



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

17. Frühjahrstagung

vom 31. März bis 01. April 2017 in Leipzig

Arbeitsgruppe Arzthaftungsrecht

**Die Rollen der Haftpflicht- und
Rechtsschutzversicherer im Arzthaftungsrecht**

Rechtsanwalt Dr. Martin Berger
Osnabrück

Die Rollen der Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherer im Arzthaftungsrecht¹

Rechtsanwalt Dr. Martin Berger

Fachanwalt für Medizin- und Versicherungsrecht

Vortrag bei der ARGE Medizinrecht am 31.03.2017

I. Die Arzthaftpflichtversicherung

1. Hintergrund

Aus Sicht der Versicherungsbranche hat sich das Arzthaftpflichtrisiko in den letzten Jahrzehnten dramatisch verändert. Sowohl die Zahl der Anspruchserhebungen wie aber auch der mit eingetretenen Schäden verbundene Schadenaufwand sind erheblich gestiegen. Äußere mitbestimmende Faktoren mögen dabei jüngst auch die gesetzliche Kodifizierung des Arzthaftungsrechts im Behandlungsvertragsrecht der §§ 630a ff. BGB, die stärkere Einbindung der Sozialversicherungsträger und insbesondere Krankenkassen bei der Unterstützung und Verfolgung von Schadensersatzansprüchen² sowie die gestiegene Anspruchshaltung und Erwartung der Geschädigten bzw. der Angehörigen sein. Diskussionen um einen eigenen Schmerzensgeldanspruch nahestehender Personen bei Tod des Geschädigten haben sich soweit konkretisiert, dass ein Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Hinterbliebenenschmerzensgeldes mittlerweile ausgearbeitet wurde.³ Mit der Verabschiedung eines entsprechenden Gesetzes werden dann die Weichen für eine weitere Ausweitung der Haftpflicht, die dann zwangsläufig auch die Heilwesenhaftpflichtversicherung treffen wird, gelegt.

¹ Dieser Beitrag ist meinem geschätzten Kollegen Harald Brückner zu seinem 70. Geburtstag gewidmet.

² § 66 SGB V: „Die Krankenkassen sollen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, die bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern entstanden sind und nicht nach § 116 des Zehnten Buches auf die Krankenkassen übergehen, unterstützen.“

³ Danach soll u.a. § 844 BGB folgender Absatz 3 angefügt werden: „(3) Der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.“ Eine entsprechende Regelung soll nach dem Entwurf auch in das Arzneimittelgesetz wie aber auch Gentechnikgesetz eingefügt werden.

Nach statistischen Erhebungen werden jährlich bundesweit ca. 12.000 Behandlungsfälle durch die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bewertet. Dabei werden ungefähr 7.500 Sachentscheidungen getroffen.⁴ Im Jahr 2015 haben die Schlichtungsstellen und Gutachterkommissionen in ca. 1.800 Fällen schadensursächliche Behandlungsversäumnisse in Form von Behandlungs- und oder Aufklärungsfehlern bejaht.⁵ Zu Beginn der Neunzigerjahre belief sich die Anzahl der Anträge bei der Schlichtungsstelle der Norddeutschen Ärztekammern noch auf 1.500 Fälle pro Jahr. Bis zum Jahr 2015 verdreifachte sich die Antragszahl auf nahezu 4.500 Anträge jährlich.

Diese Zahlen sind durchaus repräsentativ für die allgemeine Entwicklung des Haftpflichtrisikos im Heilwesenbereich. Analysen von Versicherern und Versicherungsvermittlern zeigen vergleichbare Fallzahlsteigerungen auf.

So hat beispielsweise der Medizinische Dienst der Krankenkassen für das Jahr 2015 im Auftrag der Krankenkassen 14.828 Erstgutachten erstellt. Dabei konnten in 4.428 Fällen Behandlungsversäumnisse festgestellt werden, in 4.046 Fällen sind Gesundheitsbeeinträchtigungen eingetreten, wobei in 3.056 Fällen die Schadenkausalität gutachterlich bestätigt wurde.⁶ Damit ist festzuhalten, dass gut jeder vierte Fehlervorwurf begründet ist.

Diese Entwicklungen verdeutlichen die Notwendigkeit der Risikoabsicherung im Heilwesenbereich. Sowohl für die betroffenen Ärzte wie aber auch für die Geschädigten hat dabei die Absicherung durch eine Berufshaftpflichtversicherung im Einzelfall existenziellen Charakter.⁷

Die Arzthaftpflichtversicherung als Schadenversicherung ist dem Bereich der Allgemeinen Haftpflicht zugeordnet und entsprechend im Versicherungsvertragsgesetz (VVG) in den §§ 100 – 112 verortet. Gemäß § 100 VVG, der das gesetzliche Leitbild für die Haftpflichtversicherung im Allgemeinen beinhaltet, ist der Versicherer verpflichtet, *„den Versicherungsnehmer von Ansprüchen freizustellen, die von einem Dritten aufgrund der Verantwortlichkeit des*

⁴ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, Erhebungsjahr 2015.

⁵ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, Erhebungsjahr 2015.

⁶ Jahresstatistik 205 der Behandlungsfehlerbegutachtung der MDK-Gemeinschaft, https://www.mds-ev.de/fileadmin/dokumente/Pressemitteilungen/2016/2016_05_12/Weitere_Informationen/16-05-12_-_Jahresstat-BHF-Begutacht_2015-MDS-MDK.pdf.

⁷ Vgl. hierzu auch: Hersch/Hersch, in: „Die Haftpflichtversicherung der Heilberufe als Pflichthaftpflichtversicherung“, in: r+s 2016, 541 ff.

Versicherungsnehmers für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache geltend gemacht werden, und unbegründete Ansprüche abzuwehren.“ Konkretisiert wird diese gesetzliche Grundlage durch die dem jeweiligen individuell abgeschlossenen Vertrag zu Grunde liegenden Versicherungsbedingungen. Dabei greifen die Mehrzahl der Versicherer auf die Allgemeinen Bedingungen zur Haftpflichtversicherung (AHB) zurück und differenzieren das Versicherungsverhältnis weiter durch besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen (BBR).⁸

Der Umfang des Versicherungsschutzes richtet sich nach den im Versicherungsschein angegebenen Tätigkeiten.⁹ Erstes Kriterium ist in der Regel die vom Arzt geführte Fachgebietsbezeichnung. Gedeckt ist dann grundsätzlich jede ärztliche Tätigkeit, soweit sie sich noch im Rahmen des Fachgebiets hält.¹⁰ Änderungen im Tätigkeitsbereich und -umfang des Versicherungsnehmers, die sich im Laufe der ärztlichen Berufstätigkeit ergeben, sind gegebenenfalls im Rahmen einer Leistungserweiterung oder Anpassung des Vertrages zu berücksichtigen, insbesondere sind für Risikoänderungen gemäß Ziffer 3.1 Abs. 2 AHB beitragspflichtige „Ergänzungsversicherungen“ und gemäß Ziffer 4.1 AHB für nach Vertragsabschluss entstehende neue Risiken eine „Vorsorgeversicherung“ wesentlich.¹¹ Der Versicherungsnehmer läuft sonst Gefahr, einer Deckungslücke zu unterliegen.¹² Die nachträgliche Gefahrerhöhung gem. §§ 23 ff. VVG kann zum (teilweisen) Verlust der Deckung führen.

