativen Gutachtens.....	79
II. Befürwortende Haltung ohne Einschränkungen.....	79
1. Ausgestaltung des streitschlichtenden Beweisverfahrens .....	79
a) Bloße Eignung zur Prozessvermeidung und -vorbereitung ausreichend .....	79
b) Bindungswirkung des Gutachtens .....	80
c) Beschränkung auf schriftliches Sachverständigengutachten als Vorteil.....	80
2. Wahrung der Sonderregeln in arzthaftungsrechtlichen Streitigkeiten ....	81
a) Untrennbarer Zusammenhang zwischen Mängeln und Indikationsfragen .....	81
b) Interessenlagen von Patient und Behandler.....	81
c) Objektiver Stand der Medizin durch Sachverständigen erfassbar .....	82
3. Vergleich mit Werkvertragsrecht und vorprozessualer Begutachtung ....	82
III. Unterscheidung zwischen Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit .....	83
1. Entscheidung für außergerichtliches Gutachten als Akt der Privatautonomie .....	83

2.	Überprüfbarkeit des medizinischen Standards, nicht des Verschuldens.....	85
3.	Konsequenz der Differenzierung nach der Zweckmäßigkeit.....	85
IV.	Mittelweg der herrschenden Meinung in Anlehnung an den BGH.....	86
1.	Weite Auslegung des rechtlichen Interesses.....	87
2.	Keine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung durch das Gericht.....	88
3.	Kriterien der Unzulässigkeit im Einzelfall.....	88
a)	Klärung durch anderweitige Gutachten.....	88
b)	Evidente Ungeeignetheit des Verfahrens.....	89
c)	Überflüssigkeit der Beweiserhebung.....	90
d)	Drohende Komplexität oder Verzögerung des Hauptsacheprozesses.....	91
e)	Grenze der Ausforschung.....	92
f)	Keine Beweiserhebung über Rechtsfragen.....	92
E.	Eigene Bewertung und Stellungnahme.....	95
I.	Zusammenfassung und Beschreibung des Kernproblems.....	95
1.	Sachgerechte Entscheidung für die grundsätzliche Zulässigkeit.....	95
2.	Ungeklärte Unzulässigkeit im Einzelfall.....	97
a)	Schlüsselrolle des Beweisthemas nach § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO.....	97
b)	Prozessuale Besonderheiten des Arzthaftungsverfahrens im Blickpunkt.....	98
II.	Lösungsansatz: Besinnung auf Grundkonzept und Rechtsvergleich.....	99
Dritter Teil: Die Unzulässigkeit der vorprozessualen Beweiserhebung im Einzelfall – zugleich eine rechtsvergleichende Betrachtung..... 101		
F.	Individuelle Verschuldenshaftung nach deutschem Recht.....	101
I.	System der Verschuldenshaftung.....	101
1.	Allgemeine Vorschriften als Rechtsgrundlage der Inanspruchnahme ...	101
a)	Deliktische Haftung.....	103
aa)	Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung.....	103
bb)	Bedeutungszuwachs des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.....	105
b)	Vertragliche Haftung.....	106
aa)	Rechtsnatur des Arztvertrags.....	106
bb)	Verschuldensvermutung ohne praktische Auswirkungen.....	107
c)	Quasivertragliche Haftung.....	107
2.	Einstandspflicht für schuldhaftes Handeln.....	108
a)	Begriff der Fahrlässigkeit im Arzthaftungsrecht.....	108
b)	Verquickung von erforderlicher Sorgfalt und Kausalzusammenhang.....	109
3.	Sonderregelungen als prozessuale Konsequenz.....	110
a)	Arzthaftungsbeschluss des BVerfG als Wegbereiter.....	111
b)	Beweislastverteilung nach Risikobereichen.....	111
aa)	Anscheinsbeweis.....	112
bb)	Voll beherrschbare Risiken.....	113
cc)	Dokumentationsmängel.....	113
dd)	Grober Behandlungsfehler.....	114

