

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Andreas Spickhoff, Regensburg

Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte
im Medizinrecht e.V.

Herausgeber

Arzthaftungsrecht – Rechtspraxis und Perspektiven

Schriftleitung

Thomas Ratajczak · Christoph-M. Stegers

Mit Beiträgen von

K.-O. Bergmann, P. W. Gaidzik, J. Luckey, Th. Ratajczak,
H. Schünemann, Ch.-M. Stegers, A. Tacke, Ch. Tombrink

 Springer

Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.
Wegenerstr. 5
71063 Sindelfingen

Schriftleitung:

RA Dr. Thomas Ratajczak
Wegenerstr. 5
71063 Sindelfingen

RA Christoph-M. Stegers
Märkisches Ufer 28
10179 Berlin

ISSN 1431-1151

ISBN-10 3-540-28418-4 Springer Berlin Heidelberg New York

ISBN-13 978-3-540-28418-5 Springer Berlin Heidelberg New York

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Springer. Ein Unternehmen der Springer Science+Business Media

springer.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2006

Printed in Germany

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: Erich Kirchner, Heidelberg

SPIN 11543886

64/3153-5 4 3 2 1 0 – Gedruckt auf säurefreiem Papier

Vorwort

Das im Jahre 2004 veranstaltete XVII. Kölner Symposium der Arbeitsgemeinschaft widmete sich drei Schwerpunkten.

Im ersten Teil ging es um Fragen der aktuellen Reform des Zivilprozessrechts, wobei insbesondere die Anwendung des § 522 ZPO in der Praxis Gegenstand gesetzeskritischer und rechtsprechungskritischer Beiträge und Diskussionen wurde, ferner die Vorstellung eines Konzepts zur rechtlichen Einbindung des angloamerikanischen Rechtsinstituts der pre-trial discovery in den deutschen Arzthaftungsprozess über die Postulierung entsprechender wechselseitiger präprozessualer Auskunftspflichten.

Der zweite Teil befasste sich mit Fragen des Schmerzensgeldes sowohl aus der Sicht der nationalen Rechtsprechung als auch im Rechtsvergleich mit anderen europäischen Staaten.

Der dritte Teil widmete sich den Fragen des groben Behandlungsfehlers und des Sachverständigenbeweises im Arzthaftungsprozess.

Als roter Faden durch alle Beiträge zieht sich das Rechtsprechung und Anwaltschaft im Arzthaftungsrecht seit Jahrzehnten besonders beschäftigende Problem der materiellen Gerechtigkeit. Es ist eine das Arzthaftungsrecht charakterisierende Eigentümlichkeit, dass in diesem Bereich die Rechtsprechung sich stets um richtige Entscheidungen bemüht. Legende sind die Urteile des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, in denen dieser als Revisionsinstanz sich an die eigenständige Auswertung der in den Vorinstanzen eingeholten Gutachten macht und tatrichterliche Versäumnisse „von Rechts wegen“ behebt. Es scheint in dieser die Gesundheit von Menschen unmittelbar berührenden Rechtsmaterie untolerierbar, falsch negative Urteile zum Nachteil des Geschädigten zu erlassen.

Vor dem Hintergrund des Strebens nach materieller Gerechtigkeit im sensiblen Bereich der medizinischen Behandlung begegnen die Maßnahmen zur letzten großen Reform des Zivilprozessrechts mit ihrer Zielsetzung der Prozessökonomisierung zum Nachteil eben dieser materiellen Gerechtigkeit besonders großen Bedenken. Viele Teilnehmer haben kritisiert, dass der Gesetzgeber bei seinen Änderungsmaßnahmen die Arzthaftung mit ihrer spezifischen prozessualen Problematik völlig unberücksich-

tigt gelassen hat. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Rechtsprechung ihrer eigenen Grundideen zur Herbeiführung der in diesem Bereich vielleicht besonders wichtigen richtigen Entscheidungen bewusst bleibt und den Gesetzgeber durch richterliche Handhabung insbesondere des Novenrechts korrigiert.

Ein geeigneter Ansatzpunkt dazu wäre, das nach deutschem Recht bisher mögliche Versteckspiel insbesondere des Patienten mit seinen tatsächlichen Vorerkrankungen und der Arzt- bzw. Krankenhausesseite mit ihren tatsächlichen Erfahrungen – um nur zwei mögliche Anwendungsbeispiele zu nennen – zu benennen. Das deutsche Arzthaftungsrecht hat eine Vielzahl von Rechtsinstituten und -gebräuchen des angloamerikanischen Rechts der Arzthaftung übernommen. Pre-trial-discovery in Form von vorprozessualen Auskunftsansprüchen würde das Auffinden der materiellen Gerechtigkeit sicher befördern.

Beim Streben nach materieller Gerechtigkeit kann man aber auch über das Ziel hinausschießen. Die Teilnehmer des Symposiums übten dezidiert Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aufwertung des einfachen Befunderhebungsfehlers über hypothetische – virtuelle – Zwischenschritte zum groben Behandlungsfehler. Hier ist sicherlich noch nicht das letzte Wort gesprochen.

