



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VI ZB 1/16

vom

13. Dezember 2016

in dem selbständigen Beweisverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

ZPO § 406 Abs. 1, § 41 Nr. 8

Ein Sachverständiger kann nach § 406 Abs. 1 Satz 1, § 41 Nr. 8 ZPO abgelehnt werden, wenn er in derselben Sache in einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, wozu auch ein Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle einer Landesärztekammer zählt, als Sachverständiger mitgewirkt hat.

BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2016 - VI ZB 1/16 - OLG Frankfurt am Main  
LG Frankfurt am Main

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter Galke, den Richter Offenloch und die Richterinnen Dr. Oehler, Dr. Roloff und Müller

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10. Dezember 2015 aufgehoben.

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss der 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 16. Oktober 2015 aufgehoben.

Die Ablehnung des Sachverständigen Prof. Dr. R. durch den Antragsteller ist begründet.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren beträgt 3.333,33 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Antragsteller wurde Ende des Jahres 2011 wegen eines Adenokarzinoms des Colon ascendens im von der Antragsgegnerin betriebenen Krankenhaus stationär und anschließend ambulant behandelt. Nach der Behandlung

wandte er sich an die Gutachter- und Schlichtungsstelle für ärztliche Behandlungen bei der Landesärztekammer Hessen mit der Behauptung, die Behandlung sei fehlerhaft gewesen. Das daraufhin von Prof. Dr. R. im Jahr 2013 erstattete fachinternistische, gastroenterologische und onkologische Gutachten verneinte das Vorliegen von Behandlungsfehlern. Das Gutachten wurde von der Gutachterkommission bestätigt.

- 2 Ende des Jahres 2014 beantragte der Antragsteller die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens gemäß § 485 ZPO durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zu verschiedenen medizinischen Behauptungen, unter anderem zur Frage nach dem Vorliegen von Behandlungsfehlern. Das Landgericht, das den Antrag zunächst zurückgewiesen hatte, gab ihm nach Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses im Beschwerdeverfahren, entsprechend der vom Beschwerdegericht getroffenen Anordnung, statt und bestimmte Prof. Dr. R., der bereits das Gutachten für die Gutachter- und Schlichtungsstelle erstellt hatte, zum Sachverständigen. Der Antragsteller hat den Sachverständigen im Hinblick auf dessen Tätigkeit im Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Das Gesuch hatte vor dem Landgericht keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht hat die vom Antragsteller dagegen geführte sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

## II.

- 3 Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie hat in der Sache Erfolg.

4           1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

5           Die Bestellung von Prof. Dr. R. zum Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren sei nicht gemäß § 406 Abs. 1 Satz 1, § 41 Nr. 8 ZPO ausgeschlossen. Die Regelung des § 41 Nr. 8 ZPO stelle sicher, dass ein Richter, der mit den Parteien ein Mediationsverfahren oder anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung durchgeführt habe, bei einem Scheitern der Vergleichsbemühungen in einem späteren Verfahrensstadium nicht zugleich für eine streitige Entscheidung der Sache zuständig sein könne. Damit werde einem Grundmerkmal der Mediation Rechnung getragen und den Parteien die Befürchtung genommen, dass im Rahmen des Mediationsverfahrens offenbarte Umstände bei einer streitigen Entscheidung gegen sie verwendet werden könnten. Die Gefahr der Gefährdung der Vertraulichkeit eines Mediationsverfahrens oder anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung sei hingegen bei einem an einem solchen Verfahren mitwirkenden Sachverständigen nicht gegeben. Denn der Sachverständige werde nur als "Gehilfe" des Gerichts tätig.

6           Auch eine Ablehnung des Prof. Dr. R. wegen Besorgnis der Befangenheit nach § 406 Abs. 1 Satz 1, § 42 ZPO habe keinen Erfolg. Die Vorbefassung eines Sachverständigen im Gutachter- und Schlichtungsverfahren stelle für sich gesehen keinen Ablehnungsgrund dar. Die Besorgnis, der Gutachter werde von seinen bisherigen Feststellungen nicht mehr abweichen, lasse sich nicht objektivieren, weil der Sachverhalt im Rechtsstreit aufgeklärt werden könne und weil es dem Antragsteller unbenommen bleibe, etwaige Einwendungen gegen die Vollständigkeit und Richtigkeit der gutachterlichen Feststellungen vorzubringen.

7            2. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Ablehnung des Sachverständigen Prof. Dr. R. durch den Antragsteller ist gemäß § 406 Abs. 1 Satz 1, § 41 Nr. 8 ZPO begründet.

8            a) Nach § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die Ablehnung eines Sachverständigen danach grundsätzlich auch dann möglich ist, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen ein Richter von der Ausübung des Richteramtes nach § 41 ZPO ausgeschlossen wäre (vgl. nur Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 406 Rn. 7). Eine Ausnahme für den Fall des § 41 Nr. 8 ZPO sieht - anders als bezüglich § 41 Nr. 5 ZPO - auch § 406 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht vor. Nach § 41 Nr. 8 ZPO ist ein Richter in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat, von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen. Da Prof. Dr. R. im Rahmen des vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle für ärztliche Behandlungen bei der Landesärztekammer Hessen stattgehabten Verfahrens - ein anderes Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung im Sinne des § 41 Nr. 8 ZPO - ein Gutachten erstattet hat, kann er danach nach dem klaren Wortsinne der genannten Vorschriften (vgl. BVerfG, NJW 2011, 836 Rn. 53) als Sachverständiger im vorliegenden selbständigen Beweisverfahren abgelehnt werden.