e)	Beweiserleichterungen im Rahmen von Aufklärungsfehlern .....	116
c)	Sonstige Modifikationen des Zivilverfahrens .....	117
aa)	Maßvolle Substantiierungspflicht auf Patientenseite .....	117
bb)	Gesteigerte Prozessleitungspflicht des Gerichts .....	118
II.	Abschied von der <i>culpa</i> -Doktrin auf dem Gebiet der Arzthaftung? .....	119
1.	Verschuldensunabhängige Haftung als allgemeine Tendenz .....	120
2.	Erosion des Arzthaftungsrechts im Besonderen .....	122
G.	Kollektiver Ausgleich im neuseeländischen <i>accident compensation scheme</i> .....	127
I.	Geschichtliche Entwicklung des Schadensabnahmesystems .....	127
II.	Grundzüge des Entschädigungsmodells .....	131
1.	Ausschluss gerichtlicher Klagemöglichkeit für Unfälle mit Personenschaden .....	131
2.	Geltungsbereich der Versicherung .....	132
a)	Sachliche Voraussetzungen .....	132
b)	Persönliche und zeitliche Voraussetzungen .....	133
3.	Leistungen der Volksunfallversicherung .....	134
4.	Organisatorische Abwicklung und Finanzierung des Modells .....	135
III.	Ausgestaltung der Volksunfallversicherung für ärztliche Behandlungsfehler .....	137
1.	ACA 1972, ACA 1982: Unzureichende Definition des <i>medical misadventure</i> .....	138
2.	ARCIA 1992: Rückkehr zur Prüfung des medizinischen Standards .....	140
3.	IPRCA 2001: Nebeneinander von <i>medical misadventure</i> und <i>treatment injury</i> .....	142
a)	Voraussetzungen des <i>medical misadventure</i> .....	143
b)	Neueinführung der Begrifflichkeit des <i>treatment for personal injury</i> ....	144
4.	IPRCAA (No. 2) 2005: Keine Verschuldensprüfung für <i>treatment injury</i> .....	145
5.	Unwägbarkeiten im Bereich iatrogenen Unfälle .....	148
IV.	Auseinanderdriften von Theorie und Praxis .....	150
1.	Fortbestehen der Nachweisprobleme im Behandlungsfehlerbereich ....	150
2.	Hoher Aufwand und geringe Zahlungen bei medizinisch indizierten Schäden .....	151
3.	Kein vollständiger Ausschluss von Klagen .....	152
4.	Verlust des präventiven Aspekts von Schadensersatz und seiner Genugtuungsfunktion .....	154
5.	Drohende Kostenexplosion und missbräuchliche Inanspruchnahme von Leistungen .....	155
6.	Glücksspiel der unterschiedlichen Behandlung von Unfall und Krankheit .....	156
H.	Vergleichende Betrachtung .....	158
I.	Festhalten am Verschuldensprinzip im Arzthaftungsrecht .....	158
1.	Aufwertung der sozialen Aufgabe des Deliktsrechts durch prozessuale Erleichterungen .....	159

2.	Schadensprävention und Sicherung des Selbstbestimmungsrechts unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit.....	160
3.	Effektiver Patientenschutz durch Koppelung mit dem Sozialrecht sowie richterliche Rechtsfortbildung.....	162
4.	Berücksichtigung der Freiheit des Arztberufs.....	164
5.	Praktikabilitätserwägungen und internationale Akzeptanz.....	166
6.	Rechtspolitische Überlegungen.....	168
II.	Konsequenzen für das streitschlichtende Beweisverfahren .....	169
1.	Einsatz vorhandener Instrumentarien anstelle eines Systemwechsels ...	169
2.	Reichweite der Beweisthemen des § 485 Abs. 2 S. 1 ZPO .....	170
a)	Gegenstand der Begutachtung bei § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO.....	170
aa)	Abweichen vom medizinischen Standard als Sorgfaltspflichtverstoß.....	170
bb)	Vorwerfbarer Behandlungsfehler als zulässiges Beweisthema....	173
cc)	Beurteilung der Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den Schaden.....	174
(1)	Grober Behandlungsfehler.....	174
(2)	Einfacher Behandlungsfehler.....	175
b)	Gegenstand der Begutachtung bei § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 3 ZPO.....	176
aa)	Begutachtung des Zustands einer Person als Augenscheinseinnahme in schriftlicher Form .....	176
bb)	Weites Verständnis des Aufwands für die Beseitigung eines Personenschadens.....	177
(1)	Möglicher Bedeutungszuwachs von § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO	177
(2)	Problematik des Schmerzensgeldanspruchs .....	178
3.	Prozessuale Besonderheiten kein Hinderungsgrund .....	180
a)	Maßgeblichkeit der sachverständigen Bewertung des Geschehens ....	180
aa)	Keine Festlegung des Standards ohne Sachverständigengutachten.....	180
bb)	Möglichkeit der Überprüfung des Gutachtens im streitschlichtenden Beweisverfahren .....	182
cc)	Aufwiegen der Beweismittelbeschränkung durch sachverständige Würdigung der Behandlungsdokumentation.....	183
dd)	Förderung der Vergleichsbereitschaft aufgrund unabhängiger Sachkunde.....	184
b)	Spannungsfeld zwischen Ausforschung und geringer Substantiierungspflicht.....	185
aa)	Unzulässigkeit der Schaffung eventueller Klagevoraussetzungen .....	186
bb)	Erforderlichkeit der konkretisierten Behauptung eines Behandlungsfehlers.....	186
cc)	Maßvolle Anforderungen an die Glaubhaftmachung .....	187
dd)	Frage nach ordnungsgemäßer Aufklärung als unzulässige Ausforschung.....	188

c) Privatautonomie trotz Prozessförderungspflichten des Gerichts .....	190
Schluss .....	193
Verzeichnis der zitierten nationalen Entscheidungen .....	199
Verzeichnis der zitierten internationalen Entscheidungen und des EGMR.....	207
Literaturverzeichnis .....	209

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
ACA 1972	Accident Compensation Act 1972 No. 43
ACA 1982	Accident Compensation Act 1982 No. 181
ACA 2001	Accident Compensation Act 2001 No. 45
ACAA	Accident Compensation Appeal Authority
ACAA 2010	Accident Compensation Amendment Act 2010 No. 1
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AIA 1998	Accident Insurance Act 1998 No. 114
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kfz-Versicherung
All ER	The All England Law Reports
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ARCIA 1992	Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act 1992 No. 13
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
ArztR	ArztRecht
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BT-Prot.	Bundestags-Protokoll
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CA	Court of Appeal

cap.	caput
Co	Company
CPO	Civilprozeßordnung
D.	Digesten
DAV	Deutscher Anwaltverein
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DGMR	Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht
d. h.	das heißt
DS	Der Sachverständige
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EGZPO	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung
Eng	England
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
f. / ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote(n)
GesR	GesundheitsRecht
GG	Grundgesetz
HC	High Court
Hg.	Herausgeber
HL	House of Lords
HWS	Halswirbelsäule
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRCA 2001	Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act 2001 No. 49
IPRCAA (No. 2) 2005	Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Amendment Act (No. 2) 2005 No. 45
IPRCAA 2008	Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Amendment Act 2008 No. 46
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter

JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
L.	Lex
L. Aq.	Lex Aquilia
LG	Landgericht
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Ltd	Limited
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenversicherung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-aktuell	Neue Juristische Wochenschrift aktuell
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NJW Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial
No.	Numero
Nov.	Novelle
Nr.	Nummer(n)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report
NZAR	New Zealand Administrative Reports
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZ Law Review	New Zealand Law Review
NZLJ	New Zealand Law Journal
NZLR	New Zealand Law Reports
NZ Recent Law Review	New Zealand Recent Law Review
NZ Universities Law Review	New Zealand Universities Law Review
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OLGR	OLGReport
PatG	Patentgesetz
RebelsZ	Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer(n)

re	in Sachen
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RPflVereinfG	Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz
RuP	Recht und Politik
RuS	Recht und Schaden
S.	Seite(n)
sBV	selbständiges Beweisverfahren
SC	Supreme Court
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Schuldrechts- modernisierungsG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
Scot	Scotland
SG	Sozialgericht
SGB V	Fünftes Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
Übers.	Übersicht
v	versus
v. Chr.	vor Christus
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vor. / Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheits- recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVgIRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
Zweites SchadÄndG	Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Einleitung

„Nach verbreitet gewonnener Erkenntnis steht und fällt die Verwirklichung des materiellen Rechts und die Qualität der Rechtsprechung auf dem Gebiet der Arzthaftung mit der Art und Weise der Handhabung des prozessualen Instrumentariums.“<sup>1</sup>

Ärztliche Haftpflichtfragen haben Hochkonjunktur<sup>2</sup>, es herrscht eine wahre Anspruchsflut<sup>3</sup>. Allein im Jahr 2009 schätzte der Marburger Bund die Zahl der Verfahren auf rund 40.000.<sup>4</sup> Dies bietet Anlass, über alternative Konfliktlösungsmodelle nachzudenken, um der Entwicklung hin zur „Arzthaftpflicht in der Krise“<sup>5</sup> entgegenzuwirken.<sup>6</sup> Es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung in Arzthaftungssachen derzeit existieren und wie das selbständige Beweisverfahren in diesen Kontext einzuordnen ist.

Die Idee der vorprozessualen Konfliktvermeidung ist nicht neu, sondern bewegt die Rechtswissenschaft seit Jahrzehnten. Bereits 1977 löste die von Rechtssoziologen veranstaltete Tagung „Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht“ erstmals eine Debatte darüber aus.<sup>7</sup> In der

---

<sup>1</sup> Zitat nach *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 375.

<sup>2</sup> Siehe *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 112 Rdnr. 2. *Brüggemeier*, Deliktsrecht, 1986, S. 385 stellte schon im Jahr 1986 fest, die Prozessquote in Arzthaftpflichtsachen sei „überproportional hoch“.

<sup>3</sup> Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rdnr. 585.

<sup>4</sup> Eine einheitliche Darstellung der Zahl vermuteter oder tatsächlich nachgewiesener medizinischer Behandlungsfehler gibt es in Deutschland bislang nicht. Die Schätzung basiert auf den Daten der ärztlichen Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) sowie der Haftpflichtversicherer der Ärzteschaft und der Statistik der Gerichte in Zivilsachen. Letztere weist erstmals seit dem Berichtsjahr 2004 die Erledigungszahlen in Arzthaftungssachen aus, vgl. zu der aktuellen Auswertung *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, R 2.1. für das Berichtsjahr 2009.

<sup>5</sup> So lautete das Thema des 3. Kölner Medizinrechtstags, der sich am 1. Oktober 2010 mit der steigenden Zahl geltend gemachter Ersatzansprüche gegen Ärzte und Krankenhausträger beschäftigte, vgl. den Veranstaltungsbericht von *Schmitz-Luhn*, NJW-aktuell 44/2010, S. 18.

<sup>6</sup> Dies deckt sich mit der Vorgabe des BVerfG aus jüngerer Zeit, der Gesetzgeber sei nicht gehalten, nur kontradiktorische Verfahren vorzusehen. Er könne auch Anreize für eine einverständliche Streitbewältigung schaffen, um etwa die Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden zu fördern oder die staatlichen Gerichte zu entlasten, vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 1073.

<sup>7</sup> Siehe *Blankenburg/Klaus/Rottleuthner*, Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980. Im Herbst 1981 fand auf Einladung des Bundesjustiz-

Folgezeit wurden die verschiedenen Methoden außergerichtlicher Streitbeilegung unter dem Stichwort „Schlichten ist besser als Richten“<sup>8</sup> wiederholt erörtert.<sup>9</sup> Stets genannte Motive waren dabei – neben der Entlastung der Gerichte<sup>10</sup> – Zeit- und Kostenvorteile, der Abbau von Zugangsbarrieren sowie die Grenzen, die einem Urteil bei der Konfliktverarbeitung gesetzt sind.<sup>11</sup> Auch wenn die alternative Streitschlichtung früh als Ergänzung zur Justiz begrüßt wurde<sup>12</sup> und heute zum Teil als Notwendigkeit propagiert wird<sup>13</sup>, bedarf ihre Eignung speziell für Arzthaftungssachen einer kurzen Erläuterung.