Ein praktischer Nebeneffekt der Arzthaftpflichtversicherung kann zudem durchaus auch die Schadenprophylaxe durch die Vermittlung von Informationen an den Versicherungsnehmer über typische Fehlerquellen sowie die Förderung des Qualitätsmanagements sein.¹³ Eine Schadenhäufung ist zudem regelmäßig mit einer Überprüfung der Höhe der Versicherungsprämien verbunden und kann auch zu einer Vertragskündigung durch den Versicherer führen. Nicht zuletzt aus diesem Grund besteht ein wirtschaftliches Interesse auf

⁸ Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, 1. VVG und AHB, Rn. 5.

⁹ Bücken in: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, § 19 Arzthaftpflichtversicherung, Rn. 12.

¹⁰ Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, 1. VVG und AHB, Rn. 5.

¹¹ Weidinger, „Die Versicherung der Arzt- und Krankenhauspflicht“, MedR 2012, 238 (241).

¹² Bücken in: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, § 19 Arzthaftpflichtversicherung, Rn. 13.

¹³ Weidinger, „Die Versicherung der Arzt- und Krankenhauspflicht“, MedR 2012, 238 (241); Schlösser, „Die Arzthaftpflichtversicherung – Daten, Fakten, Zahlen“, MedR 2011, 227 (227).

Seiten des Krankenhausträgers bzw. des Versicherungsnehmers, Schäden so gut wie möglich vorzubeugen.

2. Entwicklung

Die Heilwesenhaftpflichtversicherung hat in den letzten 15 Jahren eine Kosten- bzw. Aufwendungsexplosion durchlebt. Studien des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) haben gezeigt, dass sich gerade schwere Personenschäden in der Regulierung überproportional verteuert haben.¹⁴ Wesentliche Faktoren sind hierfür die gestiegenen Pflege- und Heilbehandlungskosten, der Erwerbsschaden und die höhere Lebenserwartung Schwerstgeschädigter.¹⁵ Während ein schwerer Geburtsschaden bis Ende der 1980er Jahre noch mit ca. 1.000.000 DM insgesamt reguliert werden konnte, sind heute durchaus allein Schmerzensgelder bis zu 700.000 €¹⁶ möglich. Der Steigerung der zugesprochenen Schmerzensgeldansprüche liegt maßgeblich eine geänderte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Grunde. Mit seiner Entscheidung vom 13.10.1992¹⁷ hat der BGH klargestellt, dass die bisherige Rechtsprechung zur Reduzierung von Schmerzensgeldbeträgen auf eine rein symbolische Entschädigung aufgegeben wird. Die Zerstörung der Persönlichkeit bei Verlust der Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit verlangt eine eigenständige Bewertung und Berücksichtigung bei der Schmerzensgeldbemessung. Der BGH hat damit die „Würdefunktion“ neben die Genugtuungsfunktion und Ausgleichsfunktion in die Schmerzensgeldbemessung aufgenommen.

Die materiellen Schadensersatzansprüche können nochmals weit darüber hinausgehen. Allein bei der Position des Erwerbsschadens kommen insbesondere bei Geburtsschäden Kapitalbeträge von 500.000 € – 1.000.000 € oder sogar mehr in Betracht, da Kinder trotz schwerster Behinderungen mit den heutigen medizinischen und pflegerischen Möglichkeiten

¹⁴ Hierzu: Hellberg, Lonsing, „Dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen“, in: Versicherungswirtschaft 2010, S. 421 ff., dies., „Personenschäden verteuern sich dramatisch“, in: Versicherungswirtschaft 2012, S. 962 ff; Klebb, „Entwicklungen bei der Arzthaftpflichtversicherung“, in: MedR 2013, 158 (158); Schlösser, „Die Arzthaftpflichtversicherung – Daten, Fakten, Zahlen“, MedR 2011, 227 (227).

¹⁵ Hellberg, Lonsing, „Dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen“, in: Versicherungswirtschaft 2010, S. 421 ff., dies., „Personenschäden verteuern sich dramatisch“, in: Versicherungswirtschaft 2012, S. 962 ff.

¹⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.05.2014, Az.: 14 U 99/11; LG Aachen, Urteil vom 30.11.2011, Az.: 11 O 478/09; aber: OLG Köln, Hinweisbeschluss. v. 10. 12. 2014 und Beschl. v. 2. 2. 2015, Az.: 5 U 75/14 - MedR 2015, 737: 600.000 € bei schwerstem hypoxischen Hirnschaden.

¹⁷ BGH, NJW 1993,781.

das Erwerbseintrittsalter bzw. sogar eine „normale“ zumindest weit gestiegene Lebenserwartung erzielen können.¹⁸

Naturgemäß gehen damit auch steigende Kosten im Bereich der „vermehrten Bedürfnisse“ wie aber Behandlungs- und Pflegekosten einher.¹⁹ An letzte schließen sich die Regressansprüche der Sozialversicherungsträger an. Der GDV hat in seiner Studie zur „Teuerung von Personenschäden im Heilwesenbereich“ den Anstieg von durchschnittlichen Aufwendungen für einen schweren Personenschaden von 1,3 Mio. € im Jahr 2003 bis auf 2,3 Mio. im Jahr 2012 aufgezeigt. Bei einzelnen Positionen sind Teuerungen von 10% jährlich, im Bereich des Erwerbsschadens bei Geburtsschäden sogar von 18 % jährlich zu beobachten.²⁰

Diese Kostenentwicklung zog auch einen dramatischen Prämienanstieg nach sich. Die in diesem Segment verbleibenden Anbieter haben zum Teil Prämien erhöhungen von 25 – 50 % oder sogar um mehr als 100 % vollzogen.²¹

Mit dem Versorgungstärkungsgesetz ist mit der Zielsetzung der Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der freiberuflichen Hebammen ein Regressausschluss der Kranken- und Pflegekassen normiert worden, § 134a V SGB V. Ein Ersatzanspruch nach § 116 I SGB X wegen Schäden aufgrund von Behandlungsfehlern in der Geburtshilfe kann von Kranken- und Pflegekassen gegenüber freiberuflich tätigen Hebammen nur dann geltend gemacht werden, wenn der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurde. Ob diese Regelung tatsächlich den gewünschten Erfolg auf Dauer herbeiführen kann, erscheint durchaus zweifelhaft. Zum einen gilt die Regelung nur für selbständige Hebammen bei der Behandlung

¹⁸ Zur Erwerbsschadenprognose bei Kindern und Jugendlichen siehe insbesondere: LG Münster, Urteil vom 10.06.2011, Az.: 16 O 280/10 –, juris; BGH, Urteil vom 05.10.2010, Az.: VI ZR 186/08 –, juris. Der BGH hat klargestellt, dass bei der diesbezüglichen Erwerbsprognose des Kindes auf den Beruf, die Vor- und Weiterbildung der Eltern, ihre Qualifikation in der Berufstätigkeit, die beruflichen Pläne für das Kind sowie schulische und berufliche Entwicklungen von Geschwistern zurückzugreifen ist. Ergeben sich aufgrund der tatsächlichen Entwicklung des Kindes zwischen dem Zeitpunkt der Schädigung und dem Zeitpunkt der Schadensermittlung (weitere) Anhaltspunkte für seine Begabungen und Fähigkeiten und die Art der möglichen Erwerbstätigkeit ohne den Schadensfall, ist auch dies bei der Prognose zu berücksichtigen und von einem dem entsprechenden normalen beruflichen Werdegang auszugehen.

