



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VI ZB 23/16

vom

29. November 2016

in Sachen

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 142 Abs. 1, § 567 Abs. 1 Nr. 2, § 492

Die Ablehnung einer im selbständigen Beweisverfahren begehrten Anordnung der Urkundenvorlegung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO ist nicht mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.

BGH, Beschluss vom 29. November 2016 - VI ZB 23/16 - OLG Karlsruhe  
LG Mannheim

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. November 2016 durch den Vorsitzenden Richter Galke, den Richter Wellner, die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff und den Richter Dr. Klein

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 2. Juni 2016 wird auf Kosten der Antragstellerin als unzulässig verworfen.

Der Streitwert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 20.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Rechtsbeschwerdeführerin (im Folgenden: Antragstellerin) wurde am 27. Januar 2011 im Klinikum der Antragsgegnerin operiert. Nach der Operation kam es zu einem massiven Entzündungsgeschehen und einer Peritonitis (Bauchfellentzündung) mit der Folge weiterer Operationen und Therapiemaßnahmen. Nachdem in den Medien über angeblich unzureichende Hygienezustände im Klinikum der Antragsgegnerin berichtet worden war, machte die Antragstellerin im November 2014 Ansprüche wegen des Verdachts einer ver-

meidbaren Keiminfizierung anlässlich der Operation vom 27. Januar 2011 geltend. Die Haftpflichtversicherung der Antragsgegnerin lehnte eine Haftung ab.

2 Die Antragstellerin leitete daraufhin ein selbständiges Beweisverfahren ein. Mit Beschluss vom 22. Oktober 2015 ordnete das Landgericht die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu folgenden Fragen an:

"1. Ist für die bei der Klägerin im Anschluss an die bei der Antragsgegnerin durchgeführte Operation vom 27.01.2011 entstandene massive Entzündung im Bauchraum die Verwendung nicht steriler Instrumente während des fraglichen Erst-Eingriffs verantwortlich oder können nicht sterile Instrumente hierfür verantwortlich sein?

2. Wurden die Hygienevorschriften insbesondere bezüglich der ausreichenden Sterilität von Operationsbesteck im Zusammenhang mit der bei der Antragstellerin durchgeführten Operation eingehalten?

3. Falls der Gutachter Verstöße gegen Hygienevorschriften feststellt: Wurde derart gegen gesicherte oder bewährte Erkenntnisse verstoßen, dass dieser Verstoß aus objektiver ärztlicher Sicht nicht verständlich erscheint, weil es [sic] einem Arzt aus dieser objektiven ärztlichen Sicht nicht unterlaufen durfte?"

3 Der von dem Landgericht bestellte Sachverständige teilte dem Landgericht mit, die ihm überlassenen Krankenunterlagen enthielten keine Dokumentation der Aufbereitung der während des Eingriffs verwendeten Instrumente. Er benötige zudem "die damals (2011) gültigen SOP bzw. intern gültigen Aufbereitungsvorschriften der Zentralen Sterilgutversorgung (ZSVA) bzw. der Einrichtung, die klinikseitig mit der Aufbereitung des Instrumentariums beauftragt wurde". Die Antragstellerin bat das Landgericht daraufhin um Mitteilung, ob es die benötigten Unterlagen gemäß § 142 ZPO beiziehen werde.

4 Das Landgericht hat dies als Antrag der Antragstellerin ausgelegt und den Antrag mit Beschluss vom 13. Januar 2016 zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht hat die dagegen eingelegte Beschwerde der Antragstellerin als unbegründet zurückgewiesen, weil die Vorschrift des § 142 Abs. 1 ZPO im

selbständigen Beweisverfahren keine Anwendung finde. Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

## II.

5 Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig.

6 1. Die Rechtsbeschwerde ist nur zulässig, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) oder das Beschwerdegericht sie in dem angefochtenen Beschluss zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Die erstgenannte Alternative liegt nicht vor. Die auf Grundlage der zweiten Alternative vorgenommene Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht ist für das Rechtsbeschwerdegericht nicht bindend, wenn die Rechtsbeschwerde gegen die angefochtene Entscheidung bereits nicht statthaft ist. Eine nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidung kann nicht durch Zulassung einer Anfechtung unterworfen werden. Das gilt erst recht, wenn schon das Rechtsmittel zum Beschwerdegericht nicht zulässig gewesen ist (Senatsbeschluss vom 9. Februar 2010 - VI ZB 59/09, VersR 2010, 1241 Rn. 3 mwN; BGH, Beschlüsse vom 17. August 2011 - VIII ZB 57/10, WuM 2012, 47 Rn. 4; vom 20. April 2011 - VII ZB 42/09, MDR 2011, 746).

7 2. So verhält es sich hier. Gegen die Ablehnung der Anordnung der Urkundenvorlegung gemäß § 142 ZPO ist im selbständigen Beweisverfahren kein Rechtsmittel gegeben. Weder ist im Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass gegen die im selbständigen Beweisverfahren ergangene Entscheidung, eine Urkundenvorlegung gemäß § 142 ZPO nicht anzuordnen, die sofortige Beschwerde

statthaft ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) noch handelt es sich in diesen Fällen um eine von § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO erfasste Entscheidung.

