

Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit

ZPO §§ 406 I 1 u. II, 411 IV

1. Liegt der Ablehnungsgrund im Gutachten, so dass seine Geltendmachung eine Auseinandersetzung mit dessen Inhalt erfordert, ist er im Allgemeinen innerhalb der vom Gericht zur Stellungnahme nach § 411 IV ZPO gesetzten Frist geltend zu machen. Dies gilt auch dann, wenn die Äußerungsfrist verlängert wurde.

2. Für die Ablehnung eines Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit genügt jede Tatsache, die ein auch nur subjektives Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen vernünftigerweise rechtfertigen kann, wie z. B. Abweichungen des Sachverständigen vom Beweisbeschluss und/oder einseitige Übernahme von Parteivortrag. (Leitsätze des Bearbeiters)

OLG Nürnberg, Beschl. v. 6. 10. 2008 – 5 W 790/08
(LG Nürnberg-Fürth)

Problemstellung: Speziell im Arzthaftungsprozess nimmt der Sachverständige eine häufig entscheidende Funktion ein. Ein Ablehnungsantrag gegen ihn ist gemäß § 406 II ZPO spätestens zwei Wochen nach seiner Ernennung zu stellen. Zu einem späteren Zeitpunkt ist die Ablehnung zulässig, wenn der Ablehnungsgrund – wie hier – aus dem Inhalt des Gutachtens hergeleitet wird. Der Antrag ist dann unverzüglich nach Kenntnis von dem Ablehnungsgrund zu stellen.

Das LG hat das Ablehnungsgesuch der Kl. als verspätet angesehen und damit argumentiert, dass die ablehnende Partei im Interesse einer alsbaldigen Klärung nicht

darauf verweisen könne, dass ihr die Frist zur Beantragung der mündlichen Anhörung des Sachverständigen oder einer schriftlichen Ergänzung des Gutachtens vom Gericht verlängert worden sei. Für die Frage der Ablehnung des Sachverständigen gelte die Zwei-Wochen-Frist als zeitliche Obergrenze.

Zu der Fristenfrage hat der BGH (NJW 2005, 1869) bei einer sachlichen Auseinandersetzung mit dem Gutachtensinhalt einen klärenden Standpunkt eingenommen. Danach muss der Partei eine angemessene Zeit zur Überlegung zur Verfügung stehen, wenn sich der Ablehnungsgrund aus dem Inhalt des schriftlichen Gutachtens ergibt. Hat sich die Partei zur Begründung ihres Antrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinanderzusetzen, läuft die Frist zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit im Allgemeinen gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten Frist zur Stellungnahme ab. Der Auffassung des BGH hat sich das OLG Nürnberg angeschlossen und die Rechtzeitigkeit des Ablehnungsgesuchs angenommen.

