

DOI: 10.1007/s00350-012-3127-0

## Verwirkung der Sachverständigenablehnung durch widersprüchliches Antragsverhalten

ZPO §§ 406, 42

**Der Einwand, ein medizinischer Sachverständiger sei allein deshalb befangen, weil er einer Universität angehöre, für die das beklagte Krankenhaus als akademisches Krankenhaus diene, kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn ein früher bestellter gerichtlicher Sachverständiger deswegen nicht abgelehnt wurde. (Leitsatz des Einsenders)**

OLG Köln, Beschl. v. 25. 5. 2011 – 5 W 18/11 (LG Köln)

**Problemstellung:** Entscheidungen in Rechtsstreitigkeiten zwischen Arzt und Patient erfordern regelmäßig medizinische Fachkenntnisse, zu deren Vermittlung das Gericht einen medizinischen Sachverständigen hinzuzuziehen verpflichtet ist (vgl. BGH, MedR 2009, 342). Weil zumeist nur Experten desselben medizinischen Fachkreises wie der beklagte Arzt die für den Streitfall konkret erforderliche Sachkunde besitzen, ist ein gewisses Nähe- und Bekanntschaftsverhältnis häufig gegeben. Die gerichtliche Auswahl eines fachlich geeigneten Sachverständigen weckt deshalb oftmals Bedenken der Patientenseite an der Unvoreingenommenheit des Gutachters (vgl. etwa OLG Stuttgart, MedR 2010, 510). Auch wenn eine erfolgreiche Ablehnung keine tatsächliche Befangenheit des Sachverständigen voraussetzt (Katzenmeier, in: Prütting/Gehrlein [Hrsg.], ZPO, 3. Aufl. 2011, § 406, Rdnr. 10), müssen jedoch die Zweifel an dessen Unparteilichkeit hinreichend vernünftig objektiv begründet sein (BGH, NJW 2005, 1869, 1870). Dafür reicht ein bloß mittelbar dienstlich-organisatorisches Näheverhältnis zwischen dem Gutachter und einer Prozesspartei für sich genommen grundsätzlich nicht aus, es bedarf vielmehr weiterer konkreter Hinweise auf Parteilichkeit (str., vgl. Katzenmeier, in: Prütting/Gehrlein [Hrsg.], ZPO, 3. Aufl. 2011, § 406, Rdnr. 13 m. w. N.). Das OLG Köln teilt diese Auffassung tendenziell, musste hier jedoch nicht dezidiert Stellung beziehen. Der Befangenheitsantrag richtete sich nicht persönlich gegen den Gutachter, während die ganz allgemeinen Einwendungen dem vorherigen Prozessverhalten der Partei widersprachen und insoweit nicht durchgreifen konnten.

**Zum Sachverhalt:** Der Sachverhalt ergibt sich aus den Gründen.

**Aus den Gründen:** Die sofortige Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

Das Ablehnungsgesuch des Kl. betreffend den Sachverständigen Prof. Dr. Q. ist bereits unzulässig, denn es stützt sich auf einen Grund, den der Kl. längst hätte geltend machen können und müssen. Nach § 406 Abs. 2 S. 1 ZPO ist ein Ablehnungsantrag spätestens zwei Wochen nach Verkündung oder Zustellung des Beschlusses über die Ernennung des Sachverständigen zu stellen. Der Kl. begründet sein Ablehnungsgesuch ausschließlich damit, dass der bestellte Sachverständige bei einer Universitätsklinik angestellt sei, für die das Krankenhaus, dessen Träger die Bekl. ist, als akademisches Lehrkrankenhaus diene. Damit bestünde eine Kooperation zwischen den Mitarbeitern beider Krankenhäuser. Er könne dies zwar nicht konkret behaupten, da er dies im Hinblick auf den Sachverständigen nicht wissen könne, es sei aber nicht auszuschließen,

dass die Bekl. Einfluss auf den Sachverständigen ausübe. Diese Gefahr bestehe schon aufgrund der wirtschaftlichen Interessen, der allgemein bekannten strikten Hierarchien in Krankenhäusern und der Kompetenzgefälle, die unter Umständen auch zu konkreten Anweisungen führen könnten, wie ein gefälliges Gutachten auszusehen habe.

Diesen Einwand, der sich nicht konkret gegen die Person des bestellten Sachverständigen richtet, sondern gegen alle Sachverständige der Universitätsklinik C. (Umstände, die sich konkret auf die Person des Sachverständigen Prof. Dr. Q. beziehen, macht der Kl. nicht geltend), hätte der Kl. allerdings bereits im September 2010, mithin sechs Monate vor dem jetzt erfolgten Ablehnungsgesuch geltend machen können. Mit Beschl. v. 21. 9. 2010 wurde Prof. Dr. I. als Direktor der Klinik und Poliklinik für Anästhesiologie und Operative Intensivmedizin der Universitätsklinik C. (und Chefarzt des jetzigen Sachverständigen) zum Sachverständigen bestellt. Zugleich wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, binnen zweier Wochen Einwände gegen die Person des Sachverständigen zu erheben. Der Kl. hat indes keine Einwände erhoben. Dass die Bekl. Trägerin eines Akademischen Krankenhauses der Universitätsklinik C. ist, wusste der Kl. allerdings schon damals oder hätte es zumindest wissen müssen. Er stützt sich nämlich hinsichtlich seines Wissens auf einen Briefbogen der Bekl., der aus dem Jahr 2008 stammt und der von ihm bereits mit der Klageschrift im Jahr 2009 vorgelegt wurde. Dass es sich seinerzeit mit Prof. Dr. I. um eine andere Person handelt, ändert nichts an der Verwirkung des Ablehnungsgrundes, denn an der Person des Sachverständigen knüpft der Einwand des Kl. gerade nicht an, sondern an der Institution.

Auf die Frage, ob ein Sachverständiger allein deshalb schon als befangen anzusehen ist, weil eine fachliche Kooperation der beiden Krankenhäuser besteht (hier in Form eines Akademischen Krankenhauses einer Universität), kommt es damit nicht entscheidend an. Der Senat neigt allerdings dazu, wie die Kammer diese rein institutionelle Verbundenheit nicht als ausreichenden Grund anzusehen, der bei einer vernünftig abwägenden Partei Anlass zu der Besorgnis gibt, der beauftragte Sachverständige stehe der Angelegenheit nicht mehr mit der gebotenen Neutralität gegenüber. Insoweit vermag der Senat die abstrakten und wenig fassbaren Bedenken im Hinblick auf angeblich bekannte strikte Hierarchien und mögliche Weisungen (wer sollte hier dem Sachverständigen aus welchem Grund und mit welchem Recht Weisungen erteilen?) nicht nachzuvollziehen, geschweige denn zu teilen. Nicht auszuschließen ist allerdings eine persönliche Bekanntschaft und berufliche wie private Verbundenheit zwischen dem Sachverständigen und den betroffenen Ärzten der Bekl., die durchaus aus Sicht des Kl. den Anschein mangelnder Objektivität begründen könnten. Dieser bei einem Akademischen Lehrkrankenhaus nicht fern liegenden Möglichkeit sollte das Gericht – möglichst vor Erstattung des Gutachtens, nunmehr jedenfalls vor seiner Verwertung – durch Nachfrage nachgehen.

## Verwertung fremder Gutachten nach § 411a ZPO im Arztthafungsprozess

ZPO §§ 411a, 538 Abs. 2 Nr. 1

**1. Bei der Verwertung eines Gutachtens nach § 411a ZPO kann das Gericht von der Erhebung eines (eigenen) Sachverständigenbeweises absehen. Im Arzt-**