---

ministeriums eine Arbeitstagung über „Alternativen in der Ziviljustiz“ statt, deren Ergebnisse der Tagungsband *Blankenburg/Gottwald/Strempel*, Alternativen in der Ziviljustiz, 1982 zusammenfasst. Es folgte eine zweite Arbeitstagung im Dezember 1982, die sich schwerpunktmäßig mit dem Prozessvergleich beschäftigte, daneben aber weiterführende Überlegungen zur Streitschlichtung erarbeitete, die in *Gottwald/Hutmacher/Röhl/Strempel*, Der Prozessvergleich, 1983 veröffentlicht sind.

<sup>8</sup> Diese mittlerweile gebräuchliche Aussage wurde erstmals im November 1983 als Titel einer Informationsbroschüre des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung verwendet.

<sup>9</sup> Aus der umfangreichen Aufsatzliteratur sei exemplarisch auf *Prütting*, JZ 1985, 261; *Wagner*, JZ 1998, 836; *Hager*, JZ 1998, 1158; *Stadler*, NJW 1998, 2479; *Katzenmeier*, ZfP 115 (2002), 51; *Greger*, NJW 2007, 3258; *Ortloff*, NJW 2008, 2544; *Knauss*, ZRP 2009, 206; *Trenczek*, DS 2009, 66; *Ulrich/Vogt*, DS 2009, 217 und *Stubbe*, SchiedsVZ 2009, 321 verwiesen. In Monografien haben sich beispielsweise *Preibisch*, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, 1982; *Breidenbach*, Mediation, Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995; *Gottwald/Strempel*, Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung, 1995 und *Hager*, Konflikt und Konsens. Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen Streitschlichtung, 2001 mit der Thematik auseinandergesetzt.

<sup>10</sup> Im Jahr 1979 ordnete *Benda*, der damalige Präsident des BVerfG, auf dem Deutschen Richtertag die Rechtsgewährung als „ein knappes Gut“ ein. *Stadler*, NJW 1998, 2479 merkt in diesem Zusammenhang kritisch an, „allein das Diktat leerer Kassen gepaart mit anstehenden personalintensiven Aufgaben“ sei ausschlaggebend für den Bedeutungszuwachs der konsensualen Streitbeilegung gewesen.

<sup>11</sup> Vgl. zu diesen rechtssoziologischen Motiven *Katzenmeier*, NJW 2008, 1116, 1117, demzufolge es ein altes Anliegen der Sozialwissenschaften ist, dass an die Stelle der Streitentscheidung durch die Justiz eine „echte Konfliktlösung“ tritt, welche zu den tieferliegenden Ursachen vordringt und eine Verständigungsmöglichkeit zwischen den Streitenden aufzeigt.

<sup>12</sup> Diese Einschätzung gab *Prütting*, JZ 1985, 261, 271 vor rund 25 Jahren ab.

<sup>13</sup> Siehe *Hager*, Fn. 9, S. 40, der sich für ein rechtlich geordnetes Modell der alternativen Streitschlichtung ausspricht.

Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient<sup>14</sup> wird zwar zunehmend verrechtlicht, ist jedoch „weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung“<sup>15</sup>. So konstatierte bereits *Eberhard Schmidt*, dass es in den sittlichen Beziehungen der Menschen untereinander verankert ist und sich nur da in einer gerade auch für die gesundheitliche Betreuung des Patienten förderlichen Weise entfaltet, wo eben diese sittlichen Momente von Mensch zu Mensch es tragen und seinen Gehalt bestimmen.<sup>16</sup> Arzt und Patient befinden sich in einer „asymmetrischen Partnerschaft“<sup>17</sup>, die besonderes Vertrauen erfordert und meist über lange Jahre hinweg gewachsen ist. Rollenspezifisch betrachtet handelt der Arzt als *professional* und der Patient kommt als der oft existentiell berührte Hilfesuchende auf ihn zu.<sup>18</sup> Stehen sich die beiden ungleichen Partner nun vor Gericht gegenüber, führt ihr prozessualer „Kampf ums Recht“<sup>19</sup> zwangsläufig zur Zerstörung ihrer intimen Verflechtung. Aus diesem Grund erscheinen alternative Wege der Konfliktlösung auf dem Gebiet der Arzthaftung besonders attraktiv.

Bei einem Blick auf die Instrumente der außergerichtlichen Streitbeilegung in Arzthaftungssachen sind zunächst die ärztlichen Schlichtungsstellen und Gutachterkommissionen zu nennen.<sup>20</sup> Seit Gründung der ers-

---

<sup>14</sup> Soweit in dieser Arbeit auf „den Arzt“ oder „den Patienten“ Bezug genommen wird, steht dies als allumfassendes Synonym auch für die Ärztin und die Patientin. Entsprechendes gilt für den Begriff Kläger und Beklagter, Antragsteller und Antragsgegner sowie Richter.