Zum Sachverhalt: Die Kl. verlangt den Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen zweier erfolgloser Bandscheibenoperationen. Beide Operationen seien fehlerhaft durchgeführt worden, wobei sie auch nicht ausreichend über die Operationsrisiken aufgeklärt worden sei. Die Bekl. vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Kl. sei vor beiden Operationen ausführlich über die damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden, wobei den behandelnden Ärzten auch kein Behandlungsfehler unterlaufen sei. Das LG holte mit Beschl. v. 8. 5. 2007 ein Sachverständigengutachten darüber ein, ob bei den beiden Operationen den Ärzten der Bekl. ein vorwerfbarer ärztlicher Fehler unterlaufen sei. Der Sachverständige kam in seinem Gutachten v. 16. 12. 2007 zu dem Ergebnis, die Durchführung der Operation sei lege artis erfolgt. Daneben enthielt das Gutachten noch Ausführungen zur Frage der Aufklärung, wonach lt. Sachverhaltsschilderung am Tag vor der Operation, also am 13. 8. 2003 um 18.30 Uhr eine ausführliche Aufklärung über die Operation erfolgt sei. Auch vor der zweiten Operation sei wiederum eine sehr ausführliche Aufklärung durch den Operateur vorgenommen worden. Es seien sämtliche Risiken für eine Nichtbesserung der Beschwerden bei der sehr ausgeprägten Adipositas als zusätzliches Risiko etc. erklärt worden. Unter der Überschrift „Bewertung des ärztlichen Vorgehens“ führt der Gutachter dann aus: „Die Patientin wurde sowohl für die erste Operation ... regelrecht und allumfassend aufgeklärt, als auch für die zweite Operation ... Beide Male waren bei der Aufklärung die beiden Operateure die aufklärenden Ärzte, so dass der Informationsfluss stringent und ausreichend gewesen sein muss. ... Aufklärung und Durchführung der Operation erfolgten lege artis.“ Das LG gab den Parteien mit Verfügung v. 8. 1. 2008 auf, bis zum 6. 2. 2008 zum Gutachten Stellung zu nehmen, wobei diese Frist bis 28. 2. 2008 verlängert wurde. Am 28. 2. 2008 lehnte die Kl. den Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit ab und machte zur Begründung u. a. geltend, der Gutachter habe unzulässiger Weise die streitige Aufklärung als Tatsache unterstellt und sich ohne Auseinandersetzung mit ihrem Vorbringen dem Sachvortrag der Behandlerseite angeschlossen. Mit Beschl. v. 27. 3. 2008 wies das LG den Ablehnungsantrag zurück. Hiergegen erhob die Kl. sofortige Beschwerde und wies darauf hin, dass im Beweisbeschluss die Frage der Aufklärung nicht angesprochen gewesen sei, dass hierdurch aber das Beweisthema abschließend festgelegt gewesen wäre. Das OLG Nürnberg hatte dem Sachverständigen Gelegenheit gegeben, zu dem Ablehnungsgesuch Stellung zu nehmen und insbesondere die Frage zu beantworten, warum sich das Gutachten mit der Frage der Aufklärung beschäftigt hat. Die hierauf eingegangene ergänzende gutachterliche Stellungnahme bekräftigte die bisherige Aussage des Gutachtens zur stattgefundenen Aufklärung mit dem Zusatz, dass die beanstandete Aufklärung „nachweislich“ durch einen Arzt erfolgt sei. Die Frage des OLG wurde nicht weiter beantwortet. Auf nochmalige Anfrage des OLG erklärte der Gutachter, dass er Gutachtensaufträge „wie immer“ als allumfassend einschließlich der Aufklärung verstehe. Der gerichtliche Auftrag habe keinen Hinweis enthalten, dass das Procedere bezüglich der Aufklärung gutachtlich nicht behandelt werden sollte. Da dieses Thema immer dazugehöre, habe er die Aufklärung auch in die Beurteilung der Behandlung mit aufgenommen. Die Beurteilung der Aufklärung wäre nur dann aus-

Eingesandt und bearbeitet von
Rechtsanwalt Dr. iur. Frank Kroier, Fachanwalt für Medizinrecht,
Höfener Straße 10, 90763 Fürth, Deutschland

geklammert worden, wenn im gerichtlichen Auftrag dezidiert darauf hingewiesen worden wäre, dass auf die Aufklärung nicht Bezug genommen werden sollte, sondern nur auf das operative Procedere.

Aus den Gründen: Die sofortige Beschwerde der Kl. ist zulässig (§ 406 Abs. 5 ZPO) und hat auch in der Sache Erfolg.

1. Das Ablehnungsgesuch ist rechtzeitig angebracht.

Nach § 406 Abs. 2 ZPO ist ein Ablehnungsantrag spätestens zwei Wochen nach der Ernennung des Sachverständigen zu stellen, es sei denn, der Antragsteller macht glaubhaft, dass er ohne Verschulden gehindert war, den Ablehnungsgrund früher geltend zu machen. Liegt der Ablehnungsgrund im Gutachten, [weshalb] seine Geltendmachung also eine Auseinandersetzung mit dessen Inhalt erfordert, ist er im allgemeinen innerhalb der vom Gericht zur Stellungnahme nach § 144 Abs. 4 ZPO gesetzten Frist geltend zu machen. Dies gilt auch dann, wenn die Äußerungsfrist verlängert wurde (BGH, NJW 2005, 1869; OLG Saarbrücken, OLGR 2008, 261; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., § 406, Rdnr. 7).

Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Frage nach der Rechtzeitigkeit eines Ablehnungsantrags darf nicht zu sehr von der Beurteilung der Umstände des Einzelfalles durch das Prozessgericht abhängig gemacht werden. Die Partei muss schon aus Gründen der Rechtssicherheit wissen, welcher Zeitraum ihr zur Prüfung des Gutachtens in jedweder Hinsicht zur Verfügung steht (BGH, a. a. O.). Daher verbietet sich eine Differenzierung danach, mit welcher Intensität sich die Partei mit dem Gutachtensinhalt auseinandersetzen musste, bevor sie in der Lage war, ein Ablehnungsgesuch zu stellen.