Inhaltsverzeichnis

Karl-Otto Bergmann Die Reform der Zivilprozessordnung und ihre Auswirkungen auf den Arzthaftungsprozess	1
Hermann Schünemann Der Arzthaftungsprozess nach der ZPO-Reform – Fortschritt oder Rückschritt?	13
Thomas Ratajczak Wissen ist Macht – Auf dem Weg zur pre-trial discovery – Wie weit gehen die Auskunftsansprüche?	27
<i>Diskussion</i>	41
Jan Luckey Schmerzensgeld in Deutschland – Tendenzen der Rechtsprechung	49
Peter W. Gaidzik Schmerzensgeld – ein internationaler Vergleich	77
Andreas Tacke Die Versicherbarkeit des Heilwesenrisikos	93
<i>Diskussion</i>	101
Christian Tombrink Die Arzthaftung für schwere („grobe“) Behandlungsfehler	115
Christoph-M. Stegers Der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungen	139

VIII Inhaltsverzeichnis

<i>Diskussion</i>	151
Literaturverzeichnis	163
Entscheidungsregister	173
<i>Teilnehmerverzeichnis</i>	179

Autorenverzeichnis

Bergmann, Dr. Karl-Otto
Rechtsanwalt und Notar
Schützenstr. 10, 59071 Hamm

Gaidzik, Dr. med. Peter W.
Rechtsanwalt
Münsterstr. 9, 59065 Hamm

Luckey, Dr. Jan, LL.M.
Richter beim Oberlandesgericht
Limpericher Str. 176, 53225 Bonn

Ratajczak, Dr. Thomas
Fachanwalt für Sozialrecht
Wegenerstr. 5, 71063 Sindelfingen

Schünemann, Dr. Hermann
Rechtsanwalt
Hannoversche Str. 57, 29221 Celle

Stegers, Christoph-M.
Rechtsanwalt
Märkisches Ufer 28, 10179 Berlin

Tacke, Dr. med. Andreas
Hannover Rück AG
Karl-Wiechert-Allee 50, 30625 Hannover

Tombrink, Christian
Richter am OLG Brandenburg
Gertrud-Piter-Platz 7, 14770 Brandenburg

Die Reform der Zivilprozessordnung und ihre Auswirkungen auf den Arzthaftungsprozess

Karl-Otto Bergmann

Inhaltsübersicht

1.	Einleitung	1
2.	Obligatorische Güteverhandlung, § 278 Abs. 2 ZPO	3
3.	Materielle Prozessleitung (§ 139 ZPO)	3
4.	Einzelrichter	4
4.1	Berufungsrecht	6
4.2	Fehlerkontrolle in der Berufungsinstanz	7
5.	Grundsatzrevision.....	10
6.	Gesamtbewertung.....	12

1. Einleitung

Zum 01.01.2002 ist die ZPO-Reform in Kraft getreten, nach dem Willen des Bundesjustizministeriums „eines der herausragenden Gesetzgebungsvorhaben der 14. Legislaturperiode“. Medizinrechtsanwälte leben seit diesem Zeitpunkt mit der Reform, verbunden mit der ab 01.07.2002 geltenden Aufhebung der Singularzulassung in den Singularstandorten, insbesondere von der Bedeutung her Hamm und Celle und verbunden mit der schon zuvor durchgeführten Abschaffung des Lokalitätsprinzips, also des nur bei einem Landgericht zugelassenen Rechtsanwalts. Nach einem Zeitablauf von 2 bzw. 3 Jahren ist es Zeit, Bilanz zu ziehen. Ob es aber wirklich möglich ist, eine Bilanz der Zivilprozessreform zu ziehen, ist angesichts der Regelungswut des Gesetzgebers zweifelhaft. In Erkenntnis der Unzulänglichkeiten des Zivilprozessreformgesetzes hat der Gesetzgeber das erste Justizmodernisierungsgesetz vom 24.08.2004 (BGBl 2004 I, 2198) erlassen, das nach Art. 14 des ersten Justizmodernisierungsgesetzes mit Beginn des auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft getreten ist. Das erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24.08.2004 renoviert 35 für den Zivilprozess wichtige Verfahrensvorschriften, ohne dass das aber für sich

in Anspruch nimmt, ein eigenes grundlegendes Reformkonzept zu erhalten. Insbesondere repariert das Gesetz wiederum die Vorschriften des Zivilprozessreformgesetzes. Diese Reparaturen bilden den Schwerpunkt der verfahrensrechtlichen Änderungen.

Die wichtigste Frage bleibt aber. Was hat die Zivilprozessreform – schon durch das erste Justizmodernisierungsgesetz teilrepariert – dem Arzthaftungsprozess und dem Rechtssuchenden gebracht?

Der 65. Deutsche Juristentag hat sich im September 2004 mit einer Wirkungskontrolle der Reform der ZPO befasst. Wissenschaft und Rechtsprechung wie Anwaltschaft haben, wie nicht anders zu erwarten war, unterschiedliche Auffassungen zu Schaden und Nutzen der Reform der ZPO. Die Bandbreite der Meinungen geht vom Präsidenten des OLG Koblenz, Dr. Bamberger, der die Reform der Zivilprozessordnung als im Gesamteindruck positiv darstellt und lediglich in der Revisionsinstanz Verbesserungen für erforderlich hält¹, bis zu dem Präsidenten des OLG Hamm, Debusmann, der sein Fazit mit den Worten eines Richters seines Hauses zieht: „Insgesamt wäre es besser gewesen, sich diese Reform zu sparen“². Diese Bandbreite der Meinungen rechtfertigt es, aus der Sicht des Arzthaftungsrechtlers und Praktikers die wichtigsten Reformvorschriften bereits jetzt einer Wirkungskontrolle zu unterziehen. Die Ergebnisse der vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen rechtstatsächlichen Untersuchung stehen freilich noch aus.