<sup>15</sup> So das BVerfG in seinem grundlegenden Beschluss zu Fragen des Arzthaftungsprozesses vom 25. Juli 1997, BVerfGE 52, 131, 169 f. unter Verweis auf *Eberhard Schmidt*.

<sup>16</sup> *Eberhard Schmidt*, in: *Ponsold*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1950, S. 2.

<sup>17</sup> So *Katzenmeier*, Fn. 1, S. 9.

<sup>18</sup> Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Fn. 3, Rdnr. 5.

<sup>19</sup> Diese vielzitierte Begrifflichkeit geht auf *von Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, 1872 zurück.

<sup>20</sup> Von den zahlreichen Aufsätzen in diesem Bereich sind hervorzuheben *Doms*, NJW 1981, 2489; *Bodenburg/Matthies*, VersR 1982, 729; *Eberhardt*, NJW 1986, 747; *Schlund*, in: *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch*, *Die Entwicklung der Arzthaftung*, 1997, S. 333; *Stegers*, ZMGR 2006, 49; *Katzenmeier*, in: *Geschäftsführender Ausschuss der ARGE Medizinrecht im DAV*, *Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen*, 2008, S. 201. Eine ausführliche Darstellung bieten etwa *Henschel*, *Aufgabe und Tätigkeit der Schlichtungs- und Gutachterstellen für Arzthaftpflichtstreitigkeiten*, 1980; *Matthies*, *Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben*, 1984; *Weizel*, *Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen*, 1999; *Meurer*, *Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen – unter besonde-*

ten Schlichtungsstelle vor nunmehr rund 35 Jahren<sup>21</sup>, existieren in Deutschland mittlerweile neun derartige Einrichtungen, die zwar bei den Ärztekammern angesiedelt, organisatorisch jedoch von ihnen getrennt sind.<sup>22</sup> Sie werden trotz ursprünglich unterschiedlicher Verfahrensabläufe von den gemeinsamen Prinzipien der Freiwilligkeit, Gebührenfreiheit und Unverbindlichkeit geleitet.<sup>23</sup> Ziel ihrer Arbeit ist die erleichterte Durchsetzung begründeter Ansprüche einerseits und die Zurückweisung unbegründeter Ansprüche andererseits. Dabei werden in der Praxis nicht nur Behandlungsfehler und hieraus resultierende Gesundheitsschäden, sondern auch Aufklärungspflichtverletzungen und deren Folgen überprüft.<sup>24</sup> Obwohl sie dem Gang vor Gericht nicht als zwingende Prozessvoraussetzung vorgeschaltet sind<sup>25</sup>, verzeichnen diese Institutionen hohe Zulauf- und Erfolgsquoten.<sup>26</sup> Ihnen wurde und wird dennoch oftmals die Gretchenfrage nach ihrer Objektivität gestellt<sup>27</sup>, wobei die Antwort hierauf in jüngerer Zeit positiv ausfällt.<sup>28</sup>

---

rer Berücksichtigung der Arbeit der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern, 2008; *Deutsch/Spickhoff*, Fn. 3, Rdnr. 567 ff.

<sup>21</sup> Die erste Schlichtungsstelle wurde im April 1975 von der Landesärztekammer Bayern gegründet, die seit dem Jahr 2000 als Gutachterkommission betrieben wird. Weiterführend *Meurer*, Fn. 20, S. 16 f.

<sup>22</sup> Vgl. *Stegers*, ZMGR 2006, 49, 50 mit tabellarischer Übersicht der Aufgaben von Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen auf S. 53.

<sup>23</sup> Während *Weizel*, Fn. 20, S. 21 noch festhält, dass sich die Verfahrensabläufe aufgrund der landesspezifischen Ausgestaltung der den Verfahren zugrundeliegenden Satzungen und Vereinbarungen teilweise erheblich voneinander unterscheiden, kommt *Meurer*, Fn. 20, S. 18 zu dem Ergebnis, die Unterschiede in ihrer Benennung seien kaum noch begründet, da sich die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen in ihrer Konzeption immer mehr angeglichen haben. Näher zu den hier genannten Prinzipien *Weizel*, Fn. 20, S. 21.

<sup>24</sup> Vgl. *Katzenmeier*, in: *Geschäftsführender Ausschuss der ARGE Medizinrecht im DAV*, Fn. 20, S. 201, 203.

<sup>25</sup> Siehe etwa OLG Naumburg OLG Naumburg 2001, 321. Das Schlichtungsverfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen stelle eine freiwillige Möglichkeit dar, die eine Inanspruchnahme der Gerichte nicht hindere.

<sup>26</sup> Die Antragszahl hat sich seit dem Jahr 2004 auf einem Niveau von 10.000 bis 11.000 Anträgen pro Jahr eingependelt; die Zahl der Erledigungen ist seit dem Jahr 2004 deutlich angestiegen. Insgesamt wird gut ein Viertel aller vermuteten Arzthaftungsfälle durch die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen überprüft. Eine ausführliche statistische Auswertung findet sich bei *Meurer*, Fn. 20, S. 51 ff.