2. Das Ablehnungsgesuch ist begründet.

Nach § 406 Abs. 1 S. 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen abgelehnt werden, die auch zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Dabei ist es unerheblich, ob der Sachverständige tatsächlich parteiisch ist oder sich selbst für befangen hält oder ob das Gericht Zweifel an seiner Unparteilichkeit hat (Huber, in: Musielak, ZPO, 6. Aufl., § 406, Rdnr. 4). Vielmehr genügt hier jede Tatsache, die ein auch nur subjektives Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen vernünftigerweise rechtfertigen kann (BGH, NJW 1975, 1963; Greger, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 406, Rdnr. 8). Nur unvernünftige Gedankengänge des Antragstellers scheiden aus (Musiellak-Huber, a. a. O.).

a) Im Streitfall spricht, objektiv betrachtet, kaum etwas für eine Parteilichkeit des Sachverständigen. Aus der Sicht des Senats war er lediglich bemüht, den ihm unterbreiteten Fall möglichst umfassend auf potentielle Fehler im Behandlungsablauf zu untersuchen, und wertete deshalb, ohne sich näher mit dem Inhalt des Beweisbeschlusses zu beschäftigen, die gesamten Krankenakten einschließlich der beiden Aufklärungsbögen aus. Die Antwort des Sachverständigen auf die Anfrage des Senats v. 25. 4. 2008 bestätigt die Einschätzung, dass er ohne Rücksicht auf den Inhalt der ihm gestellten Fragen versucht, zum gesamten Behandlungsvorgang Stellung zu nehmen. Er ignoriert dabei nämlich völlig den Anlass – das Ablehnungsgesuch der Kl. – und den darauf zielenden Inhalt der Anfrage und liefert lediglich eine Ergänzung seiner ersten gutachterlichen Stellungnahme.

b) Aus der für die Entscheidung maßgeblichen subjektiven Sicht der Kl. konnte dieses Vorgehen jedoch anders wirken, ohne dass ihr hierzu völlig unvernünftige Gedankengänge unterstellt werden müssten.

Sie hatte von Beginn an den behandelnden Ärzten u. a. vorgeworfen, sie über das Verschlechterungsrisiko zumindest vor der entscheidenden ersten Operation nicht aufgeklärt zu haben, und daran auch ungeachtet der von ihr unterschriebenen Aufklärungsbögen festgehalten. Wenn der Sachverständige, ohne danach gefragt zu sein, schon

in seiner Sachverhaltsdarstellung festhielt, dass eine Aufklärung stattgefunden habe, und im weiteren Gutachten mehrfach auch deren Inhalt positiv bewertete, so konnte dies bei der Kl. den Eindruck hervorrufen, der Gutachter wolle die Gelegenheit nutzen, um seinen Berufskollegen umfassend beizuspringen. Die Ausführlichkeit, mit der die Aufklärung thematisiert wurde, konnte diesen Eindruck noch verstärken. Gleiches gilt für die bereits zitierte ergänzende Äußerung des Sachverständigen v. 8. 6. 2008. Denn dort wertete der Gutachter die Aufklärung als „nachweislich“ erfolgt. Diese Aussage durfte dahin verstanden werden, dass der Sachverständige im Bewusstsein der Streitigkeit dieser Frage „vorsorglich“ die an sich dem Gericht obliegende Beweiswürdigung zu Gunsten der Behandlerseite vorwegnehmen wollte.

Nach alledem kann die von der Kl. geltend gemachte Besorgnis der Befangenheit nicht mehr als lediglich subjektiv und unvernünftig bezeichnet werden.

Dieses Ergebnis entspricht der ständigen Rechtsprechung nicht nur des Senats (MDR 2007, 295; VersR 2001, 291), sondern auch anderer Oberlandesgerichte (OLG München, OLGR 1997, 10 und NJW 1992, 1569; OLG Celle, NJW-RR 2003, 135; OLG Köln, NJW-RR 1987, 1198; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2008, 187; OLG Bamberg, MedR 1993, 351) zur Möglichkeit, den Sachverständigen wegen Abweichungen vom Beweisbeschluss und/oder einseitiger Übernahme von Parteivortrag nach § 406 ZPO abzulehnen (vgl. auch: Zöller-Greger, a. a. O.; Reichold, a. a. O., Rdnr. 2; Musielak-Huber, a. a. O., Rdnr. 9).