8 a) Die sofortige Beschwerde findet statt gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte, wenn es sich um solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

9 Dabei entspricht es einhelliger Meinung, dass unter dem Tatbestandsmerkmal "Gesuch" nur ein förmlicher Antrag zu verstehen ist und eine Anregung der Partei demgegenüber nicht genügt. Die Parteien sollen nicht die gesamte Amtstätigkeit des Gerichts einer Beschwerde zugänglich machen können. Deshalb ist dem Antragsteller die Beschwerde versagt, wenn die angefochtene Entscheidung ohne die Notwendigkeit eines Antrags von Amts wegen ergehen kann (BGH, Beschlüsse vom 22. Juni 2016 - XII ZB 142/15, FamRZ 2016, 1679 Rn. 15; vom 25. Februar 2015 - XII ZB 242/14, FamRZ 2015, 743 Rn. 16; vom 6. November 2013 - I ZB 48/13, GRUR 2014, 705 Rn. 8; vom 13. November 2008 - IX ZB 231/07, NJW-RR 2009, 210 Rn. 12; Ball in Muielak/Voit, ZPO, 13. Aufl., § 567 Rn. 14; Lipp in MünchKommZPO, 5. Aufl., § 567 Rn. 11 f.; Zöllner/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 567 Rn. 35; Jacobs in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 567 Rn. 8 f.; Jänich in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 567 Rn. 9 ff.).

10 b) So liegt es hier im Hinblick auf die von der Antragstellerin begehrte Vorlegungsanordnung. Gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Die Anordnung ergeht nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift von Amts wegen und steht im Ermessen des Gerichts (BGH, Urteil vom

26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 20). Unabhängig von der Frage, ob § 142 ZPO im selbständigen Beweisverfahren (überhaupt) Anwendung findet, ist die Beschwerde gegen einen Beschluss, durch den das Gericht - wie hier - eine solche Anordnung ablehnt, schon deshalb nicht statthaft, weil die Entscheidung einen Antrag nicht erfordert (OLG München, MDR 1984, 592; OLG Karlsruhe, OLGR 2005, 484, 485; OLG Frankfurt, OLGR 2005, 594, 595; OLG Braunschweig, Beschluss vom 5. November 2008 - 1 W 64/08, juris Rn. 11 f.; Prütting/Gehrlein/Ulrich, ZPO, 8. Aufl., § 491 Rn. 2; aA OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 5 W 84/13, juris Rn. 7). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde kommt es daher nicht darauf an, aus welchen Gründen das Gericht die begehrte Anordnung nicht erlässt.

11           c) Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht. Es besteht - ebenso wie bei der Entscheidung über die Einholung eines weiteren Gutachtens (dazu Senatsbeschluss vom 9. Februar 2010 - VI ZB 59/09, VersR 2010, 1241 Rn. 5 ff.) - kein Grund, den Parteien im selbständigen Beweisverfahren ein Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Anordnung nach § 142 Abs. 1 ZPO einzuräumen.

12           aa) Die Beweismöglichkeiten im selbständigen Beweisverfahren gehen grundsätzlich nicht weiter als im Hauptsacheverfahren (§ 492 ZPO). Im Erkenntnisverfahren ist gegen die Ablehnung einer Anordnung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO eine Beschwerde nicht statthaft. Das Unterlassen einer Anordnung nach § 142 Abs. 1 ZPO, das einen revisiblen Verfahrensfehler darstellen kann, ist vielmehr im Rechtsmittelverfahren überprüfbar (BGH, Urteil vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 21 f.). Würde den Parteien im selbständigen Beweisverfahren ein Beschwerderecht eingeräumt, erhielten sie daher ein Rechtsmittel, das ihnen bei einer Beweiserhebung in der Hauptsache nicht zur Verfügung stünde (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Februar 2010 - VI ZB 59/09, VersR 2010, 1241 Rn. 7 zu der Ablehnung der Einholung eines weiteren

Gutachtens gemäß § 412 ZPO). Hält die Antragstellerin die Anordnung der Urkundenvorlegung für notwendig oder geboten, bleibt es ihr unbenommen, die Gründe dafür im Hauptsacheverfahren vorzutragen und dort die Anordnung der Urkundenvorlegung zu beantragen. Gleiches gilt im Übrigen für den nach dem oben Ausgeführten gegen eine Anordnung der Urkundenvorlegung ohnehin gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht beschwerdeberechtigten Antragsgegner, dem es unbenommen bleibt, der nicht erzwingbaren Anordnung nicht Folge zu leisten und im Hauptsacheverfahren deren Unzulässigkeit geltend zu machen.

13           bb) Hinzu tritt, dass die Ablehnung einer Anordnung nach § 142 Abs. 1 ZPO einer Überprüfung im Beschwerdeverfahren entzogen ist.