¹⁹ Hellberg, Lonsing, „Dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen“, in: Versicherungswirtschaft 2010, S. 421 ff..

²⁰ Hellberg, Lonsing, „Personenschäden verteuern sich dramatisch“, in: Versicherungswirtschaft 2012, S. 962 ff; Hellberg, Lonsing, „Dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen“, in: Versicherungswirtschaft 2010, S. 421 ff..

²¹ Petry/Preetz, „Occurrence versus claims-made – Ein Paradigmenwechsel in der Versicherung von Krankenhäusern?“, in: H.D. Steinmeyer et al. (Hrsg.), Medizin – Haftung – Versicherung, S. 179 (179).

von gesetzlich krankenversicherten Patienten, zum anderen schafft die Beschränkung auf einfache Fahrlässigkeit rechtliche und tatsächliche Unsicherheiten.

3. Leistungen des Versicherers

3.1 Regulierungsvollmacht

Gemäß Ziffer 5.2 Abs. 1 AHB ist der Versicherer bevollmächtigt, alle ihm zur Abwicklung des Schadens oder zur Abwehr der Schadensersatzansprüche zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben. Der Versicherer wird praktisch bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrages durch den Versicherungsnehmer bevollmächtigt, ihn zukünftig nach außen hin zu vertreten.²² Im Rahmen der ihm zustehenden Regulierungsvollmacht ist der Versicherer befugt, die seines Erachtens notwendigen Maßnahmen zur Erledigung bzw. zur Anspruchsabwehr vorzunehmen. Der Versicherte ist von begründeten Schadensersatzansprüchen Dritter freizustellen, wobei der Versicherer die entsprechende Regulierung in Vollmacht des Versicherungsnehmers (Arztes, Krankenhauses etc.) vornimmt. Der Versicherer führt Verhandlungen, wehrt unbegründete Ansprüche ab und gewährt dem Versicherten Rechtsschutz, insbesondere im Rahmen der prozessualen Auseinandersetzung, Ziffer 5.2 AHB. Zum anderen wird den Bedürfnissen des Geschädigten Rechnung durch einen solventen Regulierer getragen.²³

Zunächst hat der Versicherer zu prüfen, ob überhaupt eine Haftungslage vorliegt. Dabei ist er verpflichtet, die Abwehr unbegründeter Schadensersatzansprüche aktiv zu betreiben, Ziffer 5.1 Abs. 1 und Ziffer 5.2 Abs. 2 AHB, also anders als eine Rechtsschutzversicherung hierfür nicht nur Kostenschutz zu gewähren.²⁴ Entsprechend führt der Haftpflichtversicherer die Korrespondenz mit der Anspruchstellerseite. Zur Prüfung der Haftpflichtfrage hat der Versicherer gegebenenfalls auch Gutachten einzuholen sowie bei der Einleitung prozessualer Schritte einen Anwalt zu beauftragen.²⁵ Der Versicherer kann aufgrund seiner

²² Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, § 5 Rn.24.

²³ Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Auflage 2014, MBO § 21, Rn. 1.

²⁴ Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 29. Auflage 2015; AHB § 5 Rn. 2.

²⁵ OLG Koblenz, Beschluss vom 20. März 2012, Az.: 5 U 76/12, Rn. 21, juris; BGH VersR 1963, 421 unter III.

Regulierungsvollmacht Schadensersatzansprüche vorbehaltlos anerkennen oder befriedigen bzw. Vergleiche oder Abfindungsvergleiche im Namen des Versicherten abschließen.

In den Fällen begründeter Schadenanmeldung erfüllt der Versicherer die Schadensersatzforderung des Geschädigten in aller Regel durch Zahlung einer Geldsumme. Rechtsdogmatisch gesehen tilgt der Versicherer damit eine fremde Schuld, nämlich die des Schädigers, in Erfüllung seiner Freistellungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer. Eine Leistung direkt an den Versicherungsnehmer kommt nur dann in Betracht, wenn der Versicherungsnehmer an den Dritten in zulässiger Weise geleistet hat.²⁶

Die Regulierung geltend gemachter Schadensersatzansprüche obliegt dem Ermessen des Versicherers, wobei er grundsätzlich auch die Interessen des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen hat. Der Versicherer haftet für eine eventuelle Erhöhung der geltend gemachten Schadensersatzansprüche, wenn dies Folge seines Regulierungsverhaltens ist.²⁷

Gibt der Versicherer Erklärungen ab, die sich auch zum Nachteil des Versicherungsnehmers auswirken können, z.B. in Fällen der Überschreitung der Deckungssumme oder bei bestehenden Deckungslücken, ist der Versicherungsnehmer hierüber entsprechend zu informieren bzw. der Versicherer muss sich mit diesem abstimmen und dessen Interessen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung der persönlichen Inanspruchnahme des Versicherten, wahren.²⁸ Dem Versicherer stehen insoweit Steuerungsmöglichkeiten im Rahmen der Verhandlungsführung und durch entsprechende Vergleichsbemühungen zu.²⁹ Entsprechend obliegen dem Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer im Innenverhältnis auch gemäß § 666 BGB analog Auskunfts- und Rechenschaftspflichten.³⁰ Bei einer schuldhaften Verletzung der Interessen des Versicherungsnehmers kommen grundsätzlich Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.³¹ Der Versicherer kann von seiner Vollmacht eingeschränkt etwa in Höhe seiner Deckungspflicht Gebrauch

²⁶ Langheid in: Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Auflage 2014, § 100 VVG, Rn. 21.

²⁷ Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, AHB § 5 Rn. 13.

²⁸ Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, § 5 Rn. 25; Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn.22.

²⁹ Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, § 5 Rn. 25; Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn.22.

³⁰ Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn. 22.

³¹ Vrzal, „Zur Beurteilung vorgerichtlicher Erklärungen des Haftpflichtversicherers im Rahmen der Schadensregulierung“, in: VerR 2012, 694 (695).

machen, muss dies allerdings gegenüber dem Geschädigten ausdrücklich klarstellen.³² Im Außenverhältnis deckt die dem Versicherer erteilte Vollmacht einen Vergleich oder ein Anerkenntnis auch ab, soweit der Versicherungsnehmer aus einer entsprechenden Erklärung des Versicherers selbst verpflichtet wird, wie z.B. in Fällen der Selbstbeteiligung oder wenn ggf. die Deckungssumme nicht ausreicht.³³

Ob der Versicherer grundsätzlich im Innenverhältnis seinem Versicherungsnehmer verpflichtet ist, gegenüber dem Geschädigten nur im Umfang seiner Deckungspflicht von der im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht Gebrauch zu machen, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden aber sicherlich zu diskutieren.³⁴ Dem Versicherer obliegen jedenfalls gegenüber dem Versicherungsnehmer aus dem Versicherungsvertrag entsprechende Schutzpflichten.³⁵ Der BGH³⁶ hat im Übrigen klargestellt, dass aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten eine ihm erteilte Regulierungszusage dahingehend zu verstehen ist, dass der Versicherer seinem Versicherungsnehmer gegenüber deckungspflichtig ist und in dessen Namen den Haftpflichtanspruch anerkennt. Nach Auffassung des BGH liegt darin ein beide Rechtsverhältnisse umfassendes, den Versicherer wie auch den Versicherungsnehmer verpflichtendes deklaratorisches (kausales) Anerkenntnis gegenüber dem Geschädigten³⁷, so dass auch eine Direkthaftung des Versicherers selbst in Fällen unklarer Haftpflichtfrage sowie bei ungeklärter oder fehlender Deckungspflicht des Versicherers in Betracht kommen.³⁸ Entsprechende Erklärungen des Versicherers sind im Einzelfall auszulegen.³⁹

³² Vrzal aaO; BGH, Urteil vom 22.11.1988 - VI ZR 20/88.