Gerichtliche Verfahren, insbesondere auch der Arzthaftungsprozess, sind, zumal in Zeiten schnelleren Wandels und gestiegener Ansprüche an die Dienstleister wie Anwalt und Gericht, für den Rechtssuchenden oft zu langwierig, zu teuer und vor allem zu wenig durchschaubar, bürokratisch und unverständlich, insbesondere auch wenig berechenbar³. Entscheidendes Ziel der Reform sollte es nach der Erklärung der damaligen Bundesjustizministerin Frau Däubler-Gmelin sein, „durch eine grundlegende Strukturreform den Zivilprozess bürgernäher, effizienter und transparenter“ zu machen⁴. Ob sich an dem Bild des Arzthaftungsprozesses für den Laien nach der Reform der ZPO etwas geändert hat, lässt sich nur durch Untersuchung der einzelnen Vorschriften überprüfen⁵.

¹ Bamberger, Die Reform der Zivilprozessordnung – Eine Wirkungskontrolle, ZRP 2004, 137.

² Debusmann, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages 2004, Band I, Gutachten A, S. 52, zukünftig zitiert Gutachten zum 65. DJT A.

³ Zutreffend Bamberger, a.a.O., S. 137.

⁴ Vgl. Selbherr, Gutachten zum 65. DJT A, S. 28.

⁵ Die untersuchten Vorschriften des Reformgesetzes finden sich im Anhang des Beitrages.

2. Obligatorische Güteverhandlung, § 278 Abs. 2 ZPO

Die obligatorische Güteverhandlung war ein Schwerpunkt der ZPO-Reform, sie sollte den Schlichtungsgedanken institutionalisieren. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Reform in diesem Punkt versagt hat. Es bedarf jedoch keiner vertieften Erörterung, da die Praxis im Arzthaftungsprozess weitgehend über die obligatorische Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO hinweggegangen ist. In diesem frühen Stadium des Rechtsstreits sind die Parteien nicht auf einen Ausgleich, sondern auf eine streitige Auseinandersetzung eingestellt⁶. Der Richter des Arzthaftungsprozesses kann andererseits zu diesem frühen Zeitpunkt ohne sachkundigen Beistand keinen fundierten Vergleichsvorschlag machen. Entweder bleibt die obligatorische Güteverhandlung eine Proformaveranstaltung, der sich sofort die mündliche Verhandlung anschließt, oder im allseitigen Einverständnis wird auf die Einhaltung des Gütetermins verzichtet, umso mehr, als in vielen Fällen schon ein Verfahren vor den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen stattgefunden hat. Nur gelegentlich wird die obligatorische Güteverhandlung von Gerichten rechtsmissbräuchlich dazu genutzt, trotz Widerspruchs einer Partei die Parteien gleichwohl zur Güteverhandlung zu laden, „Güteverhandlungszwang“ auszuüben und damit unnötige Verfahrenskosten zu produzieren⁷. Das Institut der obligatorischen Güteverhandlung wird auch vom Gericht häufig als nutzlos bewertet. In der Prozess leitenden Verfügung heißt es bei einigen Gerichten, die Kammer gehe davon aus, dass die Parteien außergerichtlich die Möglichkeiten der Güteverhandlung ausgeschöpft haben und die Anberaumung einer obligatorischen Güteverhandlung erkennbar aussichtslos sei. Kurzum: Es war schon etwas naiv, wenn der Gesetzgeber annahm, die Streit-schlichtungskultur könne sich durch die Einführung einer obligatorischen Güteverhandlung verändern⁸. Die Reform ist in diesem Punkt also nach allgemeiner Auffassung gescheitert⁹.

3. Materielle Prozessleitung (§ 139 ZPO)

Obwohl die Vorschrift mit zwei weiteren Absätzen gegenüber der früheren Fassung „aufgepeppt“ worden ist, hat sich – insbesondere für den Arzthaf-

⁶ Selbherr, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle der Verfahrensneuerungen in der ersten Instanz, Beilage zur NJW 2004, Heft 27, S. 5.

⁷ Vgl. Kauffmann, Obligatorische Güteverhandlung – Kritik eines Praxissegments, MDR 2004, 1035.

⁸ Zutreffend Selbherr, Gutachten zum 65. DJT A, S. 32.

⁹ Vgl. Schellhammer, Zivilprozeßreform und erste Instanz, MDR 2001, 1081 [1082]: „Fehlschlag“.

tungsprozess – wenig geändert. Die Hinweispflicht des Gerichts ist inhaltlich weder eingeschränkt noch erweitert worden, sie bestand im Arzthaftungsprozess ohnehin nach der Rechtsprechung des BGH in erhöhtem Maße¹⁰.

