

Arzthaftungsprozess**

Markus GEHRLEIN*

I. Einleitung

In Arzthaftungsverfahren ist dem Postulat der **prozessualen Waffengleichheit** Rechnung zu tragen, weil dem Patienten im Unterschied zur Behandlungsseite der Zugriff auf den Prozessstoff und die Einordnung des Geschehens wesentlich erschwert ist.

II. Substantiierung

Allgemein sind an die Substantiierungspflichten der Parteien im Arzthaftungsprozess maßvolle und verständige Anforderungen zu stellen, weil vom Patienten regelmäßig keine genauere Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden kann. Ihm fehlt die genaue Einsicht in das Behandlungsgeschehen und das nötige Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffs; er ist nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen. Die Patientenseite darf sich deshalb auf Vortrag beschränken, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet.¹⁾ In Arzthaftungsstreitigkeiten darf keine fachspezifische Klagebegründung verlangt werden,²⁾ die durch Ausführungen eines Privatsachverständigen gedeckt ist.³⁾ Der Patient und sein Prozessbevollmächtigter sind insbesondere nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen.⁴⁾ Ein medizinischer Laie wird von sich aus häufig gar nicht in der Lage sein zu beurteilen, in welchem Punkt dem Arzt ein schadensursächlicher Fehler unterlaufen ist. Durch weitgehende Substantiierungsanforderungen würde der Patient in seiner ohnehin schwachen Beweissituation vollends rechtlos gestellt.⁵⁾ Das Gericht hat eine lebensnahe Auslegung des Klagevorbringens vorzunehmen.⁶⁾ Vor diesem

* Professor. Dr. Mannheim University in Germany, BGH-Richter.

** This paper was lectured on October 7th, 2019 at the Ritsumeikan Law School in Kyoto.

1) BGH NJW 2003, 3411; BGH NJW-RR 2019, 17 Rn. 33; BGH, Urt. v. 19.2.2019 – VI ZR 507/17, Rn. 15; Beschl. v. 12.3.2019 – VI ZR 278/18, Rn. 8.

2) OLG Koblenz NJW-RR 2003, 970.

3) BGH NJW 2016, 713 Rn. 4.

4) BGH GesR 2015, 281 Rn. 19.

5) BGH NJW 2003, 3411; 1981, 630.

6) BGH BGHReport 2004, 126.

Hintergrund ist regelmäßig davon auszugehen, dass sich eine Partei die ihr günstigen Ausführungen eines Sachverständigengutachtens zu Eigen macht.⁷⁾ Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass eine Partei die bei einer Beweisaufnahme zutage tretenden Umstände, soweit sie ihre Rechtsposition zu stützen geeignet sind, auch ohne dahingehende ausdrückliche Erklärung in ihr Klagevorbringen aufnimmt. Dieser Grundsatz verdient im Arzthaftungsprozess nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zugunsten des geschädigten Patienten umso mehr Beachtung, als der Patient im allgemeinen die medizinischen Vorgänge und Zusammenhänge nur unvollkommen zu überblicken vermag und deshalb in gewissem Umfang darauf angewiesen ist, dass der Sachverhalt durch Einholung eines Sachverständigengutachtens aufbereitet wird.⁸⁾ Dies gilt auch für Angaben des Sachverständigen zur Schadenshöhe.⁹⁾ Die Patientenseite darf sich auf Vortrag beschränken, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet.¹⁰⁾ Ausreichend ist darum, wenn der Tatsachenvortrag **in groben Zügen** zum Ausdruck bringt,

- aus welchem Tatsachenkomplex ein Fehler abgeleitet wird und
- welcher Schaden dadurch eingetreten ist.

Grundsätzlich muss der Anspruchsteller alle Tatsachen behaupten, aus denen sich sein Anspruch herleitet. Dieser Grundsatz bedarf aber einer Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihr eine nähere Substantiierung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.¹¹⁾ Trägt der Patient in solchen Fällen konkrete Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler vor, so kann dies genügen, um eine erweiterte - sekundäre - Darlegungslast der Behandlungsseite auszulösen.¹²⁾

III. Pflicht des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung

Mit der eingeschränkten primären Darlegungslast des Patienten geht zur Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit zwischen den Parteien regelmäßig eine **gesteigerte Verpflichtung des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung** (§ 139 ZPO) bis hin zur Einholung eines Sachverständigengutachtens (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO) von Amts wegen einher, soweit der Patient darauf angewiesen ist, dass der Sachverhalt durch ein solches aufbereitet

7) BGH NJW 1991, 1541; 1987, 500; BGH NJW-RR 2011, 428 Rn. 9.