³³ Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn. 17, unter Verweis auf: BGH VersR 1964, 1199; 1969, 451; 1970, 549; Karlsruhe VersR 1969, 243; LG Hanau VersR 1966, 917; Köln VersR 2013, 1390; VersR 1964, 398; Karlsruhe VersR 1971, 358; Frankfurt a. M. VersR 1982, 58.

³⁴ Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn.18.

³⁵ Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, § 5 Rn. 25; Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 28. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn.22.

³⁶ BGH, Urteil vom 19.11.2008, Az.: IV ZR 293/05, BGH VersR 2009, 106, NJW-RR 2009, 382, beck-online.

³⁷ BGH, Urteil vom 19.11.2008, Az.: IV ZR 293/05, BGH VersR 2009, 106, NJW-RR 2009, 382, beck-online; Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn.11.

³⁸ Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn.11.

³⁹ OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.05.1997 - 5 U 27/94, NJW-RR 1997, 1316.

3.2 Prozessführungsrecht

Ziffer 5.2 Abs. 2 S. 1 AHB regelt ausdrücklich, dass der Versicherer zur Prozessführung bevollmächtigt ist, wenn es in einem Versicherungsfall zu einem Rechtsstreit über Schadensersatzansprüche gegen den Versicherungsnehmer kommt. Der Versicherer führt dann den Rechtsstreit im Namen des Versicherungsnehmers auf seine Kosten, Ziffer 5.2 Abs. 2 S. 2 AHB. Entsprechend darf der Versicherer namens und in Vollmacht des Versicherungsnehmers Prozessvollmacht erteilen. Dies deckt sich auch mit Ziffer 25.5 S. 2 AHB⁴⁰, wonach der Versicherer im Namen des Versicherungsnehmers einen Rechtsanwalt beauftragen kann.⁴¹ Dem von Seiten des Versicherers beauftragten Rechtsanwalt hat der Versicherungsnehmer Vollmacht zu erteilen und die notwendigen Auskünfte zu geben.⁴² Hierbei ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Versicherer bei der Prozessführung die Interessen des Versicherungsnehmers so zu wahren hat, dass der Versicherungsnehmer gestellt wird, als hätte er den Rechtsanwalt direkt beauftragt. Notfalls hat der Versicherer eigene Interessen zurückzustellen.⁴³ Für den beauftragten Rechtsanwalt kann es durchaus zu Interessenkollisionen kommen, so z.B. wenn sich die Gefahr für bestehende Deckungslücken ergibt. Der beauftragte Rechtsanwalt ist jedoch allein seinem Mandanten, also dem Arzt oder dem Krankenhausträger, verpflichtet.⁴⁴

3.3 Kostenschutz

Gemäß § 101 VVG hat der Versicherer die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, die durch die Abwehr der Schadensersatzansprüche entstehen, zu tragen. Dies gilt auch dann, wenn die Kosten zusammen mit den Aufwendungen des Versicherers zur Freistellung des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme übersteigen.⁴⁵ Erst wenn die begründeten

⁴⁰ „Wird gegen den Versicherungsnehmer ein Haftpflichtanspruch gerichtlich geltend gemacht, hat er die Führung des Verfahrens dem Versicherer zu überlassen. Der Versicherer beauftragt im Namen des Versicherungsnehmers einen Rechtsanwalt. Der Versicherungsnehmer muss dem Rechtsanwalt Vollmacht sowie alle erforderlichen Auskünfte erteilen und die angeforderten Unterlagen zur Verfügung stellen.“ (Ziff. 25.5 AHB).

⁴¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 20. März 2012, Az.: 5 U 76/12, Rn. 21, juris; BGH VersR 1963, 421 unter III.

⁴² Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, II. Regulierungshoheit des Versicherers, Rn. 33; Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, Rn. 66 und 71.

⁴³ BGHZ 119, 276 – r+s 1992, 406; BGH VersR 2001, 1150.

⁴⁴ Betz in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 3. Auflage 2016, Abschnitt D; Haftpflichtversicherungen, § 14 Rn. 87-93.

⁴⁵ Lücke in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 29. Auflage 2015, AHB, § 5 Rn. 32.

Haftpflichtansprüche die Deckungssumme hinausgehen, kommt gemäß Ziffer 6.6 AHB eine nur anteilige Beteiligung des Versicherers an den Prozesskosten im Verhältnis der Versicherungssumme zur Gesamthöhe der Ansprüche in Betracht. Gemäß Ziffer 6.5 der AHB werden die Aufwendungen des Versicherers für Kosten nicht auf die Versicherungssummen angerechnet.

3.4 Strafrechtsschutz

Gemäß § 101 Abs. 1 S. 2 VVG, der in Ziffer 5.3 AHB berücksichtigt wird, trägt der Versicherer die Kosten der Strafverteidigung, wenn sich das Strafverfahren auf ein Ereignis bezieht, das einen versicherten Haftpflichtfall zur Folge haben könnte. Die Verpflichtung zur Kostentragung ist aber allein auf die Verteidigerkosten unter Berücksichtigung der gesetzlichen Gebühren nach dem RVG beschränkt. Weitere Voraussetzung ist, dass die Kosten „auf Weisung des Versicherers“ entstanden sind.⁴⁶ Im Falle einer etwaigen Verurteilung hat der Versicherungsnehmer für die verhängte Strafe sowie auch für die übrigen Verfahrenskosten selbst einzustehen.⁴⁷ Entsprechendes gilt auch für eine Einstellung nach § 153a, selbst wenn die Auflage in Form einer Geldzahlung dem Geschädigten zu Gute kommen soll.⁴⁸ Im Übrigen hat der Versicherer keinen Einfluss auf den Ablauf des Strafverfahrens und auch keine Weisungsrechte bezüglich der inhaltlichen Verfahrensführung.

3.5 Off-Label-Use

Eine deckungsrechtlich durchaus bestehende Problematik stellt der Off-Label-Use dar. Wird der Off-Label-Use entsprechend der sozialrechtlichen Anerkennung durchgeführt, wird man auch deckungsrechtlich von einer anerkannten Behandlungsmethode im Sinne der Versicherungsbedingungen ausgehen müssen.⁴⁹

⁴⁶ Langheid in: Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Auflage 2014, VVG § 101 Rn. 4.

⁴⁷ Ulsperger, „Strafrechtsschutz in der ärztlichen Berufshaftpflicht“, in: RDG 2010, 148 (148 f.); Römer, VVG, VVG § 101 Rn. 1 – 23.