Das Bemühen bestimmter Anwälte, geradezu formelhaft richterliche Hinweise schriftsätzlich einzufordern, entweder durch entsprechende Klauseln in der Klageschrift und Klagerwiderung oder in der mündlichen Verhandlung, kann deshalb die Rechtsposition des Mandanten nicht verbessern. Dahinter steckt natürlich die Befürchtung, mit Tatsachenvortrag in der Berufung ausgeschlossen zu sein, und das Bemühen, die Verantwortung für fehlenden Vortrag dem Richter aufzubürden, um den Vorwurf des unterlassenen Hinweises als Rechtsverletzung im Sinne des § 513 Abs. 1 ZPO darlegen zu können. Außer Verunsicherung hat deshalb die Reform in diesem Punkt nichts gebracht. Auch die Vorschrift der Dokumentationspflicht nach § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO hat die Rechtslage nicht geändert. Der richterliche Hinweis war ohnehin als wesentlicher Vorgang auch nach früherem Recht gemäß § 160 Abs. 2 ZPO zu protokollieren. Andererseits schafft diese neue Vorschrift, wie Selbherr ausführt¹¹, eine neue Transparenz und kann zu einer effizienteren Sachleitung des Gerichts führen. Die Auswirkungen dieser Änderungen in der Praxis bleiben gering¹².

4. Einzelrichter

Die Reform hat in § 348 ZPO den „originären Einzelrichter“ und in § 348a ZPO den „obligatorischen Einzelrichter“ eingeführt. Ziel der ZPO-Reform war es, die Einzelrichterquote auf 70 % anzuheben. Sie lag vor der ZPO-Reform in den norddeutschen Ländern bei etwa 10 %, in den süddeutschen Ländern bei etwa 60 %. Neue Erhebungen bestätigen, dass die Einzelrichterquote auf durchweg 70 %, teilweise in Süddeutschland bis auf über 90 % gestiegen ist¹³.

Für Arzthaftungssachen gilt bekanntlich, dass, wenn an dem Gericht Spezialkammern eingerichtet sind und die Sache durch einen Geschäftsverteilungsplan in deren Zuständigkeit fällt (§ 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO), diese Zivilkammer durch eines ihrer Mitglieder als obligatorischen Einzelrichter entscheidet, wenn die Voraussetzungen der § 348 a Abs. 1

¹⁰ Vgl. bereits Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. A., 2003, S. 290; Schaefer, Was ist denn neu an der neuen Hinweispflicht? NJW 2002, 850 [852].

¹¹ Gutachten zum 65. DJT A, § 34.

¹² Zutreffend Selbherr, a.a.O.

¹³ Selbherr, Gutachten zum 65. DJT A, S. 36 [37].

vorliegen. Dieser hat die Sache wiederum der Kammer erneut vorzulegen, wenn sich tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten ergeben, die Sache rechtsgrundsätzliche Bedeutung hat oder die Parteien dies übereinstimmend beantragen. Es bedarf meines Erachtens keiner Frage, dass die Parteien bzw. deren Anwälte von dieser Möglichkeit in Arzthaftungssachen immer Gebrauch machen sollten, es sei denn, es handle sich um einen in der Tat einfachen Fall, beispielsweise einen unkomplizierten Sturz im Krankenhaus. Aber auch wenn die Parteien übereinstimmend die Übernahme des Rechtsstreits durch die Kammer beantragen, hilft dies merkwürdigerweise nicht immer weiter. Der vorausseilende Gehorsam einzelner Gerichte führt hier durchaus zu „Verfremdungen“ des Zivilprozesses. In einer wahrlich komplizierten Arzthaftungssache mit allen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten, die ein umfangreicher Arzthaftungsprozess mit sich bringt, nämlich im konkreten Streit um einen Rettungs- bzw. Notarzteinsatz mit Amtshaftungsansprüchen, schwierigen Kausalitätsfragen, Fragen der Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr, hat die Kammer des Landgerichts Stralsund trotz übereinstimmend beantragter Übernahme und Vorlage durch den Einzelrichter die Übernahme abgelehnt mit dem krönenden Schlussatz: „Es ist nicht ungewöhnliches und stellt keine besondere Schwierigkeit dar, auch und insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen einer Entscheidungsfindung einzubeziehen.“¹⁴ Die mit der Reform allein fiskalisch motivierte Beschränkung des „Mehraugenprinzips“¹⁵ kann den obligatorischen Einzelrichter sicherlich nicht rechtfertigen. Auch kann es in Arzthaftungssachen keine Scheu vor der Rückgabe einer schwierigen Sache an die Kammer geben. Es ist keine Alternative zum Kammerprinzip, wenn der Einzelrichter nicht mehr weiter weiß und intern den Rat des Kammervorsitzenden einholt.

Erst recht gilt dies für die Berufungsinstanz. Kurz und knapp hat dies der Präsident des OLG Hamm Debusmann wie folgt dahingehend formuliert: „Der entscheidende Einzelrichter entwertet die Berufungsinstanz. Das Vertrauen der Bevölkerung in die Berufungsinstanz sowie die Akzeptanz der Berufungsurteile bei den Gerichten der Eingangsinstanz erfordern auch unter dem Gesichtspunkt eines Qualitätsmanagements eine Berufungsentcheidung durch ein Kollegialgericht“¹⁶. Dem ist nichts hinzuzufügen. In der Berufungsinstanz beim OLG Hamm ist auch noch keine Einzelrichterentscheidung des Arzthaftungssenates ergangen.