Anmerkung

Frank Kroier

Aufgrund eigener Sachkunde kann ein Gericht in der Regel einen ärztlichen Behandlungsfehler nicht feststellen. Aus diesem Grund ist im Arzthaftungsprozess vom Gericht grundsätzlich ein Sachverständigengutachten einzuholen. Fällt die Beurteilung des Gutachters für eine Partei ungünstig aus, führt dies oft dazu, dass an der Objektivität des Sachverständigen gezweifelt wird, was dann zu einem Befangenheitsantrag führen kann. Aufgrund des parteiobjektiven Maßstabs ist eine Befangenheit dann anzunehmen, wenn ein Grund besteht, der bei verständiger Würdigung ein Misstrauen der Partei gegenüber dem Sachverständigen von ihrem Standpunkt aus rechtfertigt¹. Spätestens zwei Wochen nach der Ernennung des Sachverständigen ist gemäß § 406 II ZPO ein Ablehnungsantrag zu stellen. Nur wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden daran gehindert war, den Ablehnungsgrund früher geltend zu machen, ist die Ablehnung zu einem späteren Zeitpunkt noch zulässig. Dies gilt vor allem dann, wenn der Ablehnungsgrund aus dem Inhalt des Gutachtens hergeleitet wird. Die Frist für ein Ablehnungsgesuch ist für diesen Fall gesetzlich nicht geregelt. Der Antrag ist aber unverzüglich (§ 121 BGB) nach Kenntnis des Ablehnungsgrunds zu stellen. Eine angemessene Prüfungs- und Überlegungszeit steht der Unverzüglichkeit hierbei nicht entgegen². Im entschiedenen Fall hat das LG das Ablehnungsgesuch der Kl. als verspätet angesehen. Zur Begründung wurde angeführt, dass die Partei, die eine Ablehnung des Sachverständigen vornehmen will, dies im Interesse ei-

1) Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 406, Rdnr. 5.

2) BayObLG, MDR 1995, 412f.; OLG Koblenz, NJW-RR 1999, 72.

ner alsbaldigen Klärung unverzüglich nach Kenntnisnahme von dem Gutachten vorzunehmen hat, wenn sie aus dem Inhalt des Gutachtens ein Ablehnungsrecht herleiten möchte. Der Umstand, dass das Gericht die Frist zur Beantragung der mündlichen Anhörung des Sachverständigen oder einer schriftlichen Ergänzung des Gutachtens verlängert habe, würde nicht für den Ablehnungsantrag gelten. Mit der Fristverlängerung sei lediglich Gelegenheit gegeben worden, die Richtigkeit des Gutachtens nach Rücksprache mit anderen Ärzten zu überprüfen.

Dass der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten auch Ausführungen zu einer Aufklärung der Patientin gemacht hat, hätte der Kl. bereits nach Erhalt des Gutachtens auffallen müssen, so dass sie hierauf hätte reagieren können. Das LG hat damit bezüglich der Fristen differenziert und die zweiwöchige Ablehnungsfrist nicht mit der Frist für Einwendungen und Anträge nach § 411 IV 2 ZPO gleichgesetzt³. Nach dieser Meinung gilt die Zwei-Wochen-Frist nach § 406 II 1 ZPO grundsätzlich auch für § 406 II 2 ZPO und bildet im Interesse des Prozessgegners die zeitliche Obergrenze. Sie gelte auch dann, wenn eine längere Frist zur Stellungnahme zu einem Gutachten nach § 411 IV ZPO gesetzt worden sei. Diese längere Frist für die sachliche Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens sei für die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit regelmäßig nicht erforderlich⁴.

In der Rechtsprechung wird aber auch teilweise die Auffassung vertreten, dass eine allgemeine Fristbindung nicht sachgerecht sei und es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls ankomme. Danach sei jeweils zu prüfen, welche Zeit im konkreten Fall erforderlich sei, um den Ablehnungsgrund zu erkennen und unverzüglich geltend zu machen. Die Frist würde aber auch nicht der vom Gericht gemäß § 411 IV ZPO gesetzten Frist zur Stellungnahme zum Inhalt des Gutachtens entsprechen, da bei der Geltendmachung des Ablehnungsgrunds eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens nicht erforderlich sei⁵.

Zu der Fristenfrage im Fall einer sachlichen Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens hat sich der BGH⁶ klärend geäußert und sich hierbei der Auffassung des OLG Düsseldorf⁷ angeschlossen. Ergibt sich der Ablehnungsgrund aus dem Inhalt des schriftlichen Gutachtens, hat der Partei eine angemessene Zeit zur Überlegung und zur Einholung von rechtlichem Rat zur Verfügung zu stehen. Der Anspruch einer Prozesspartei auf einen aus ihrer Sicht unparteiischen Sachverständigen stellt den unmittelbaren Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips dar, so dass die Durchsetzung dieses Anspruchs nicht durch verfahrensrechtliche Hürden unangemessen erschwert werden darf. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit muss die Partei wissen, welcher Zeitraum ihr zur Prüfung des Gutachtens zur Verfügung steht. Dieser Standpunkt erscheint praktikabel und sachgerecht, zumal sich Befangenheitsargumente auch erst nach Rücksprache mit anderen, beratenden Ärzten ergeben können.