⁴⁸ AG Köln, Urteil vom 11.12.2006 - 147 C 258/06, BeckRS 2008, 24965, beck-online.

⁴⁹ Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, b) Deckungsschutz, Rn. 10.

4. Anerkenntnis und Befriedigungsverbot und Kommunikation zwischen Arzt und Patient

§ 630 c Abs. 2 S. 2 BGB sieht vor, dass der Behandelnde auf Nachfrage bzw. zur Abwendung von Gesundheitsgefahren über Umstände aufzuklären hat, die das Vorliegen eines Behandlungsfehlers begründen könnten. Unabhängig davon, welche praktische Relevanz diese Regelung tatsächlich hat, so lässt sich jedenfalls aus versicherungsrechtlicher Sicht ein Widerspruch zu Obliegenheiten gegenüber dem Versicherer nicht mehr herleiten.⁵⁰ Mit der Änderung des Versicherungsvertragsrechts hat sich der Gesetzgeber gegen ein Anerkenntnis- und Befriedigungsverbot durch Einführung des § 105 VVG entschieden. Eine versicherungsvertragliche Vereinbarung, nach der der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn der Versicherungsnehmer den Anspruchsteller befriedigt oder den geltend gemachten Anspruch anerkennt, ist danach unwirksam. Gemäß § 112 VVG kann in den Versicherungsbedingungen auch nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers von dieser gesetzlichen Vorschrift abgewichen werden. Ohnehin dürfte lediglich in der Darlegung eines Sachverhaltes zu einem etwaigen Behandlungsversäumnis auch eine Anspruchsanerkennung nicht zu sehen sein. Soweit jedoch tatsächlich vom Versicherungsnehmer ohne Zustimmung des Versicherers ein Anerkenntnis abgegeben oder ein Vergleich geschlossen werden sollte, wird sich der Versicherer alleine deshalb nicht mehr erfolgreich auf Leistungsfreiheit berufen können. Ein vom Versicherungsnehmer abgegebenes Anerkenntnis bindet den Versicherer natürlich nicht, § 105 VVG. Für eine entsprechende Erklärung haftet der Versicherungsnehmer direkt und alleine nach außen.⁵¹ Deckungsrechtlich tritt dann im Verhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer eine Verpflichtung des Versicherers im Umfang der tatsächlich bestehenden Rechtslage ein.⁵² Eine Verpflichtung des Versicherers zur Freistellung bzw. Zahlung kommt also nur insoweit in Betracht, soweit der Anspruch auch ohne Anerkenntnis oder Vergleich bestanden hätte.⁵³

Bei dem Eintritt schwerer Komplikationen steht oftmals für den Patienten eine Aufklärung des Unverständlichen im Vordergrund. Das Alleinlassen des Patienten bzw. seiner Angehörigen und gegebenenfalls Erben zerstört das Vertrauen zum Behandler. Der Gang zum Rechtsanwalt

⁵⁰ Gutmann, „Die Pflicht des Arztes zur Information über Behandlungsfehler“, in: H.D. Steinmeyer et al. (Hrsg.), *Medizin – Haftung – Versicherung*, S. 59 (62ff).

⁵¹ Bergmann, „Kommunikation Arzt- Anwalt-Patient-Haftpflichtversicherer“, in: *ZMGR* 2011, 289-292.

⁵² Ratzel/Greiner in: *Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl. 2015, II. Regulierungshoheit des Versicherers, Rn. 33.

⁵³ LG Dortmund, Urteil vom 1. 8. 2013 - 2 S 5/13 - r + s 2013, 548; Harsdorf-Gebhardt in: *Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung*, 2. Auflage 2015, AHB § 5 Rn. 1.

oder sogar zu den Ermittlungsbehörden ist damit oftmals vorprogrammiert. Gerade ein vernünftig geführtes Gespräch kann einer weiteren Eskalation entgegenwirken und das Vertrauen retten. Arzthaftungsfälle werden zudem nicht selten durch die beteiligten Parteien emotionsreich geführt, so dass eine Zuspitzung des gegenseitigen Unverständnisses Nährboden für eine prozessuale Auseinandersetzung begründet. Die Kommunikation bei (vermuteten) Schadenfällen findet entsprechend immer größere Berücksichtigung in der medizinischen Literatur, den Informationsschriften der Kammern⁵⁴ und Verbände und sogar Eingang in das Fortbildungsangebot für Ärzte.

Auch wenn das früher geltende Anerkenntnisverbot gemäß Ziffer 5.5 AHB alter Fassung gestrichen wurde, gilt auch weiterhin, dass sich der das Gespräch führende Mediziner auf die objektiven medizinischen Fakten und das menschliche Verständnis für die Situation des Betroffenen beschränken sollte. Rechtliche Gesichtspunkte, insbesondere eine Positionierung, ob eine Haftungssituation vorliegen könnte, haben zu unterbleiben.⁵⁵ Der anwaltliche Berater hat seinem Mandanten anzuraten, das Gespräch mit dem Patienten, seinen Angehörigen oder Erben in enger Abstimmung mit seiner Haftpflichtversicherung zu führen.⁵⁶ Der Versicherungsnehmer hat aufgrund vertraglicher Obliegenheiten ohnehin binnen Wochenfrist den Versicherer über den Schadenfall zu informieren, unabhängig davon, ob überhaupt schon Schadenersatzansprüche erhoben wurden, § 104 VVG, Ziffer 25 AHB 2015.⁵⁷ Mithin ist für die Meldeobliegenheit die subjektive positive Kenntnis⁵⁸ des Arztes vom Schadenfall und einer möglichen haftungsrechtlichen Inanspruchnahme maßgeblich.⁵⁹ Ein Rechtsanwalt ist im Rahmen seiner Mandatierung zur Abwehr von Schadenersatzansprüchen seinem Mandanten gegenüber auch verpflichtet, für eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Schadenanzeige Sorge zu tragen.⁶⁰

⁵⁴ Exemplarisch: „Leitfaden Kommunikation im medizinischen Alltag“ der Ärztekammer Nordrhein, Ziffer 3.11. Gespräch über Behandlungsfehler.

⁵⁵ Griebau in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, 1. Pflichten des Arztes, Rn. 45.

⁵⁶ Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, II. Regulierungshoheit des Versicherers, Rn. 33.

⁵⁷ Ziffer 25 AHB 2015: „Jeder Versicherungsfall ist, auch wenn noch keine Schadenersatzansprüche erhoben worden sind, dem Versicherer innerhalb einer Woche anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn gegen den Versicherungsnehmer Haftpflichtansprüche geltend gemacht werden.“

⁵⁸ BGH, Urteil vom 30.04.2008, Az.: IV ZR 227/06 - VersR 2008, 905.

⁵⁹ KG Berlin, Urteil vom 1. 2. 2005, Az.: 6 U 43/04 – r + s 2006, 67.

⁶⁰ OLG Köln, Beschluss vom 16. 11. 2009, Az.: 5 U 57/09, zuvor OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 12. 10. 2009, Az.: 5 U 57/09 - MedR 2010, 781, beck-online.