¹⁴ LG Stralsund, Beschluss vom 10.09.2004 – 4 O 249/04 –, n.v.

¹⁵ So zutreffend Gottwald, Gutachten zum 65. DJT A, S. 113.

¹⁶ Debusmann, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Beilage zur NJW 2004, Heft 27, S. 5 [6].

4.1 Berufungsrecht

Besonderer Aufmerksamkeit bedarf das mit der Reform eingeführte neue Berufungsrecht. Der Gesetzgeber hat in das Berufungsrecht tief eingegriffen. Die Umgestaltung der ersten und zweiten Instanz hat rechtstatsächlich dazu geführt, dass die Berufungen im Jahre 2002 gegenüber 2001 um nahezu 20 % bei den Oberlandesgerichten, um etwa 12 % bei den Landgerichten und 2003 gegenüber 2002 nochmals um 12,5 % abgenommen haben¹⁷. Die Anzahl der Beweisaufnahmen ist rückläufig, die Anzahl der oberlandesgerichtlichen Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung, also durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO divergiert in erstaunlichem Maße. Manche Spruchkörper machen von diesem Verfahren gar keinen Gebrauch, andere in bis zu 60 % der eingehenden Arzthaftungssachen¹⁸. Während die Berufungsurteile entweder durch Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde anfechtbar sind, ist gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO nach noch geltendem Reformrecht kein Rechtsmittel zulässig. Es wird dem Rechtsuchenden nicht einleuchten, dass die Einstimmigkeit des Beschlusses gemäß § 522 ZPO ein ausreichendes Kriterium dafür ist, dem Rechtsuchenden jegliches Rechtsmittel abzuschneiden. Nicht ohne Grund, wenn auch vergeblich, greifen deshalb die Anwälte in diesen Fällen zu Gehörsrügen analog § 321a ZPO, Gegenvorstellungen, außerordentlichen Beschwerden, Verfassungsbeschwerden, Richterablehnungen und Dienstaufsichtsbeschwerden¹⁹. Die Reform bedarf der Reform. Es entspricht heute nahezu allgemeiner Meinung, dass der die Berufung zurückweisende Beschluss gem. § 522 ZPO, wie in anderen Verfahrensordnungen unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Urteil der Revision bzw. der Rechtsbeschwerde unterliegen sollte. Der die Reform verteidigende Präsident des OLG Koblenz Bamberger, der die Vorschrift des § 522 ZPO als Fortschritt bezeichnet, weil sie die Möglichkeit gebe, aussichtslose oder substanzlose Berufungen ohne mündliche Verhandlung zu bescheiden, zeigt gewisses Unbehagen, hält aber die Einführung eines Rechtsmittels für nicht notwendig²⁰. Hier wird die per Saldo geringe Entlastung der Berufungsgerichte mit einem erheblichen Verlust einer Akzeptanz bei den Rechtsuchenden erkaufte. Auch der beste Anwalt wird seinem Mandanten nicht klarmachen können, dass sein umfangreiches Vorbringen in der Berufungsinstanz ohne eine mündliche Verhand-

¹⁷ Bamberger, Die Reform der Zivilprozessordnung – Eine Wirkungskontrolle, ZRP 2004, 138, Fn. 12.

¹⁸ Vgl. Debusmann, Gutachten zum 65. DJT A, S. 46.

¹⁹ Debusmann, Gutachten zum 65. DJT A, S. 48.

²⁰ Bamberger, a.a.O., 140.

lung verworfen und gleichzeitig neues Vorbringen gemäß § 531 ZPO in den Beschlussgründen nicht zugelassen wird. Eine solche Reform verdient sicherlich nicht das Prädikat „effizient und bürgerfreundlich“²¹. Sie schafft insbesondere bei dem Patienten, der erheblichen Gesundheitsschaden erlitten hat, Verdruss, verärgert selbstverständlich aber auch Ärzte, die oft mit der Tatsachenermittlung durch die erstinstanzlichen Sachverständigen und das Landgericht nicht einverstanden sind und sachgerechte Argumente für eine Korrektur vorbringen. All dies verhallt dann „ungehört“ in einem schriftlichen Beschluss ohne Anhörung der Parteien. Gerade für die sensiblen Arzthaftungssachen sollten die Senate von der Möglichkeit einer Beschlussentscheidung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO nur bei evident aussichtslosen Berufungen Gebrauch machen. Ich kann nur aus über 30 Jahren Prozessenerfahrung konstatieren, dass Arzthaftungsprozesse, die in erster Instanz aus den verschiedensten Gründen, der Komplexität der Materie, der Unzulänglichkeit von Sachverständigen, der Unzulänglichkeit der Anwälte, der Schwierigkeit des Streitstoffs unzulänglich behandelt worden waren, nach eingehender erneuter Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht nicht nur vereinzelt eine Korrektur erfahren haben.