14           (1) Die Tätigkeit des mit dem selbständigen Beweisverfahren beauftragten Gerichts beschränkt sich auf die Entgegennahme und formelle Prüfung des Antrags (§§ 487, 490 ZPO), die Ladung des Gegners (§ 491 ZPO) und die Durchführung der Beweisaufnahme nach Maßgabe des § 492 ZPO (Senatsbeschluss vom 9. Februar 2010, aaO, Rn. 8). Dem Gericht ist es grundsätzlich verwehrt, bereits im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen (Senatsbeschluss vom 20. Oktober 2009 - VI ZB 53/08, VersR 2010, 133 Rn. 6; BGH, Beschluss vom 16. September 2004 - III ZB 33/04, MDR 2005, 162). Auch eine Beweismwürdigung findet nicht statt (Senatsbeschluss vom 9. Februar 2010 - VI ZB 59/09, VersR 2010, 1241 Rn. 8).

15           (2) Demgegenüber befreit die Vorschrift des § 142 Abs. 1 ZPO die Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, nicht von ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast. Das Gericht darf die Urkundenvorlegung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO nicht zum bloßen Zweck der Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags der Partei anordnen (BGH, Urteile vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 20;

vom 27. Mai 2014 - XI ZR 264/13, WM 2014, 1379 Rn. 29). Nur aus diesem Grund liegt in der Anwendung des § 142 Abs. 1 ZPO keine prozessordnungswidrige Ausforschung des Prozessgegners. Ist dem Gericht im selbständigen Beweisverfahren eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung aber verwehrt, kann es - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat und auch die Rechtsbeschwerde einräumt - die im Rahmen des § 142 Abs. 1 ZPO erforderliche Ermessensausübung nicht vornehmen, mithin diese im Beschwerdeverfahren auch nicht überprüft werden (Kammergericht, NJW 2014, 85 Rn. 27; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12. August 2013 - 6 W 56/13, juris Rn. 30; Willer, NJW 2014, 22, 24 f.; aA wohl Prütting/Gehrlein/Ulrich, ZPO, 8. Auflage, § 491 Rn. 2; Ulrich, IBR 2014, 586).

16 Die von der Rechtsbeschwerde für ihre anderweitige Ansicht in Bezug genommene Rechtsprechung und Literatur verhält sich zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2007 (aaO) entweder nicht oder stammt aus der Zeit vor ihrem Bekanntwerden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 5 W 84/13, juris Rn. 12; Baumbach/Lauterbach-/Albers/Hartmann, ZPO, 75. Aufl., § 142 Rn. 3; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Rn. B 523; Schlosser in FS Sonnenberger, 2004, S. 135, 150, 154; Berger in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 492 Rn. 11; Stegers, MedR 2003, 405).

17 (3) Vor diesem Hintergrund kann die Regelung des § 492 Abs. 1 ZPO nicht dahin ausgelegt werden, dass sie über die dort nach dem Wortlaut in Bezug genommenen Vorschriften über den Beweis durch Sachverständige (§§ 402 ff. ZPO iVm §§ 373 ff. ZPO) und die allgemeinen Vorschriften der Beweisaufnahme (§§ 355 ff. ZPO) hinaus auch eine Verweisung auf § 142 ZPO enthält (vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12. August 2013 - 6 W 56/13,

juris Rn. 28; BT-Drucks. 11/3621 S. 23). Auch in Arzthaftungssachen gilt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nichts anderes.

18            Soweit die Rechtsbeschwerde meint, die Entscheidungserheblichkeit der Behandlungsunterlagen sei offenkundig gegeben, übersieht sie, dass die von dem Sachverständigen erforderten Dokumente nicht Teil der ihm bereits vorliegenden Krankenunterlagen der Antragstellerin sind. Es handelt sich vielmehr um Unterlagen, die der Sachverständige zur Beurteilung des von der Antragstellerin behaupteten Hygieneverstoßes benötigt. Ob diese von der Antragsgegnerin gemäß § 142 Abs. 1 ZPO vorzulegen sind, erfordert eine Wertung, die das Gericht im selbständigen Beweisverfahren gerade nicht vornehmen kann (vgl. Senatsbeschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15, VersR 2016, 1380 Rn. 14 zur sekundären Darlegungslast bei einem Hygieneverstoß).

19            Auch stellt sich das selbständige Beweissicherungsverfahren entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht als vollständig sinnlos oder gar entwertet dar, wenn § 142 Abs. 1 ZPO in seinem Rahmen keine Anwendung findet. Es ist in der Regel ohnehin nicht möglich, den Arzthaftpflichtprozess mit den im selbständigen Beweisverfahren möglichen tatsächlichen Feststellungen zu entscheiden (Senatsbeschluss vom 24. September 2013 - VI ZB 12/13, BGHZ 198, 237 Rn. 21). Gleichwohl kann die Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens - wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt - der Antrag-

stellerin ermöglichen, das Risiko für ein Erkenntnisverfahren abzuschätzen. Eine auch im Erkenntnisverfahren nicht zulässige Ausforschung ist in seinem Rahmen indes nicht gerechtfertigt.

Galke

Wellner

Oehler

Roloff

Klein

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 13.01.2016 - 9 OH 6/15 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 02.06.2016 - 7 W 17/16 -