<sup>27</sup> So *Eberhardt*, NJW 1986, 747, 749. Zweifelnd äußerte sich ursprünglich unter anderem die *ARGE Rechtsanwälte im Medizinrecht*, siehe *Makiol/Radermacher/Ratajczak/Schwarz-Schilling/Stegers*, Gutachterkommissionen und Schlichtungs-

Eng verwandt mit der Option, sich an eine Schlichtungsstelle oder Gutachterkommission zu wenden, ist die Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) nach § 66 SGB V.<sup>29</sup> Allerdings sieht sich dieser oft dem Vorwurf mangelnder Neutralität ausgesetzt, denn als Gutachter agieren überwiegend angestellte Fachärzte.<sup>30</sup> Seit dem 1. Januar 2000 sind die gesetzlichen Krankenkassen zudem gemäß § 65b SGB V verpflichtet, Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung zu schaffen, weshalb es inzwischen zahlreiche Stellen dieser Art gibt. Sie erteilen jedoch nur allgemeine Hinweise zur Vorgehensweise bei ärztlichen Behandlungsfehlern.<sup>31</sup> Schiedsgerichtliche Verfahren gemäß §§ 1025 bis 1066 ZPO spielen im Verhältnis von Arzt und Patient keine Rolle.<sup>32</sup> Ihnen wird vielmehr bei der Auseinandersetzung von ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaften zunehmend Bedeutung beigemessen.<sup>33</sup>

Das obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO in Verbindung mit der jeweiligen landesgesetzlichen Regelung<sup>34</sup> kommt wegen

---

stellen 1990, S. 1 f, die Gütestellen als „trojanische Pferde“ bezeichnete. Kritisch auch *Gottwald*, WM 1998, 1257, 1261 f.

<sup>28</sup> Vgl. nur *Ulsenheimer* in: *Laufs/Kern*, Fn. 2, § 113 Rdnr. 15 ff, der unter anderem die Unabhängigkeit, Neutralität und Integrität ihrer Mitglieder anführt. Vertiefend *Meurer*, Fn. 20, S. 88 ff.

<sup>29</sup> Nach *Krauskopf*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, 2010, SGB V § 66 Rdnr. 2 ist die am 1. Januar 1989 in Kraft getretene Regelung im Interesse der Versicherten erforderlich, da aufgrund einer übermäßigen Technisierung und damit einhergehenden Spezialisierung und Arbeitsteilung im Gesundheitswesen Behandlungsfehler nicht auszuschließen seien.

<sup>30</sup> Einen Überblick über die Tätigkeit, Organisationsstruktur und haftungsrechtliche Verantwortung des MDK bietet *Sikorski*, MedR 2001, 188.

<sup>31</sup> Nach *Höfler*, in: *Leitherer*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 2010, SGB V § 65b Rdnr. 2 sollen nur solche Organisationen gestärkt werden, die neutral und unabhängig beraten.

<sup>32</sup> Unabhängig davon fallen sie nach *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51, 65 f. nicht in die engere Kategorie echter Alternativen zur Justiz, da sie gesetzlich ausdrücklich anerkannt sind und sich den staatlichen Gerichten stark angenähert haben. Der wesentliche Unterschied bestehe darin, dass statt eines staatlichen ein von den Parteien bestimmter Richter entscheide.

<sup>33</sup> Vgl. *Dahm*, ZMGR 2009, 198. Ausführlich zu dieser Thematik *Möller*, MedR 2009, 119 und *Griebau*, in: *Geschäftsführender Ausschuss der ARGE Medizinrecht im DAV*, Fn. 20, S. 743.

<sup>34</sup> So etwa in Baden-Württemberg das Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung (SchlG); in Bayern das Bayerische Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung

seiner Begrenzung auf den Bagatellbereich kaum als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung zum Tragen, da Arzthaftungssachen in der Regel einen hohen Streitwert aufweisen<sup>35</sup>. Auch die mit dem ZPO-Reformgesetz<sup>36</sup> eingeführte Regelung, der mündlichen Verhandlung gemäß § 278 Abs. 2 ZPO grundsätzlich eine Güteverhandlung voranzustellen, hat sich in der Praxis bislang wenig ausgewirkt.<sup>37</sup> Selten genutzt wird die mit demselben Gesetz geschaffene Möglichkeit, den Prozess nach § 278 Abs. 5 S. 2, 3 ZPO unter Verweisung auf ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren zum Ruhen zu bringen.<sup>38</sup> Unabhängig davon haben neuerdings verschiedene Bundesländer Modellversuche zum Zweck einer gerichtswegalternativen Streitbeilegung gestartet. So erwies sich in Bayern beispielsweise das Modell der Güterichter als sehr erfolgreich.<sup>39</sup>

---

gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften (BaySchlG); in Brandenburg das Gesetz zur Einführung einer obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung im Land Brandenburg (BbgSchlG); in Hessen das Gesetz zur Regelung der außergerichtlichen Streitschlichtung (HSchlichtG); in Nordrhein-Westfalen das Gesetz über die Anerkennung von Gütestellen im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung und die obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen (GüSchlG NRW); in Rheinland-Pfalz das Landesgesetz zur Ausführung des § 15a des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (LSchlG); im Saarland das Gesetz zur Ausführung des § 15a des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung und zur Änderung von Rechtsvorschriften (LSchlG); in Sachsen-Anhalt das Schiedsstellen- und Schlichtungsgesetz (SchStG); in Schleswig-Holstein das Gesetz zur Ausführung von § 15a des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (LSchliG).

<sup>35</sup> Siehe hierzu *Bergmann/Wever*, Die Arzthaftung, 2009, S. 183, denenzufolge der Streitwert überwiegend die Grenze von EUR 5.000 überschreitet.