4.2 Fehlerkontrolle in der Berufungsinstanz

Die Fehlerkontrolle in der Berufungsinstanz, die Vorschriften der § 513 und 529 ZPO haben gegenüber dem früheren Recht die Berufungsgründe beschränkt. Die Berufungsinstanz soll sich nunmehr auf den vom Eingangsgericht festgestellten Sachverhalt stützen und im Wege der Fehlerkontrolle und -beseitigung lediglich Korrektur ausüben. Damit geht die Neuregelung von der zumindest bedenklichen Annahme aus, dass die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung „im Zweifel fehlerfrei“ ist. Dies wird durch die Prozessenerfahrung in Arzthaftungssachen nicht bestätigt. Der Regierungsentwurf zur ZPO-Reform beruft sich ausdrücklich auf den Vertrauensgrundsatz, dass in erster Instanz festgestellte Tatsachen fehlerfrei seien und in höherem Rechtszug Bestand hätten²². Die Einschränkung des Berufungsrechts ist um so kritischer zu werten, als die Aufhebung der Singularzulassung – jedenfalls in den Singularstandorten – zu einem Wegfall der spezialisierten Berufungsanwaltschaft und zu einem teilweisen Qualitätsverlust bei dem anwaltlichen Vorbringen in zweiter Instanz geführt hat. Die Aufgabe des gesetzlich vorgeschriebenen Wechsels des Anwalts zwischen den Instanzen hat nach meiner Erfahrung gerade in Arzthaftungs-

²¹ So aber die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14, 4722, S. 64.

²² Vgl. Hirtz, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle des neuen Berufungsrechts, Beilage zur NJW 2004, Heft 27, S. 7.

prozessen dazu geführt, dass oftmals nicht spezialisierte Anwälte des Patienten das Mandat auch in zweiter Instanz unzureichend wahrnehmen.

Der Bundesgerichtshof hat die Problematik einer stringenten Anwendung der Berufungsvorschriften im Arzthaftungsprozess erkannt und in seiner neuen Entscheidung vom 08.06.2004 die Gerichte zur vorsichtigen Anwendung der §§ 529, 531 ZPO aufgefordert.²³ Wörtlich hat er ausgeführt:

„Auch nach der Reform der Zivilprozessordnung dürfen beim Vortrag zu medizinischen Fragen im Arzthaftungsprozess an den Vortrag zu Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten ebenso wie an den Klage begründenden Sachvortrag nur maßvolle Anforderungen gestellt werden. Der Patient und sein Prozessbevollmächtigter sind nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen. Lässt das Berufungsgericht fehlerhaft Vorbringen nicht zu, weil es zu Unrecht dieses für neu hält oder Nachlässigkeit bejaht (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO), so kann es sich nicht auf die Bindung an die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen berufen, wenn die Berücksichtigung des Vorbringens zu Zweifeln i.S.v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hätte führen müssen.“

Der BGH hat also das Problem der Fehlerkorrektur im Arzthaftungsprozess erkannt und in drei weiteren wichtigen Entscheidungen²⁴ die Bedeutung der Berufungsinstanz nicht nur als Rechtskontrolle, sondern auch als Tatsachenkontrolle hervorgehoben. Die Berufung ist also nicht etwa eine „Unterrevision“, sondern ein Rechtsmittel, das anhand eigenständiger Kategorien auch zur Tatsachenkontrolle führt. So muss das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. §§ 530, 531 Abs. 2 ZPO auch neue materiell-rechtliche Tatsachen berücksichtigen. Das Berufungsgericht hat vor allem nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen zu überprüfen.

Verfehlt ist also die Entscheidung des OLG München²⁵, wonach es nach der Reform Aufgabe des Berufungsgerichts sei, lediglich etwaige Verstöße gegen Verfahrensvorschriften, gegen gesetzliche oder anerkannte Auslegungsgrundsätze, gegen Denkgesetze oder gegen allgemein anerkannte Erfahrungssätze und das Außerachtlassen wesentlicher Umstände zu prüfen.

²³ BGH, Urteil vom 08.06.2004 – VI ZR 199/03 –, MedR 2005, 37.

²⁴ BGH, Urteil vom 12.03.2004 – V ZR 257/03 –, NJW 2004, 1876 [1878] und BGH, Urteil vom 19.03.2004 – V ZR 104/03 –, NJW 2004, 2152 sowie BGH, Urteil vom 08.06.2004 – VI ZR 230/03 –, VersR 2004, 1477.

²⁵ OLG München, Urteil vom 30.03.2003 – 21 U 4591/02 –, MDR 2004, 112.