5. Pflichtversicherung im Sinne des Versicherungsvertragsrechtes

Gerade aufgrund der großen Bedeutung der Arzthaftpflichtversicherung sowohl für den behandelnden Arzt wie aber auch für den Patienten verwundert es, dass die Arzthaftpflichtversicherung bzw. die Heilwesen-Haftpflichtversicherung noch nicht einheitlich im gesamten Bundesgebiet als Pflichtversicherung im Sinne des VVG zu bewerten ist.⁶¹ Eine solche ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Versicherungsnehmer aufgrund der Anordnung durch eine „Rechtsvorschrift“ diese abzuschließen und aufrecht zu erhalten hat, § 113 VVG.⁶² Unter dem Begriff „Rechtsvorschrift“ ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinn zu verstehen, sondern auch eine Rechtsverordnung oder die Satzung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft.⁶³

Zwar sieht die die (unverbindliche) Musterberufsordnung für Ärzte, wie auch die Landesberufsordnungen, eine entsprechende Verpflichtung im Sinne einer Rechtsvorschrift für den Abschluss einer Versicherung mit hinreichender Deckung vor. Aus den in den jeweiligen Satzungen niedergelegten „Pflichten“, *„sich hinreichend gegen Haftpflichtansprüche im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit zu versichern und Patienten Informationen über ihren beruflichen Versicherungsschutz bereitzustellen“*⁶⁴, ist eine Pflichtversicherung im Sinne der §§ 113 ff VVG jedoch nicht herzuleiten. Als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit bedarf die Auferlegung einer Versicherungspflicht einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage⁶⁵, z.B. in den Heilberufskammergesetzen⁶⁶, die in einigen Bundesländern fehlt. Mangels Ermächtigungsgrundlage sind dann die entsprechenden Regelungen zur Versicherungspflicht in den jeweiligen Satzungen unwirksam.

⁶¹ Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, 1. Versicherungspflicht durch entsprechende Regelungen in den Landesgesetzen, Rn. 35; Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, MBO § 21, Rn. 2.

⁶² Brand in: Münchener Kommentar zum VVG, 1. Auflage 2011, § 113 Rn. 3; wie vor.

⁶³ OLG Nürnberg, Beschl. v. 21. 6. 2012, Az.: 5 W 1109/12 - NJOZ 2013, 673, beck-online.

⁶⁴ § 21 der Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen; im Sinne des ersten Halbsatzes § 21 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte.

⁶⁵ Greiner, „Änderungen für die ärztliche Berufshaftpflichtversicherung“, in: GesR 2014, 650, 651 (651).

⁶⁶ Exemplarisch sei an dieser Stelle die Neuregelung in § 33 im Niedersächsischen Heilberufe- und Kammergesetz erwähnt: *„(1) 1 Die Kammermitglieder sind verpflichtet, ihren Beruf gewissenhaft auszuüben. 2 Sie sind insbesondere verpflichtet, [...] 4. eine hinreichende Haftpflichtversicherung zur Deckung bei der Berufsausübung verursachter Schäden zu unterhalten, es sei denn, dass ausreichender Versicherungsschutz durch eine Betriebshaftpflichtversicherung oder nach den Grundsätzen der Amtshaftung eine Freistellung von der Haftung besteht, und dies der Kammer nachzuweisen. 3Das Nähere regelt die Berufsordnung. 4Die Kammer ist zuständige Stelle im Sinne des § 117 Abs. 2 des Versicherungsvertragsgesetzes.“*

Auch ist das Vorliegen einer ausreichenden Haftpflichtversicherung nicht Voraussetzung für die Erteilung der ärztlichen Approbation.⁶⁷ § 6 Abs. 1 Ziffer 5 Bundesärzteordnung (BÄO) sieht lediglich eine Sanktionsregelung vor, wonach das Ruhen der Approbation angeordnet werden kann, wenn der Arzt nicht ausreichend gegen die sich aus seiner Berufsausübung ergebenden Haftpflichtgefahren versichert ist.⁶⁸ Im Rahmen der Niederlassung bzw. im vertragsärztlichen Zulassungsverfahren stellt das Vorhandensein eines hinreichenden Deckungsschutzes durch eine Haftpflichtversicherung regelmäßig kein eigenständiges Prüfungskriterium⁶⁹, anders als beispielsweise im anwaltlichen oder notariellen Bereich, dar.

Darüber hinaus gilt für Krankenhausträger ebenfalls keine bundeseinheitliche Versicherungspflicht als Voraussetzung für die Leistungserbringung.⁷⁰ Es ist grundsätzlich zulässig, dass einige Krankenhäuser ihre Absicherung gegen Haftpflichtansprüche selbst regeln. Aus diesem Grund wurde eine Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung bzw. einer entsprechenden Absicherung für Krankenhäuser in Nordrhein-Westfalen mit § 34 b KHGG⁷¹ und in Sachsen mit § 29 SächsKHG i.V.m. § 4 SächsPatMobG⁷² eingeführt.

Zum Teil⁷³ wird problematisiert, dass die Vorteile des Geschädigten auch bei der Annahme der Arzthaftpflichtversicherung als Pflichtversicherung nicht wesentlich seien. Bei genauer Betrachtung ergeben sich durchaus relevante Begünstigungen.

So beschreibt § 114 VVG eine Mindestversicherungssumme i.H.v. 250.000 € je Versicherungsfall sowie 1.000.000 € für alle Versicherungsfälle eines Versicherungsjahres. Ein

⁶⁷ Schelling in: Spickhoff, Medizinrecht, BÄO § 6 Rn. 26.

⁶⁸ Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, III. Keine Ausnahmen, Rn. 4.

⁶⁹ Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, MBO § 21, Rn. 2; Greiner, „Änderungen für die ärztliche Berufshaftpflichtversicherung“, in: GesR 2014, 650, 651 (651).

⁷⁰ Keilbar in: Heussen/Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts Handbuch, 11. Auflage 2016, § 28, Arzthaftung, Rn. 158.

⁷¹ „(1) Der Krankenhausträger bedarf einer Haftpflichtversicherung, einer Garantie oder einer ähnlichen Regelung, die im Hinblick auf ihren Zweck gleichwertig oder im Wesentlichen vergleichbar und nach Art und Umfang dem Risiko angemessen ist. Das Bestehen einer solchen Regelung ist der zuständigen Behörde auf Verlangen nachzuweisen.

(2) Zur Erfüllung der Verpflichtung in Absatz 1 ist nur derjenige Krankenhausträger, der die Behandlung gemäß § 630a Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches zusagt, verpflichtet.“

⁷² „Sofern nicht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist, bedürfen Gesundheitsdienstleister, die medizinische Behandlungen zusagen, einer Haftpflichtversicherung, einer Garantie oder ähnlichen Regelung, die im Hinblick auf ihren Zweck gleichwertig oder im Wesentlichen vergleichbar und nach Art und Umfang dem Risiko angemessen ist.“

⁷³ In diesem Sinne wohl: Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 35.

derartiger Versicherungsschutz dürfte zwar gerade im Arzthaftpflichtrecht regelmäßig nicht als „hinreichend“⁷⁴ zu bewerten sein, so wäre jedoch zumindest in diesem Umfang sichergestellt, dass je nach Höhe des Schadenfalls überhaupt eine (anteilige) Befriedigung begründeter Schadensersatzansprüche erfolgen kann.