8) BGH NJW-RR 2016, 1360 Rn. 12.

9) BGH NJW-RR 2010, 495 Rn. 4 ff.

10) BGH, Urt. v. 19.2.2019 – VI ZR 507/17, Rn. 15.

11) BGH NJW-RR 2019, 17 Rn. 33; BGH, Urt. v. 19.2.2019 – VI ZR 507/17, Rn. 17.

12) BGH NJW-RR 2019, 17 Rn. 33; BGH, Urt. v. 19.2.2019 – VI ZR 507/17, Rn. 17.

wird.¹³⁾ Nichts anderes gilt, wenn dem Gericht ein medizinisches Gutachten aus vorangegangenen Verfahren ärztlicher Schlichtungsstellen vorliegt. Zwar kann ein solches Gutachten nach allgemeinen Regeln im Wege des Urkundenbeweises gewürdigt werden. Doch führt dies weder zu einer Erhöhung der Darlegungslast des Patienten, der ansonsten im Falle eines ihm ungünstigen Schlichtungsgutachtens doch gezwungen wäre, sich medizinisches Fachwissen anzueignen, um einen schlüssigen Klagevortrag zu halten. Noch ist das Schlichtungsgutachten auf Beweisebene geeignet, den Sachverständigenbeweis zu ersetzen. Das Schlichtungsgutachten kann mangels gerichtlicher oder staatsanwaltlicher Veranlassung nicht gemäß § 411a ZPO als Sachverständigengutachten verwertet werden.

IV. Beweisaufnahme

1. Zeugenbeweis

Die Berufung auf das „Zeugnis NN“ reicht als Beweisantritt gemäß § 373 ZPO grundsätzlich nicht aus. Ausnahmsweise ist ein Angebot auf Vernehmung eines mit „NN“ benannten Zeugen zu berücksichtigen, wenn dieser – etwa durch Hinweis auf seine konkrete betriebliche Funktion – hinreichend individualisierbar ist. Die pauschale Benennung eines „instruierten Mitarbeiters“ lässt die gebotene Individualisierung vermissen.¹⁴⁾ Insbesondere Berufungsgerichte müssen sich den Vorwurf eines Verfahrensfehlers gefallen lassen, wenn sie, ohne einen Zeugen persönlich anzuhören, von der Würdigung seiner Aussage durch das Vordergericht abweichen. Die erneute Vernehmung von Zeugen ist geboten,

- wenn das Berufungsgericht die **Glaubwürdigkeit eines Zeugen** abweichend vom erstinstanzlichen Gericht würdigt,¹⁵⁾
- wenn es die Aussage eines Zeugen für **zu vage und präzisierungsbedürftig** hält,¹⁶⁾
- wenn es die protokollierte Aussage eines Zeugen anders verstehen will als der Richter der Vorinstanz,¹⁷⁾
- wenn das Berufungsgericht der Aussage eines Zeugen bei der Würdigung der Bekundungen eines anderen Zeugen ein ihr vom erstinstanzlichen Gericht **nicht beigemessenes Gewicht** geben will,¹⁸⁾
- wenn die Entscheidung von der Glaubwürdigkeit eines Zeugen abhängt, dessen Aussage der Erstrichter **nicht gewürdigt** hat.¹⁹⁾

Der Grundsatz, wonach das Berufungsgericht ohne nochmalige Vernehmung des

13) BGH, Beschl. v. 12.3.2019 – VI ZR 278/18, Rn. 9.

14) BGH ZInsO 2015, 305, Rn. 6; NJW-RR 2011, 428 Rn. 6.

15) BGH NJW 1998, 2222; NJW 2015, 74 Rn. 23.

16) BGH NJW 1982, 1052 f.

17) BGH NJW 1992, 741; 1988, 566.

18) BGH NJW 1988, 484; NJW 2015, 74 Rn. 23.

19) BGH NJW-RR 1991, 1102.