Vielmehr hat das Berufungsgericht im Falle einer zulässigen Berufung die Tatsachenkontrolle nach den §§ 513 Abs. 1, 529 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 ZPO nicht von einer entsprechenden Rüge des Berufungsführers abhängig zu machen²⁶. Für begründete Zweifel nach § 523 Abs. 1 ZPO reicht es aus, wenn eine Unrichtigkeit oder Lückenhaftigkeit der Feststellungen nicht ausgeschlossen werden kann²⁷. Das Berufungsgericht muss also prüfen, ob die Beweiswürdigung des Erstgerichts vollständig, frei von Widersprüchen und ohne Verstoß gegen Erfahrungs- oder Denkgesetze ist. Dabei können sich auch aus neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die in der Berufungsinstanz gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen sind, konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen ergeben²⁸. Solche Lücken oder Widersprüche sind zu bejahen, wenn der Erstrichter durch Hinweise nach § 139 ZPO oder durch seine Prozessleitung erkennbar das Parteivorbringen verengt hat²⁹. So hat der 6. Senat mit Urteil vom 08.06.2004³⁰ trotz erstmals in zweiter Instanz gestellten Antrags auf Anhörung des Sachverständigen gemäß §§ 402, 397 ZPO es für eine erfolgreiche Revision ausreichen lassen, wenn sich das Sachverständigengutachten erster Instanz nicht mit allen entscheidungserheblichen Punkten befasst und das Gericht dies übersehen hat. Es mag offen bleiben, ob der Vorwurf des Richters am OLG München Lechner³¹ berechtigt ist, dass der BGH mit dieser neuen Rechtsprechung die Reformbestrebungen des Gesetzgebers konterkarierte. Mit dieser Auslegung der Reformvorschriften durch den BGH wird die Praxis in Zukunft leben können. Insbesondere für den Arzthaftungsprozess wird es von erheblicher Bedeutung sein, durch ergänzendes Privatgutachten auf Widersprüche und Lücken in der erstinstanzlichen Beweiswürdigung, auf Fehler bei der Bewertung der Beweisführungslast und Lücken im erstinstanzlichen Gutachten hinweisen zu können.

Welch geringe Halbwertszeit die Vorschriften der Zivilprozessreform haben, sei am Beispiel des § 524 ZPO, der Anschlussberufung, deutlich gemacht. Die Reformvorschriften der §§ 524 Abs. 2 und 3 ZPO, eingeführt durch das Zivilprozessreformgesetz, bestimmten, dass Anschlussberufung nur zulässig ist bis zum Ablauf eines Monats nach der Zustellung der Berufungsbegründungsschrift, und zwar mit sofortigem Begründungszwang.

²⁶ BGH, Urteil vom 12.03.2004 – V ZR 257/03 –, NJW 2004, 1876 [1878].

²⁷ Gaier, Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 2041 [2044].

²⁸ BGH, Urteil vom 19.03.2004 – V ZR 104/03 –, NJW 2004, 2152.

²⁹ Gaier, a.a.O., 2045.

³⁰ BGH, Urteil vom 08.06.2004 – VI ZR 230/03 –, VersR 2004, 1477.

³¹ Lechner, Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufungsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers, NJW 2004, 3593.

Diese starre und nicht verlängerbare Frist führte in der Rechtspraxis der letzten 2 Jahre zu erheblichen Problemen und benachteiligte unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit den Berufungsbeklagten in erheblichem Maße.³² Das erste Justizmodernisierungsgesetz hat diese verfehlte Vorschrift geändert. Seit dem 1. September gilt, dass die Anschlussberufung erst binnen der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwidmung eingelegt werden muss (§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Ohne eine solche Fristsetzung ist die Anschlussberufung wie vor der Zivilprozessreform jederzeit möglich. Deshalb kann nunmehr auch der Berufungsbeklagte abwarten, ob nicht die gegnerische Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen wird, um so die Unwirksamkeit der Anschließung nach § 524 Abs. 4 ZPO zu vermeiden. Soweit ein Beispiel zur Reparatur der Reform.

5. Grundsatzrevision

Die ZPO-Reform hat den Systemwechsel von der Annahme-/Wertrevision zur reinen Zulassungsrevision gebracht und damit tief in das Revisionsrecht eingegriffen. Landgericht und Oberlandesgerichte haben von der Möglichkeit der Revisionszulassung in etwa 10 % aller Fälle Gebrauch gemacht. Effektiv sind beim BGH im Jahre 2003 842 zugelassene Revisionen eingegangen. Demgegenüber sind im Jahre 2003 3015 Nichtzulassungsbeschwerden eingegangen, hiervon wurden 5,2 % zugelassen³³.

Die Zulassungsgründe sind so konzipiert, dass nur das Interesse der Allgemeinheit an einer höchstrichterlichen Sachentscheidung, nicht das Parteiinteresse an der Korrektur eines fehlerhaften Berufungsurteils für die Zulassung maßgeblich sein soll. Der BGH hat mit verblüffender Offenheit konstatiert: „In aller Regel hat die Allgemeinheit an der Entscheidung eines gewöhnlichen Zivilrechtstreites kein Interesse. Belange der Allgemeinheit werden auch dann nicht nachteilig berührt, wenn dieser Streit unrichtig entschieden wurde“³⁴.

Eine solche restriktive Auslegung der Zulassungsgründe wird man den Beteiligten eines Arzthaftungsrechtsstreites wohl kaum klarmachen können. Diese Auslegung berührt Grundfragen des Selbstverständnisses der Justiz. Der Richter hat nach der ZPO-Reform bei einer fehlerhaften Einzelfallentscheidung keine Korrekturmöglichkeit, selbst dann nicht, wenn der

³² Fölsch, ZPO-Änderungen durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz 2004, MDR 2004, 1029 [1033].

³³ Büttner, Gutachten zum 65. DJT A, S. 93 bis 95.

³⁴ BGH, Beschluss vom 01.10.2002 – XI ZR 71/02 –, NJW 2003, 65 [68].