9            b) Für eine teleologische Reduktion der genannten Vorschriften dahingehend, dass sich die Ablehnungsmöglichkeit nicht auf Sachverständige erstreckt, die im Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle einer Landesärztekammer hinzugezogen wurden, sieht der erkennende Senat keine hinreichenden Gründe. Eine teleologische Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (BGH, Ur-

teile vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 22). Eine solche kann hier nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden. Jedenfalls liegt hier kein Sachverhalt vor, der vom Normzweck der genannten Vorschriften nicht erfasst wird.

10           aa) Fraglich ist allerdings, ob sich der historische Gesetzgeber den sich aus § 41 Nr. 8 ZPO über § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO für Sachverständige ergebenden Konsequenzen bewusst war. § 41 Nr. 8 ZPO wurde - noch als § 41 Nr. 7 ZPO - durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012 (BGBl. I, 1577) geschaffen und ist damit jünger als die Vorschrift des § 406 Abs. 1 ZPO. Den Gesetzesmaterialien lässt sich - soweit ersichtlich - nicht entnehmen, dass die Auswirkungen der Neuregelung auf im außergerichtlichen Streitschlichtungsverfahren tätig gewesene Sachverständige Gegenstand der Erörterungen im Gesetzgebungsverfahren gewesen wären. Es kann aber umgekehrt auch nicht festgestellt werden, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Neuregelung auf mitwirkende Richter hätte beschränken wollen.

11           bb) Letztlich kann dies aber offen bleiben. Denn Sinn und Zweck des § 41 Nr. 8 ZPO tragen auch den „Ausschluss“ des Sachverständigen.

12           Ausweislich der § 41 Nr. 8 ZPO zugrundeliegenden Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 17/5335, S. 20) dient die Vorschrift der Gewährleistung einer offenen und vertrauensvollen Atmosphäre im Mediations- bzw. sonstigen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, die als gefährdet angesehen wird, müssten die Parteien befürchten, dass Richterinnen und Richter die ihnen in diesem Verfahren bekannt gewordenen Tatsachen später ihrer (streitigen) Entscheidung zugrunde legen. Eine jedenfalls ähnliche Gefahr besteht, müssten die am außergerichtlichen Konfliktbeilegungsverfahren Beteiligten befürchten,

"ihrem" Sachverständigen in einem späteren gerichtlichen Verfahren erneut zu begegnen. Denn auch gerichtlich bestellte Sachverständige haben über ihre Gutachten auf den Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens regelmäßig erheblichen Einfluss. Müssen Beteiligte eines außergerichtlichen Konfliktbelegungsverfahrens nunmehr damit rechnen, dass der Sachverständige seine in diesem Verfahren gewonnenen Eindrücke und Erkenntnisse ins spätere gerichtliche Verfahren transportiert, können sie sich veranlasst sehen, sich bereits im außergerichtlichen Konfliktbelegungsverfahren in einer Weise zu verhalten, von der sie sich im Hinblick auf den Sachverständigen Vorteile für ein möglicherweise nachfolgendes gerichtliches Verfahren versprechen. Ein solches Taktieren will § 41 Nr. 8 ZPO zum Schutz einer offenen und vertrauensvollen Atmosphäre im außergerichtlichen Konfliktbelegungsverfahren aber gerade verhindern.

13 Dem steht nicht entgegen, dass in einem außergerichtlichen Konfliktbelegungsverfahren erstattete Sachverständigengutachten in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren im Wege des Urkundenbeweises gewürdigt werden können (vgl. Senatsurteile vom 6. Mai 2008 - VI ZR 250/07, VersR 2008, 1216 Rn. 6; vom 2. März 1993 - VI ZR 104/92, VersR 1993, 749, 750). Denn schon das Wissen der Beteiligten darum, dass der Sachverhalt in einem späteren Gerichtsverfahren einem anderen Sachverständigen unterbreitet wird und damit von vornherein eine Überprüfung der im außergerichtlichen Konfliktbelegungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse gewährleistet ist, kann zu einer offenen und vertrauensvollen Atmosphäre im Schlichtungsverfahren beitragen.

14 Ob die dargelegte Gefahr für eine offene und vertrauensvolle Atmosphäre des Konfliktbelegungsverfahrens bei zu befürchtender Bestellung desselben Sachverständigen im nachfolgenden Gerichtsverfahren im konkreten Einzelfall tatsächlich besteht, ist unerheblich. Anders als § 42 ZPO schließt § 41 ZPO

betroffene Richter in den dort genannten Fällen von der Ausübung des Richteramtes unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalles aus; über § 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO gilt dasselbe für Sachverständige. Hinzunehmen ist schließlich auch die Entscheidung des Gesetzgebers, dass von § 41 Nr. 8 ZPO nicht nur Mediationsverfahren, sondern sämtliche Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung und damit auch Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen der Landesärztekammern erfasst werden.

III.

15 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 46 Rn. 20 mwN).

Galke

Offenloch

Oehler

Roloff

Müller

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 16.10.2015 - 2-04 OH 1/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 10.12.2015 - 8 W 66/15 -