Zeugen von der Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit durch das erstinstanzliche Gericht nicht abweichen darf, beansprucht auch bei einem **Richterwechsel** innerhalb desselben Rechtszugs Beachtung.²⁰⁾ Eine Heilung etwaiger Verfahrensverstöße kraft § 295 ZPO ist zwar grundsätzlich möglich. Regelmäßig wird aber ein Rügeverzicht ausscheiden, weil die Parteien in der Schlussverhandlung noch nicht wissen können, dass das Gericht von der Würdigung der Zeugenaussage durch das Vordergericht abzuweichen beabsichtigt.²¹⁾ Keine Bedenken bestehen freilich gegen die Wirksamkeit eines Rügeverzichts, wenn die Parteien nach Belehrung durch das Berufungsgericht über die durch einen erstinstanzlichen Richterwechsel bedingte Notwendigkeit einer abermaligen Vernehmung von einer Anhörung der Zeugen Abstand nehmen.

2. Parteivernehmung

Handelt es sich um ein Vier-Augengespräch zwischen Patient und Arzt, kommt eine Parteivernehmung in Betracht. Der **Grundsatz der Waffengleichheit**, der **Anspruch auf rechtliches Gehör** sowie das **Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses** und eines **wirkungsvollen Rechtsschutzes** erfordern gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK, dass einer Partei, die für ein Vier-Augen-Gespräch keinen Zeugen hat, Gelegenheit gegeben wird, ihre Darstellung des Gesprächs in den Prozess persönlich einzubringen. Zu diesem Zweck ist die Partei gemäß § 448 ZPO zu vernehmen oder gemäß § 141 ZPO anzuhören.²²⁾ Steht der einen Partei ein Zeuge zur Seite, während die Gegenseite sich auf keinen Zeugen stützen kann, stellt eine **Benachteiligung** dar, die im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 448 ZPO berücksichtigt werden kann, zumal das Gericht einer Parteianhörung der benachteiligten Partei gemäß § 141 ZPO die gleiche Bedeutung wie einer Aussage bei einer Vernehmung zumessen kann.²³⁾ Eine Partei, die über einen Zeugen verfügt, braucht nicht persönlich angehört zu werden.²⁴⁾

3. Sachverständigengutachten

a) Notwendigkeit der Einholung

Der Arzt muss diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden. Ob ein Arzt seine **berufliche Sorgfaltspflicht** verletzt hat, ist deshalb in erster Linie eine Frage, die sich nach medizinischen Maßstäben richtet. Demgemäß muss der Richter den berufsfachlichen Sorgfalthmaßstab mit Hilfe eines medizinischen Sachver-

20) BGH NJW 1995, 1292.

21) BGH NJW 1991, 1180.

22) BGH NJW 2013, 2601 Rn. 10.

23) BGH NJW 2013, 2601 Rn. 11.

24) BGH NJW 2013, 2601 Rn. 12.

ständigen ermitteln. Jedenfalls darf er den medizinischen Standard nicht ohne Sachverständigengrundlage allein aus eigener rechtlicher Beurteilung heraus festlegen.²⁵⁾ Der Tatrichter darf, wenn es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage geht, auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichten, wenn er entsprechende eigene besondere Sachkunde auszuweisen vermag. Zudem muss der Tatrichter, wenn er bei seiner Entscheidung eigene Sachkunde in Anspruch nehmen will, den Parteien zuvor einen entsprechenden Hinweis erteilen. Dies gilt auch, wenn der Tatrichter auf ein Sachverständigengutachten verzichten will, weil er es auf Grundlage eigener Sachkunde für ungeeignet hält.²⁶⁾ Der Hinweis auf medizinische Fachliteratur ist grundsätzlich nicht geeignet, die erforderliche Sachkunde des Gerichts zu begründen. Das Studium solcher Literatur kann infolge der notwendigerweise generalisierenden Betrachtungsweise dem medizinischen Laien nur bruchstückhafte Kenntnisse vermitteln.²⁷⁾ Selbst die Bewertung, ob sich das Versäumnis einer wechselseitigen Kontrolle des Zugangs von Arztbriefen im Verhältnis zwischen überweisendem und hinzugezogenem Arzt als Behandlungsfehler darstellt, kann der Tatrichter erst nach Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens treffen.²⁸⁾ Ein außerhalb des konkreten Rechtsstreits in einem anderen Verfahren erstattetes kann ebenso wie ein von den ärztlichen Schlichtungsstellen gefertigtes Sachverständigengutachten im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden. Auch in diesem Fall muss der Tatrichter aber ein gerichtliches Sachverständigengutachten einholen, wenn das im Urkundenbeweise verwertete Gutachten nicht alle Fragen beantwortet.²⁹⁾