Ein Direktanspruch gegen den Versicherer kommt im Falle des § 115 VVG nur dann in Betracht, wenn entweder das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Versicherungsnehmers eröffnet wurde (Abs. 1 Nr. 3) oder der Aufenthalt des Versicherungsnehmers unbekannt ist (Abs. 1 Nr. 3).

Ein weiterer nicht zu unterschätzender Vorteil für den Geschädigten ist der sog. „fiktive Deckungsanspruch“ im Sinne des § 117 VVG. Ist der Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer leistungsfrei, so wird dennoch im Verhältnis zum und zu Gunsten des Geschädigten das Versicherungsverhältnis gem. § 117 Abs. 1 VVG als bestehend unterstellt⁷⁵ und der Versicherer bleibt gegenüber dem Geschädigten leistungspflichtig.⁷⁶ So kann sich eine vollständige oder teilweise Leistungsfreiheit des Versicherers im Verhältnis zum Versicherungsnehmer beispielsweise aufgrund von Prämienverzug (§§ 37, 38 VVG), wegen der Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten (§§ 19 ff. VVG), in Fällen der Gefahrerhöhung (§§ 23 ff. VVG) oder bei Verletzung vertraglicher Obliegenheiten (§ 28 VVG) ergeben.⁷⁷ Die „zuständige Stelle“ zur Anzeige des Bestehens oder der Beendigung der Versicherung im Sinne des § 117 Abs. 2 VVG sind bei Vorliegen einer Pflichtversicherung die jeweiligen Ärztekammern.⁷⁸

Die Haftung des Versicherers beschränkt sich in einem solchen Fall jedoch auf die gesetzliche Mindestversicherungssumme im Sinne des § 114 VVG (250.000 €) selbst dann, wenn der haftpflichtige Arzt vertraglich eine höhere Deckungssumme vereinbart hat.⁷⁹ Der Geschädigte kann sich dann den „fingierten“ Freistellungsanspruch pfänden und überweisen lassen.⁸⁰

⁷⁴ Vgl. hierzu § 21 MBO.

⁷⁵ Greiner, „Änderungen für die ärztliche Berufshaftpflichtversicherung“, in: GesR 2014, 650, 651 (652).

⁷⁶ Langheid in: Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Auflage 2014, § 117 Rn. 5.

⁷⁷ Langheid/Wandt/W.-T. Schneider VVG § 117 Rn. 9-10.

⁷⁸ So auch ausdrücklich in § 33 Abs. 1 Niedersächsisches Heilberufe- und Kammergesetz: „Die Kammer ist zuständige Stelle im Sinne des § 117 Abs. 2 des Versicherungsvertragsgesetzes.“

⁷⁹ Greiner, „Änderungen für die ärztliche Berufshaftpflichtversicherung“, in: GesR 2014, 650, 651 (652).

⁸⁰ Knappmann in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 29. Auflage 2015, § 117 Rn. 1-5, Greiner, „Änderungen für die ärztliche Berufshaftpflichtversicherung“, in: GesR 2014, 650, 651 (652).

Gerade bei einer nicht hinreichenden Deckungssumme ist auch § 118 VVG zu berücksichtigen. Diese Regelung sieht aus Gründen des Opferschutzes eine Rangfolge vor, nach der der Direktgeschädigte mit seinen Ansprüchen wegen Personen- und Sachschäden absolute Priorität genießt und gegebenenfalls Rechtsnachfolger oder geschädigte Dritte ausgeschlossen werden.⁸¹ § 118 VVG regelt damit das Verhältnis des unmittelbar Geschädigten zu den anderen Regressgläubigern.⁸² Das Kürzungs- und Verteilungsverfahren (§§ 107, 109 VVG) findet im Übrigen bei Erschöpfung der Versicherungssumme auf der jeweiligen Rangstufe statt, in der die Erschöpfung der Versicherungssumme eintritt.⁸³ Das Verfahren ist abgeschlossen, wenn die Versicherungssumme durch tatsächliche Auszahlung an die Berechtigten vollständig verbraucht ist. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Regelung allein das Deckungsverhältnis und nicht das Haftpflichtverhältnis beschreibt, der Schädiger also im ungedeckten Bereich verpflichtet bleibt.⁸⁴

6. Unzureichende Deckungssumme als reales Problem

Gerade aber im Bereich der Geburtsschadenshaftung oder auch bei anderen Personengroßschadensfällen treten Fälle der Erschöpfung der Versicherungssumme durchaus auf. Nicht selten finden z.B. Geburtsschadensfälle dabei ihren Ursprung in den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts. Dies ist in vielen Fällen den zum damaligen Zeitpunkt regelmäßig erheblich geringer vereinbarten Versicherungssummen geschuldet. In den 70er und 80er Jahren des vorhergehenden Jahrhunderts waren noch Deckungssummen in Höhe von bis zu 500.000 DM für Personen- und Sachschäden und 25.000 DM für Vermögensschäden die Regel. Haftungsfälle aus dieser Zeit können durchaus auch heute aufgrund noch laufender Prozesse oder noch nicht erfolgter Schadenabwicklung aktuell sein. Problematisch sind aber auch bestehende Versicherungsverhältnisse, die nicht auf ihre Angemessenheit überprüft wurden. So werden für den niedergelassenen Bereich durchaus noch Verträge mit Deckungssummen für Personenschäden von 2.000.000 € angeboten. Sogar

⁸¹ Knappmann in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, § 118 Rn. 1 ff; Langenick, „Probleme des Verteilungsverfahrens, insbesondere das in § 118 Abs. 1 VVG verborgene Super-Befriedigungsvorrecht“, in: r + s-Beil. 2011, 70 (75).

⁸² Unabhängig davon gilt natürlich für den sozialversicherten Direktgeschädigten die bevorzugte Regressmöglichkeit gegenüber dem Schädiger im Verhältnis zu Ansprüchen nach § 116 Abs. 1 SGB X.

⁸³Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, 5. Rangfolge mehrerer Ansprüche, Rn. 41.

⁸⁴ BGH VI ZR 44/05.

die Mehrzahl der bestehenden Versicherungsverträge bei den niedergelassenen Ärzten soll mit Deckungssummen in Höhe von 2.000.000 Euro für Personen- und Sachschäden und 100 000 Euro für Vermögensschäden abgeschlossen sein.⁸⁵ Unter dieser Prämisse ist auch für die zukünftige anwaltliche Fallbearbeitung davon auszugehen, dass sich die Problematik einer unzureichenden Deckungssumme stellen kann und wird. Die Vereinbarung einer Deckungssumme von unter 5.000.000 € erscheint für Personenschäden aus heutiger Sicht in der Regel nicht mehr ausreichend.⁸⁶ Bei Vereinbarung einer unzureichenden Deckung bzw. Deckungssumme im Rahmen der Neuversicherung kann sich dann freilich die Frage der Haftung des Versicherers aus fehlerhafter Beratung beim Vertragsabschluss bzw. die Möglichkeit der Haftung des Versicherungsmaklers stellen (§§ 6, 61, 63 VVG).⁸⁷ Diesen Weg muss der beratende Rechtsanwalt in Fällen eingetretener Deckungslücken prüfen.