<sup>36</sup> Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001, BGBl. I, S. 1887, das am 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist.

<sup>37</sup> Dennoch spricht *Knauss*, ZRP 2009, 206 in der Überschrift seines Beitrags von einem „Zwang“ zur gütlichen Einigung. Allgemein zur Güteverhandlung *Foerste*, NJW 2001, 3103 und zu deren Bedeutung im Arzthaftungsrecht *Gehrlein*, VersR 2002, 935.

<sup>38</sup> Siehe *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, 2006, S. 84 ff. Danach gaben 86 Prozent der Amtsrichter und 81 Prozent der Richter an Landgerichten an, noch nie einen solchen Vorschlag gemacht zu haben.

<sup>39</sup> Vgl. *Greger*, NJW 2007, 3258, dort insbesondere Fn. 2. Auch *Nistler*, JuS 2010, 685, 688 möchte das Bewusstsein für gerichtsweginterne Mediation schärfen, welches schon *Wassermann*, NJW 1998, 1685, 1686 eingefordert hat.

Im US-amerikanischen Recht haben in jüngerer Zeit neue Konfliktlösungsmöglichkeiten an Gewicht gewonnen, die unter dem Begriff *alternative dispute resolution* (ADR) zusammengefasst werden.<sup>40</sup> So steht etwa der Weg der *early neutral evaluation* offen, bei der in einem frühen Stadium des Streits ein Dritter ohne Entscheidungsgewalt hinzugezogen wird. Diesem obliegt die Aufgabe, den Konflikt neutral zu beurteilen und konkrete Vorschläge zu dessen Beilegung zu machen.<sup>41</sup> Auch in Deutschland nimmt man ADR-Techniken seit den 90er Jahren vermehrt zur Kenntnis, wobei das Hauptaugenmerk auf die Mediation gelegt wird.<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang ist wiederum der bereits erwähnte § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO zu berücksichtigen, welcher dem Richter die Möglichkeit gibt, den Parteien ein außergerichtliches Mediationsverfahren vorzuschlagen.<sup>43</sup>

Allerdings erscheint dieses Vorgehen, das auf eine Verbesserung der Kommunikation zwischen den Streitenden abzielt, in Arzthaftungssachen wenig sinnvoll. Denn meist strebt der Patient einen finanziellen Ausgleich für infolge eines Behandlungsfehlers erlittene Körperschäden an, der keine effektivere Verständigung der Parteien, sondern ein medizinisches Sachverständigengutachten erfordert.<sup>44</sup>

Die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen ist demgegenüber ein zentrales Element des selbständigen Beweisverfahrens. Nach § 485 Abs. 2 ZPO stellt sie das einzig zulässige Beweismittel dar, wenn das Verfahren außerhalb eines anhängigen Rechtsstreits durchgeführt wird. Im Bereich der konsensualen Konfliktlösung nimmt das selbständige Beweisverfahren eine Sonderstellung ein. Es ist kein klassisches Instrument außergerichtlicher Streitbeilegung, sondern eine „flankieren-

---

<sup>40</sup> Darauf wies bereits *Hager*, JZ 1998, 1158 hin. Die verschiedenen Ausgestaltungen der ADR beschreibt *Hay*, US-amerikanisches Recht, 4. Aufl. 2008, S. 78.

<sup>41</sup> Näher hierzu *Hilber*, BB-Beilage Nr. 2 (zu BB 2001, Heft 16), 22, 24 ff. Ausführlich zur *early neutral evaluation* auch *Rothhaupt*, Die außergerichtliche Streitbeilegung durch Entscheidung eines neutralen Dritten, 2008, S. 109 ff.

<sup>42</sup> Im September 2008 setzte sich etwa der 67. Deutsche Juristentag in Erfurt mit der Thematik „Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?“ auseinander. Einen Ausblick auf die Tagung gibt *Ortloff*, NJW 2008, 2544. Mittlerweile wurde auch eine europäische Mediationsrichtlinie eingeführt, genauer hierzu *Sujecki*, EuZW 2010, 7. Mit der richterlichen Mediation im Lichte der Amtshaftung beschäftigt sich *Matthies*, in: *Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz*, Medizin und Haftung, 2009, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, S. 869.

<sup>43</sup> Vgl. *Greger*, NJW 2007, 3258, 3260.

<sup>44</sup> So *Katzenmeier*, NJW 2008, 1116, 1118.

de Maßnahme im Bereich des Verfahrensrechts“<sup>45</sup>. Nur das streitschlichtende Beweisverfahren gemäß § 485 Abs. 2 ZPO wird stets vor Anhängigkeit des Hauptsacheprozesses durchgeführt. Das einvernehmliche und das sichernde Beweisverfahren im Sinn von § 485 Abs. 1 ZPO ermöglichen hingegen sowohl außerhalb als auch während eines Streitverfahrens eine vorsorgliche Beweiserhebung.