b) Feststellung der Anknüpfungstatsachen

Es ist Sache des Tatrichters, dem Sachverständigen die von diesem benötigten Anknüpfungstatsachen vorzugeben (§ 404a Abs. 3 ZPO). Deshalb hat das Gericht über die Anknüpfungstatsachen vor Einschaltung des Sachverständigen etwa mittels Zeugenvernehmung Beweis zu erheben. Auch kann eine Anhörung nachbehandelnder Ärzte als sachverständige Zeugen in Betracht kommen.³⁰⁾ Schon zum Zwecke der **Beweissicherung** ist der Beweisaufnahme über Anknüpfungstatsachen der zeitliche Vorrang gegenüber der Einholung eines Sachverständigengutachtens zu geben. Nur durch Zeugenbeweis kann geklärt werden, ob der Bauch einer Schwangeren schon bei der Aufnahme bretthart war und deshalb der Verdacht einer vorzeitigen Plazentaablösung bestand.³¹⁾ Für die Einholung eines Sachverständigengutachtens besteht erst eine Grundlage, nachdem durch Zeugenbeweis

25) BGH GesR 2015, 281 Rn. 10; NJW 2002, 2944; NJW 2001, 2795; 2001, 2794; 2001, 2792; 2001, 1786; 1995, 776; Saarl. OLG NJW-RR 2001, 671.

26) BGH MDR 2018, 885 Rn. 16.

27) BGH NJW 1994, 2419.

28) Saarl. OLG MedR 2001, 641 = OLGR Saarbrücken 2000, 438.

29) BGH ZMGR 2008, 222 Rn. 6.

30) BGH NJWE-VHR 1997, 159.

31) Saarl. OLG OLGR Saarbrücken 2000, 403.

geklärt ist, ob der Belegarzt eine werdende Mutter zur Beobachtung oder zur vorzeitigen Einleitung der Geburt auf seine Station überwiesen hat. Es entspricht einer seit jeher bewährten Verfahrensweise, zunächst eine Klärung der tatsächlichen Verhältnisse durch Zeugenbeweis herbeizuführen und auf dieser Grundlage ein Sachverständigengutachten einzuholen.³²⁾ Ist nach der gerichtlichen Würdigung der Zeugenbekundungen davon auszugehen, dass der Patient schweißgebadet erwacht ist, unter Schwindel gelitten, über starke Schmerzen im Nackenbereich und Atemnot geklagt hat, sind diese Umstände in einem kardiologischen Gutachten zu berücksichtigen.³³⁾ Vielfach verläuft die Behandlung in nur dem Arzt und dem Patienten einsehbaren Bahnen. Hier sollten die Gerichte von der Möglichkeit der Parteianhörung (§ 141 ZPO) großzügig Gebrauch machen.³⁴⁾

e) Pflicht des Gerichts zur Beiziehung von Krankenunterlagen

Der Patient ist nicht verpflichtet, seinerseits die Krankenunterlagen zu beschaffen und sie bei Klageeinreichung dem Gericht zur Verfügung zu stellen. Die Beiziehung von Krankenunterlagen ist vielmehr Ausfluss der **Prozessförderungspflicht** des Gerichts, das die Krankenunterlagen bei dem Beklagten oder der zuständigen Stelle anzufordern und dem Sachverständigen zur Fertigung des Gutachtens zu überlassen hat. Im Rahmen der ZPO-Reform hat der Gesetzgeber erstmals durch § 142 Abs. 1 und 2 ZPO eine Vorlegungspflicht für Dritte statuiert, sofern eine schlüssige Klage vorliegt, ihnen eine Vorlegung unter Berücksichtigung ihrer berechtigten Interessen zumutbar ist und kein Zeugnisverweigerungsrecht besteht. Das Gericht darf die Urkundenvorlegung nicht zum bloßen Zweck der Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags der Partei anordnen. Auf der Grundlage des § 142 Abs. 1 können regelmäßig Krankenunterlagen bei dritten, am Rechtsstreit nicht beteiligten Ärzten oder Kliniken angefordert werden. Diese Stellen sind nach § 630g BGB ohnehin verpflichtet, dem Patienten Einsicht in seine Krankenunterlagen zu gewähren. Im Erkenntnisverfahren ist gegen die Ablehnung einer Anordnung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO eine Beschwerde nicht statthaft. Das Unterlassen einer Anordnung nach dieser Vorschrift, das einen revisiblen Verfahrensfehler darstellen kann, ist vielmehr im Rechtsmittelverfahren überprüfbar.³⁵⁾ Zieht das Gericht trotz Anregung einer Partei die Möglichkeit, eine Anordnung nach § 142 ZPO zu treffen, nicht einmal in Betracht, liegt ein Verfahrensfehler vor.³⁶⁾ Überdies kann eine Partei die Beiziehung der Krankenunterlagen **ausdrücklich beantragen**; diesem Antrag hat das Gericht Folge zu leisten.³⁷⁾