Damit ist festzuhalten, dass in dem Fall, dass sich die Partei zur Begründung ihres Antrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinandersetzen muss, die Frist zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit im allgemeinen gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten Frist zur Stellungnahme nach § 411 IV ZPO abläuft⁸. Dieser Auffassung des BGH hat sich auch das OLG Nürnberg angeschlossen und im Gegensatz zum Erstgericht die Rechtzeitigkeit des Ablehnungsgesuchs angenommen. Die Frage im vorliegenden Fall ist allerdings, ob die eigenmächtigen Ausführungen des Sachverständigen zur Aufklärung der Patientin noch unter die sachliche Auseinandersetzung mit dem Gutachtensinhalt fallen. Das LG hatte diese Frage verneint. Im Zweifel sollte hier aber hinsichtlich der Frist nicht kleinlich verfahren werden, zumal der Umfang einer sachlichen Auseinandersetzung mit dem Inhalt eines Gutachtens häufig nicht eindeutig zu bestimmen ist.

Der BGH⁹ hat nur für den Fall eine Ausnahme von den obigen Grundsätzen gemacht, wenn der das Ablehnungsgesuch ausbringenden Partei bekannt ist, dass die Gewinnung des Sachverständigen wegen der Besonderheit des Falles außergewöhnliche Schwierigkeiten bereitet. In einem solchen Fall gebietet es die Prozessförderungspflicht den Parteien ausnahmsweise, frühzeitig zumutbare Nachforschungen darüber anzustellen, ob ein Ablehnungsgrund in Betracht kommt.

In der Sache selbst besteht eine umfangreiche Kasuistik bezüglich des Ablehnungsgrunds¹⁰. Nach der Rechtsprechung ist für eine begründete Ablehnung nicht Voraussetzung, dass das Gericht Zweifel an der Unparteilichkeit des Sachverständigen hegt. Es reicht schon aus, dass Tatsachen vorliegen, die ein auch nur subjektives Misstrauen der Unparteilichkeit begründen können. Es kommt hierbei darauf an, ob vom Standpunkt einer vernünftigen Partei aus gesehen die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen angenommen werden kann¹¹. In diesem Sinne hat auch das OLG Nürnberg entschieden und das Ablehnungsgesuch unter Verweisung auf die bisherige eigene Rechtsprechung und die Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte für begründet erklärt.

- 3) Ebenso Huber, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, 4. Aufl. 2006, § 406, Rdnr. 14; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 26. Aufl. 2005, § 406, Rdnr. 7; Greger, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 406, Rdnr. 11, unter Berufung u. a. auf die Entscheidungen des OLG Koblenz, OLG-Report 1998, 470; OLG Köln, OLG-Report 1995, 147; OLG München, OLG-Report 2004, 117.
- 4) So auch neuerdings OLG Bamberg, Beschl. v. 12. 8. 2008 – 4 W 38/08 – mit der Kommentierung von Bergmann und Wever, MedR 2008, 735, in einem Fall, in dem keine nähere Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens erfolgen mußte.
- 5) BayObLGZ 1994, 183; KG, KG-Report 2001, 183; OLG Nürnberg, VersR 2001, 391; OLG Frankfurt a.M., OLG-Report 1995, 139; OLG München, OLG-Report 1994, 237; OLG Jena, OLG-Report 2000, 113f.; OLG Brandenburg, OLG-Report 2000, 275; Der Sachverständige 2009, 77f.
- 6) BGH, NJW 2005, 1869.
- 7) OLG Düsseldorf, OLG-Report 2001, 469; ebenso OLG Köln, Der Sachverständige 2009, 75f.
- 8) BGH, NJW 2005, 1869; OLG Saarbrücken, MedR 2007, 484f. m. Anm. Drescher.
- 9) BGH, NJW 2009, 84.
- 10) Vgl. Cramer, Die Ablehnung von Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit im Arzthaftungsprozess, in: FS Arge MedR im DAV, 2008, S. 159f.
- 11) Vgl. OLG Frankfurt a.M., GesR 2006, 217 ff.