Fehler offensichtlich oder von Gewicht ist³⁵. Nicht nur für den Arzthaftungsprozess, sondern für den Zivilprozess insgesamt ist daher zu fordern, dass die Revision auch im öffentlichen Interesse geboten und zuzulassen ist, falls schwerwiegende Fehler bei der Anwendung einfachen Rechts vorliegen. Berücksichtigt man dann noch, dass die Akzeptanz der Nichtzulassungsbeschwerde, wie an den Geschäftszahlen des BGH abzulesen ist, im Vergleich zur Wertrevision des früheren Rechts signifikant abgenommen hat, kann die Nichtzulassung bei eklatanten Rechtsfehlern nicht mit der Arbeitsbelastung des BGH relativiert werden³⁶. Es kann und darf im Ergebnis nicht sein, dass weder der Patientenanwalt noch der Arzthanwalt und sein Versicherer die Aussichten einer Revision oder einer Nichtzulassungsbeschwerde einschätzen können. Die tatbestandsmäßige Beschreibung der Zulassungsgründe nach § 543 Abs. 1 ZPO ist nichts anderes als eine Aneinanderreihung höchst unbestimmter Rechtsbegriffe, die die Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Revisionsrechtsmittels unmöglich machen. Das Zulassungsrecht der Revisionsinstanz bedarf der Korrektur. Offensichtlich unrichtige Urteile begraben – nicht nur in Arzthaftungssachen – die Autorität des Gerichts, wenn zwar ein Rechtsmittelgericht vorhanden ist, das Rechtsmittel aber ungeeignet ist, zu einer Korrektur zu führen. Dieser grundsätzliche Mangel in der Gesetzgebung muss beseitigt werden.

Zu nennen ist eine weitere wichtige Neuerung im Revisionsrecht, die die Arbeit des Bundesgerichtshofs weiter erleichtert. In offensichtlicher Anlehnung an die Beschlussmöglichkeit nach § 522 Abs. 2 ZPO für das Berufungsverfahren führt das erste Justizmodernisierungsgesetz in § 522a ZPO den Zurückweisungsbeschluss im Revisionsverfahren ein. Nach dieser Vorschrift weist das Revisionsgericht die vom Berufungsgericht zugelassene Revision ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurück, wenn es davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Gesetzgeber hat mit dieser Ergänzung der bisherigen Reform dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit gegeben, ohne den Aufwand einer mündlichen Verhandlung aussichtslose, vom Berufungsgericht aber zugelassene Revisionen zurückzuweisen, soweit deren Durchführung keinen Ertrag für die Fortentwicklung des Rechts verspricht. Der Bundesgerichtshof, der es natürlich besser als das Berufungsgericht weiß, kann damit praktisch die Auffassung des Berufungsgerichts, der die zu

³⁵ Vgl. Ball, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle aus der Sicht eines Richters am BGH, Beilage zu NJW 2004, Heft 27, S. 8.

³⁶ Ebenso Büttner, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle des neuen Revisionsrechts, Beilage zu NJW 2004, Heft 27, S. 8 [9].

entscheidende Frage als vom BGH klärungsbedürftig angesehen hat, „konterkarieren“. Unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie kann man der Vorschrift einen gewissen Charme nicht absprechen. Dass aber die Parteien des Rechtsstreits an der Rechtsprechung Zweifel haben müssen, wenn das Berufungsgericht die Revision zulässt, das Revisionsgericht aber dann durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung mangels Aussicht auf Erfolg die Revision verwirft, wird man verstehen können. Auch diese Reform der Reform lässt erkennen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die den Rechtsstreit an sich bezahlenden Parteien nur als lästige Quälgeister empfunden werden.

6. Gesamtbewertung

Aus der Sicht des Medizinrechtsanwalts lässt sich nicht verkennen, dass die ZPO-Reform zwar kleinere Verbesserungen gebracht hat, so den schriftlichen Vergleichsvorschlag durch das Gericht gemäß § 278 VI ZPO, die Neuberechnung der Berufungsbegründungsfrist gemäß § 520 Abs. 2 ZPO und die Abkehr von der bisherigen Werterevision. Das neue Berufungsrecht kann aber wahrhaftig nicht effizient und bürgerfreundlich genannt werden, es schafft vielmehr Gefahren durch die Beschlussverwerfung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO, die originäre und obligatorische Einzelrichterzuständigkeit nach § 348 ZPO, die Beschränkung der Berufungsgründe gemäß §§ 513, 529 ZPO und das Novenrecht gemäß § 531 ZPO, die in der Hand eines unerfahrenen Richters einerseits oder auch eines unerfahrenen Anwaltes andererseits erhebliche Rechtsnachteile für die Parteien mit sich bringen können, die infolge der weiter eingeschränkten Fehlerkontrolle durch den BGH auch nicht mehr korrekturfähig sind.

Durch geeignete Veröffentlichungen sollte auf diese Gefahren hingewiesen und der Gesetzgeber und die Gerichte an die Verantwortung gegenüber den Parteien erinnert werden. Denn noch immer gilt der Grundsatz: Der Prozess ist für die Parteien da. *Justitia* bedeutet Gerechtigkeit, weder Schnelligkeit noch Genügsamkeit noch Streitentscheidung um ihrer selbst Willen. Die Reform der ZPO bietet an vielen Stellen Anlass, über das Selbstverständnis der Justiz nachzudenken.