32) Saarl. OLG OLGR Saarbrücken 1998, 203.

33) BGH NJW-RR 2008, 263 Rn. 8.

34) BGH NJW-RR 2001, 1431 = BGHReport 2001, 660.

35) BGH GesR 2017, 173 Rn. 12.

36) Saarl. OLG OLGR Saarbrücken 2003, 252.

37) BGH NJW 2008, 2994 Rn. 3.

d) Pflicht des Sachverständigen zur Auswertung der Krankenunterlagen

Nach Eingang eines Sachverständigengutachtens hat das Gericht zu prüfen, ob der Sachverständige den Sachverhalt vollständig ausgewertet hat. Das Gericht hat auch dafür Sorge zu tragen, dass der Sachverständige die ihm überlassenen Krankenakten bei der Gutachtenerstellung tatsächlich verwendet. Die vorherige Beiziehung der Krankenakte durch das Gericht bringt die Weisung zum Ausdruck (§ 404a ZPO), dass der Sachverständige sein Gutachten unter Auswertung der Krankenunterlagen zu fertigen hat. Ein **ohne Einblick** in die Krankenunterlagen erstelltes Sachverständigengutachten ist fehlerhaft und bildet keine taugliche Entscheidungsgrundlage.³⁸⁾

e) Mündliche Anhörung des Sachverständigen

aa) Anhörung von Amts wegen

Zur näheren Aufklärung kann häufig die mündliche Anhörung des Sachverständigen zweckdienlich, wenn nicht geboten sein. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Äußerungen medizinischer Sachverständiger nachzuvollziehen und kritisch auf ihre Vollständigkeit und **Widerspruchsfreiheit** zu prüfen. Dies gilt sowohl für Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen als auch für Widersprüche zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger, selbst wenn es dabei um Privatgutachten geht.³⁹⁾ Erkennbaren **Unklarheiten und Widersprüchen hat der Tatrichter nachzugehen**,⁴⁰⁾ sie dem Sachverständigen vorzuhalten und im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sachaufklärung erforderlichenfalls ein weiteres Gutachten einzuholen. Widersprüche zwischen der Begutachtung eines gerichtlichen Sachverständigen und den Ausführungen einer ärztlichen Schlichtungsstelle sind beispielsweise durch gezielte Nachfrage im Rahmen der mündlichen Anhörung des Sachverständigen abzuklären. Eine solche Nachfrage ist auch geboten, wenn die Auffassung des Sachverständigen von der medizinischen Fachliteratur, wonach bei primärer Anwendung eines Hysteroskops die Wahrscheinlichkeit einer Perforation nur 0,1% beträgt, abweicht.⁴¹⁾ Ferner bedarf es einer gezielten Befragung des Sachverständigen, falls der Sachverständige im Unterschied zu seinem schriftlichen Gutachten bei seiner mündlichen Anhörung einen Behandlungsfehler verneint.⁴²⁾ Legt eine Partei ein medizinisches Gutachten vor, das im Gegensatz zu den Erkenntnissen des gerichtlich bestellten Sachverständigen steht, so darf der Tatrichter den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt.⁴³⁾ Das Gericht darf sich nicht mit einer eigenen Interpretation über Widersprüche in dem Sachverständigengut-

38) BGH VersR 2013, 1045 Rn. 14; Saarl. OLG OLGR Saarbrücken 2003, 252.

39) BGH NJW 2015, 411, Rn. 15.

40) BGH VersR 2011, 400 Rn. 16, 17; BGH NJW-RR 2011, 428 Rn. 9; BGH NJW 2015, 411, Rn. 15.

41) BGH NJW 2003, 2311.