Gleichwohl soll jedes selbständige Beweisverfahren der Prozessvermeidung dienen, § 492 Abs. 3 ZPO. Dieses Potential wurde bislang zu wenig ausgeschöpft. Zwar führte *Prütting* bereits im Jahr 1985 aus, das Beweissicherungsverfahren, aus dem sich das selbständige Beweisverfahren entwickelt hat<sup>46</sup>, könne als richterliches Vorverfahren eine Alternative zum Prozess darstellen.<sup>47</sup> Doch im weiteren Diskussionsverlauf über außergerichtliche Streitbeilegungsmethoden wurde dem kaum Bedeutung beigemessen.<sup>48</sup> Dabei eignet sich das selbständige Beweisverfahren insbesondere für die einvernehmliche Klärung von Schadensersatzstreitigkeiten, die einem Mediationsverfahren in der Regel kaum zugänglich sind.<sup>49</sup>

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung soll daher sein, welche Rolle dem selbständigen Beweisverfahren gerade im Arzthaftungsrecht zukommt. Hierfür muss man sich zunächst seine geschichtliche Entwicklung und heutige Ausgestaltung vor Augen führen (Erster Teil). Anschließend wird die grundsätzliche Zulässigkeit des streitschlichtenden Beweisverfahrens in Arzthaftungssachen diskutiert, die lange Zeit umstritten war (Zweiter Teil). Einen letzten großen Komplex bildet die rechtsvergleichende Betrachtung der deutschen Verschuldenshaftung und des kollektiven Schadensausgleichs im neuseeländischen *accident compensation scheme*. Diese liefert Anhaltspunkte dafür, wann die vorprozessuale Beweiserhebung im Einzelfall unzulässig sein kann (Dritter Teil).

---

<sup>45</sup> Diese Begrifflichkeit verwendet *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51, 76.

<sup>46</sup> Näher hierzu unter A.IV.2, S. 36.

<sup>47</sup> *Prütting*, JZ 1985, 261, 264. Auch *Preibisch*, Fn. 9, S. 35 ordnet das Beweissicherungsverfahren als gerichtliches Vorverfahren ein, das von den außergerichtlichen Verfahren abzugrenzen sei.

<sup>48</sup> In neuerer Zeit weist beispielsweise *Rauscher*, in: *MüKo/ZPO*, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Einleitung Rdnr. 52 kurz darauf hin, man könne das selbständige Beweisverfahren im weiteren Sinn zur Schlichtung rechnen, setzt sich aber nicht vertieft mit dieser Möglichkeit der Streitvermeidung auseinander.

<sup>49</sup> So *Hilber*, BB-Beilage Nr. 2 (zu BB 2001, Heft 16), 22, 30, der die §§ 485 ff. ZPO dem außergerichtlichen Konfliktlösungsmodell der *early neutral evaluation* gegenüberstellt.

# Erster Teil: Das selbständige Beweisverfahren in seiner historischen Entwicklung und heutigen Gestalt

## A. Entstehungsgeschichte des selbständigen Beweisverfahrens

„Es ist kein historischer Zufall, dass das römische Recht die Welt erobert hat. Sein hoher Abstraktionsgrad erlaubt es, es für beliebige Gesellschafts- und Wirtschaftsformen anzuwenden [...].“<sup>50</sup> Diese Feststellung *Manthes* gilt auch im Hinblick auf das selbständige Beweisverfahren, dessen Wurzeln sich als Beweis zum ewigen Gedächtnis bis ins römisch-kanonische Recht zurückverfolgen lassen.<sup>51</sup> Die *probatio in perpetuum rei memoriam*<sup>52</sup> diente damals ausschließlich dazu, gefährdetes Beweismaterial zu sichern.<sup>53</sup>

### 1. Anfänge der vorprozessualen Beweissicherung im römischen Recht

Ob im Prozessrecht der Königszeit (753 bis 509 v. Chr.) ein Institut zur Sicherung von Beweisen existierte, lässt sich nicht erforschen, denn dessen Ausgestaltung „verliert sich in frühgeschichtliches Dunkel“<sup>54</sup>. Lange Zeit wurden die römischen Gesetze größtenteils nur mündlich überliefert.<sup>55</sup> Das Zwölftafelgesetz von 452/451 v. Chr.<sup>56</sup>, in dem altrömische Rechtsgrundsätze schriftlich fixiert sind, markierte daher eine historische

---

<sup>50</sup> So *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 3. Aufl. 2007, S. 7.

<sup>51</sup> Ausführlich zum römischen Zivilprozess *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996; *Keller*, Der römische Zivilprozess und die Aktionen, 6. Aufl. 1966. Einen Überblick über das römische Privatrecht bieten *Kaser/Knützel*, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. 2008. Detaillierte Ausführungen finden sich bei *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1973.

<sup>52</sup> Manche Autoren sprechen auch von der *probatio ad perpetuum rei memoriam*, so beispielsweise *Groß*, Die Beweistheorie im canonischen Proceß, Bd. 1, 1867, S. 117.

<sup>53</sup> Vgl. *Endemann*, Das Deutsche Zivilprozessrecht, 1969, S. 608.

<sup>54</sup> Zitat nach *Wenger*, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, 1925, S. 19.

<sup>55</sup> Hinweise darauf, dass auch vor Niederlegung des Zwölftafelgesetzes schon schriftliche Rechtsquellen gesammelt wurden, finden sich bei *Vering*, Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts, 4. Aufl. 1875, S. 57.

<sup>56</sup> Der genaue Entstehungszeitpunkt der *Lex* bzw. *Leges Duodecim Tabularum* ist ungeklärt. Die Jahre 452/451 v. Chr. werden jedoch von vielen Autoren als maßgebliches Datum angegeben, so beispielsweise von *Seidl*, Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1971, S. 186.