42) BGH NJW 2003, 2311; 2001, 2791.

43) BGH NJW 2015, 411, Rn. 15.

achten hinwegsetzen. Unklarheiten und Zweifel zwischen verschiedenen Bekundungen des Sachverständigen hat das Gericht durch eine gezielte Befragung zu klären.⁴⁴⁾ Versäumt es dies und legt es ein widersprüchliches Gutachten seiner Entscheidung zugrunde, kann, wenn entsprechender Vortrag der Partei nicht beachtet wurde, ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG vorliegen.⁴⁵⁾ Vermag der Sachverständige die Widersprüche nicht auszuräumen, so ist von Amts wegen ein anderer Gutachter zu bestellen.⁴⁶⁾ Holt das Gericht auf ein von einer Partei vorgelegtes Privatgutachten eine ergänzende Stellungnahme des gerichtlichen Sachverständigen ein, so braucht das Gericht, wenn die Partei ein weiteres mit dem früheren inhaltlich übereinstimmendes Privatgutachten einreicht, weder den gerichtlich bestellte Sachverständigen erneut zu hören, noch ein zusätzliches Gutachten im Sinne des § 412 ZPO in Auftrag zu geben.⁴⁷⁾ Geht der gerichtliche Gutachter von einer weiteren Funktionstüchtigkeit eines Herzschrittmachers über die Dauer eines Jahres aus, darf das Gericht diese Feststellung nicht zugrunde legen, wenn nach dem Inhalt eines von dem Kläger vorgelegten Privatgutachtens die nominelle Laufzeit von sechs Jahren bereits überschritten war.⁴⁸⁾

bb) Antrag auf Anhörung des Sachverständigen

Nach §§ 402, 397 ZPO sind die Parteien berechtigt, dem Sachverständigen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung der Sache für dienlich erachten. Daraus hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die **Pflicht des Gerichts** abgeleitet, dem Antrag einer Partei auf mündliche Befragung gerichtlicher Sachverständiger zu folgen. Auf die Frage, ob das Gericht selbst das Sachverständigengutachten für klärungsbedürftig hält, kommt es nicht an. Es gehört zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs, dass die Parteien den Sachverständigen Fragen stellen, ihnen Bedenken vortragen und sie um nähere Erläuterung von Zweifelpunkten bitten können. Dem Antrag der Partei auf Ladung des Sachverständigen ist auch dann zu entsprechen, wenn er das Gutachten im selbständigen Beweisverfahren erstattet hat.⁴⁹⁾ Ein Antrag auf Anhörung des Sachverständigen kann nur abgelehnt werden, wenn er **verspätet** oder **rechtsmissbräuchlich** gestellt wurde.⁵⁰⁾ Setzt das Gericht nach § 411 Abs. 4 S. 2 ZPO eine Frist zur Mitteilung von Ergänzungsfragen, muss es den Inhalt seiner Verfügung so eindeutig und klar abfassen, dass bei der betroffenen Partei von Anfang an keine Fehlvorstellungen über die gravierenden Nachteile der mit der Nichtbeachtung der Frist verbundenen Rechtsfolgen aufkommen können. Wird den Parteien lediglich Gelegenheit gegeben, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu dem Gutachten Stellung zu nehmen, so wird damit nur der schriftliche Dialog der Parteien über

44) BGH NJW 2001, 2791 = MedR 2001, 28 mit Anm. Gehrlein.

45) BGH NJW-RR 2008, 263 Rn. 9.

46) BGH NJW 2001, 1787; 1999, 1778; VersR 1980, 533; Saarl. OLG OLGReport Saarbrücken 2000, 403; 2000, 426.

47) BGH NJW 2001, 2798.

48) BGH NJW 2004, 1871.

49) BGH NJW-RR 2007, 1294 Rn. 2.

50) BVerfG NJW 1998, 2273; BGH NJW-RR 2001, 1431; NJW 1998, 162; 1997, 802.

den Inhalt des Gutachtens eröffnet, aber keine Ausschlussfrist gesetzt.⁵¹⁾ Von einem **Rechtsmissbrauch** kann keine Rede sein, wenn die Partei, wie in § 411 Abs. 4 S. 1 ZPO vorgesehen, konkret vorgetragen hat, worin sie Unklarheiten und Erläuterungsbedarf sieht und in welcher Richtung sie ihre Fragen ausüben will.⁵²⁾ Dagegen kann von der Partei nicht verlangt werden, dass sie die an den Sachverständigen zu richtenden Fragen im Voraus formuliert.⁵³⁾

Bei dieser Sachlage sollte der Anwalt anstelle pauschaler Kritik eine mündliche **Anhörung des Sachverständigen beantragen**. Mit dem Antrag sollte, um dem Einwand des Rechtsmissbrauchs vorzubeugen, dargelegt werden, **welche Punkte klärungsbedürftig** erscheinen. Diese Darlegung kann durchaus in knapper Form erfolgen und erspart dem Anwalt eine umfangreiche Auseinandersetzung mit den Wertungen des Sachverständigen. Gelingt es dem Anwalt, im Rahmen der Befragung Widersprüche des Gutachtens aufzudecken, kann die Beauftragung eines anderen Gutachters geboten sein.⁵⁴⁾ Von dem Recht auf mündliche Anhörung hat der Anwalt im Interesse seines Mandanten regelmäßig Gebrauch zu machen. Ist das Landgericht dem Antrag auf Anhörung nicht gefolgt, so muss er im **Berufungsrechtszug wiederholt** werden.⁵⁵⁾ Ist dies geschehen, muss das Berufungsgericht dem Antrag stattgeben.⁵⁶⁾

cc) Protokollierung der Angaben des Sachverständigen

Mündliche Erklärungen von Sachverständigen sind nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO grundsätzlich im Protokoll festzustellen. Bei einer wiederholten Anhörung oder bei einer mündlichen Erläuterung des schriftlichen Gutachtens sind jedenfalls die Erklärungen zu protokollieren, die inhaltlich von früheren Aussagen abweichen. Davon darf im Einverständnis mit den Parteien nur abgesehen werden, wenn die an sich zu protokollierende Aussage in einem Berichterstattervermerk hinreichend klar und vollständig niedergelegt wird, damit eine revisionsrechtliche Prüfung darüber möglich ist, ob das Berufungsgericht den Sachverständigen in diesem Punkt richtig verstanden hat. Werden die von seiner schriftlichen Bewertung abweichenden mündlichen Erklärungen des Sachverständigen weder protokolliert noch in einem Berichterstattervermerk festgehalten, so handelt es sich um einen Verstoß gegen § 286 ZPO.⁵⁷⁾

dd) Vorlage eines Privatgutachtens

Der Bundesgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass gerade in Arzthaftungsprozessen Äußerungen medizinischer Sachverständiger kritisch auf ihre **Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit** zu prüfen sind. Das gilt sowohl für Widersprüche zwischen einzelnen

51) BGH NJW-RR 2001, 1431.

52) BGH NJW-RR 2003, 208; NJW-RR 2001, 1431; NJW 1998, 162; BGH NJW-RR 2014, 295 Rn. 9.

53) BGH NJW-RR 2003, 208.

54) BGH NJW 1999, 1778.

55) BGH NJW 1996, 788; BGH NJW-RR 2003, 208; Saarl. OLG OLGR Saarbrücken 1999, 460.

56) BGH NZV 2005, 463.

57) BGH NJW 2003, 2311.

Erklärungen desselben Sachverständigen⁵⁸⁾ als auch für Widersprüche zwischen Aussagen mehrerer Sachverständiger, selbst wenn es sich dabei um **Privatgutachten** handelt. Einwendungen einer Partei sind nicht nur dann ernst zu nehmen, wenn sie auf eigenen Überlegungen beruhen, sondern erst recht, wenn die Partei sich durch Befragung von Experten sachkundig gemacht hat oder gar ein von ihr besorgtes Privatgutachten vorlegt, auf das sie sich bezieht. Das Gericht hat sich damit ebenso sorgfältig auseinanderzusetzen, als wenn es sich um die abweichende Stellungnahme eines von ihm selbst bestellten weiteren Gutachters handeln würde. Vor allem in Arzthaftungsprozessen bleibt der Partei nämlich häufig gar nichts anderes übrig, als ein für sie ungünstiges Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen mit Hilfe eines Privatgutachtens überprüfen zu lassen und dann dessen Ansicht vorzutragen.⁵⁹⁾ Bestehende **Widersprüche** sind in geeigneter Form **aufzuklären**. Dazu bietet sich an,

- den Gutachter zu einer Ergänzung seines schriftlichen Gutachtens zu veranlassen und/oder ihn, wenn das zweckmäßig erscheint,
- zur mündlichen Verhandlung zu laden und zu befragen,
- während es in schwierigen Fällen geboten sein kann, ein weiteres Gutachten einzuholen.⁶⁰⁾

Bestehen Zweifel oder Unklarheiten, kann sich das Gericht trotz einer mündlichen Anhörung des Sachverständigen nicht auf dessen Gutachten berufen, wenn eine **gezielte Befragung** des Sachverständigen im Blick auf die Widersprüche unterblieben ist.⁶¹⁾ Die Anwesenheit des Privatgutachters in der Beweisaufnahme enthebt das Gericht nicht seiner Verpflichtung zur Aufklärung von Widersprüchen.⁶²⁾ Führt die Anhörung des Sachverständigen ansonsten zu keiner Klarstellung, ist ein weiteres Gutachten zu erheben.⁶³⁾ Äußert der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung **erstmalig**, der Patient habe über die Alternative einer konservativen Behandlung aufgeklärt werden müssen, und legt die Arztseite innerhalb der Spruchfrist ein gegenteiliges Privatgutachten vor, muss das Gericht die mündliche Verhandlung wieder eröffnen, auch wenn eines Schriftsatzfrist nicht beantragt worden war.⁶⁴⁾ Auch der Behandlungsseite Gelegenheit zu einer nochmaligen Stellungnahme zu geben, wenn der medizinische Sachverständige in seinen mündlichen Ausführungen neue und ausführlichere Beurteilungen gegenüber dem bisherigen Gutachten abgegeben hat.⁶⁵⁾

58) BGH NJW 2001, 2791 = MedR 2002, 28 mit Anm. *Gehrlein*; 2001, 1787.

59) BGH NJW 2004, 1871; 1998, 2735; 1993, 2989; 1992, 1459; BGH NJW 2008, 2846, 2848 Rn. 24; Saarl. OLG MedR 1999, 222.

60) BGH NJW 2001, 2796; 2001, 2791 = MedR 2002, 28 mit Anm. *Gehrlein*; 2001, 1787; 1998, 2735; 1986, 1928; BGH NJW 2008, 2846, 2848 Rn. 25; BGH, VersR 2013, 1045 Rn. 19; Saarl. OLG MedR 1999, 222.

61) BGH NJW 2001, 2791 = MedR 2002, 28 mit Anm. *Gehrlein*.

62) BGH NJW 2008, 2846, 2848 Rn. 26.

63) BGH NJW 2001, 1787.

64) BGH NJW 2001, 2796.

65) BGH NJW-RR 2011, 428 Rn. 5.

Unterbreitet eine Partei nach Schluss der mündlichen Verhandlung ein Privatgutachten, das **inhaltlich** einem von ihr schon zuvor eingereichten anderen Privatgutachten entspricht, braucht das Gericht weder ein neues Gutachten einzuholen, noch den gerichtlichen Gutachter abermals zu hören.⁶⁶⁾

Danach bietet ein Privatgutachten ein probates Mittel, die Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen in Zweifel zu ziehen. Kann die Partei die Beauftragung eines Privatgutachters finanziell tragen, so sollte ihr der Anwalt hierzu raten. Gerade in gewichtigen Verfahren wird das Gericht im Falle einer Divergenz einen weiteren Gutachter hinzuziehen.

ee) Einholung eines weiteren Gutachtens

Grundsätzlich steht die Einholung eines weiteren Gutachtens im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (§ 412 ZPO). Die Erhebung eines weiteren Gutachtens ist freilich geboten, wenn

- die Sachkunde des bisherigen Gutachters zweifelhaft ist,
- das Gutachten von **unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen** ausgeht oder mit sonstigen **Mängeln** behaftet ist,
- Widersprüche nicht geklärt werden können,
- besonders schwierige Fragen zu entscheiden sind oder
- der neue Sachverständige über **überlegene Forschungsmittel** verfügt.⁶⁷⁾

Greift eine dieser Alternativen ein, ist das Gericht von Amts wegen zur Einholung eines weiteren Gutachtens verpflichtet.

66) BGH NJW 2001, 2798 = VersR 2001, 592 mit Anm. *Gehrlein*.

67) BGH NJW 1999, 1778; Saarl. OLG OLGR Saarbrücken 2000, 403; 2000, 427.