7. Erfüllungsschaden

In Zahnarzthaftungssachen ist in besonderer Weise der Erfüllungsschaden zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 1 S. 6 Abs. 3 AHB). Danach genießen Zahnärzte keinen Haftpflichtversicherungsschutz für die Behandlungskosten zur Neuerstellung von Zahnersatz oder bei der Versorgung mit implantatgestützten Prothesen. Die Erfüllung von Verträgen und die an ihre Stelle tretenden Erfüllungssurrogate sind nicht Gegenstand der Haftpflichtversicherung. Mithin greift der Ausschluss, wenn die werkvertragliche Komponente bei der Leistungserbringung überwiegt. Sind die geltend gemachten Ersatzansprüche auf das Vertragserfüllungsinteresse gerichtet, ist ein entsprechender vom Haftpflichtausschluss erfasster Erfüllungsschaden gegeben.⁸⁸

⁸⁵ „Arzthaftpflicht: Der Markt schrumpft weiter“ Dtsch. Ärztebl. 2013; 110(1-2): A-18 / B-16 / C-16.

⁸⁶ Weidinger in: Wenzel, Der Arzthaftungsprozess, S. 434, Rn. 972.

⁸⁷ Ausführlich zu den Pflichten bei Beratung zum Versicherungsvertrag Weidinger in: Wenzel, Der Arzthaftungsprozess, S. 434, Rn. 978 ff; BGH, Urteil vom 10.03.2016, Az.: I ZR 147/14 (OLG Karlsruhe), BeckRS 2016, 14690: *Die Pflichten des Versicherungsmaklers zur Aufklärung und Beratung umfassen vor allem die Fragen, welche Risiken der Versicherungsnehmer absichern sollte, wie die effektivste Deckung erreicht werden kann, bei welchem Risikoträger die Absicherung vorgenommen werden kann und zu welcher Prämienhöhe welche Risikoabdeckung erhältlich ist. Ein Versicherungsmakler erfüllt diese Pflichten nicht allein dadurch, dass er ohne Prüfung und Erörterung im konkreten Fall den Versicherungsnehmer auf Lücken einer bestehenden Versicherung sowie die dadurch hervorgerufenen wirtschaftlichen Risiken hinweist und einen Versicherungsschutz gegen alle Risiken empfiehlt* (Amtlicher Leitsatz).

(BGH, Urteil vom 10.03.2016 - Aktenzeichen I ZR 147/14, BeckRS 2016, 14690, beck-online)

⁸⁸ BGH, Urteil vom 19. 11. 2008, Az: IV ZR 277/05 (r-+-s 2009, 60 = NJW-RR 09, 381).

8. Nachhaftung

Anders als in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare wird im Rahmen der Arzthaftpflichtversicherung (noch) nicht auf den Verstoßzeitpunkt abgestellt, sondern auf den Eintritt der Schadenfolge.⁸⁹ Die AHB 2015, auf die die Mehrheit der individuellen Bedingungen als Grundwerk abstellt, definieren den Schadenfall in folgender Weise:

*„Schadenereignis ist das Ereignis, als dessen Folge die Schädigung des Dritten unmittelbar entstanden ist. Auf den Zeitpunkt der Schadenverursachung, die zum Schadenereignis geführt hat, kommt es nicht an.“*⁹⁰

Entsprechend ist es durchaus möglich, dass sich der Versicherungsfall erst nach Beendigung des Haftpflichtversicherungsschutzes einstellt. Die Absicherung derartiger Schadenfolgen durch Abschluss einer Nachhaftungsversicherung wird empfohlen. Gegebenenfalls können hier auch Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Beratungspflichten gegen den Vermittler nach § 63 VVG in Betracht kommen.⁹¹

Aufgrund der Unsicherheiten hinsichtlich der Feststellung des Zeitpunkts des Schadeneintritts wird das Schadenereignisprinzip für die Heilwesen-Haftpflichtversicherung als problematisch oder sogar ungeeignet⁹² bewertet. Insbesondere entwickelt sich die Tendenz heraus, eine Umstellung auf den Zeitpunkt der Anspruchserhebung nach dem sog. „claims made“ Modell vorzunehmen.⁹³ Hierdurch soll Klarheit für den Zeitpunkt des Schadensfalls, z.B. durch Abstellen auf eine schriftliche Geltendmachung, geschaffen werden.⁹⁴ Zudem würden die Versicherungsbedingungen wie auch die vereinbarte Deckung zum Zeitpunkt der

⁸⁹ Bücken in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, § 19 Arzthaftpflichtversicherung Rn. 74 – 77.

⁹⁰ Ziffer 1.1, 2. Abs. der AHB 2015.

⁹¹ Ratzel/Greiner in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, III. Der geschützte Versicherungszeitraum, Rn. 28 ff.

⁹² Schimikowski, „Claims made – ein geeignetes Prinzip für Haftpflichtversicherungen im Heilwesenbereich?“, in: VersR 2010, 1533 (1540).

⁹³ Petry/Preetz, „Occurrence versus claims-made – Ein Paradigmenwechsel in der Versicherung von Krankenhäusern?“, in: H.D. Steinmeyer et al. (Hrsg.), Medizin – Haftung – Versicherung, S. 179 (179); Schimikowski, „Claims made – ein geeignetes Prinzip für Haftpflichtversicherungen im Heilwesenbereich?“, in: VersR 2010, 1533 ff.

⁹⁴ Schimikowski, „Claims made – ein geeignetes Prinzip für Haftpflichtversicherungen im Heilwesenbereich?“, in: VersR 2010, 1533 (1535).

Anspruchserhebung maßgeblich sein.⁹⁵ Darüber hinaus sollen gerade auch wirtschaftliche Aspekte durch Reduzierung eines bilanziellen Risikos eine gewichtige Rolle für dieses Modell spielen.⁹⁶ Aber auch gerade bei dem „claims made“ Modell bliebe die bestehende Nachhaftungsproblematik bestehen.

9. Zukunft der Arzthaftpflichtversicherung

Die zukünftige Entwicklung in der Arzthaftpflichtversicherung wird weiterhin maßgeblich wirtschaftlich geprägt sein. Eine Vielzahl von Versicherern hat diese Sparte aufgrund von Unwirtschaftlichkeit aus dem Angebot genommen. So hat beispielsweise die ZURICH Versicherung Ende 2012 die Heilwesen-Haftpflichtsparte komplett aufgegeben und laufende Verträge gekündigt.⁹⁷ Auch andere Versicherer haben sich aus diesem Markt zurückgezogen bzw. verbleibende Anbieter haben sich bzw. ihr Angebot neu strukturiert. Insbesondere mit steigenden Prämien soll dem vermehrten Kostenaufwand entgegengewirkt werden. Auch wird das Angebot für Berufsgruppen mit großen wirtschaftlichen Haftungsrisiken weiter abnehmen.

Die Versicherungswirtschaft sucht entsprechend nach Auswegen, um auch zukünftig Absicherungen zu tragbaren Prämienbelastungen anbieten zu können. Eine Deckelung der Schadensersatzansprüche der Höhe nach ist derzeit, anders als in § 12 StVG, mangels gesetzlicher Grundlage nicht denkbar. Diskutiert wird auch die Möglichkeit der Einführung einer staatlichen Excedentenlösung. Danach soll allein ein Grundstock über den Haftpflichtversicherer abgesichert werden. Ab dem Überschreiten einer gewissen Höchstsumme soll dann ein staatlicher Fonds eintreten.⁹⁸ Ein anderer Lösungsansatz wird in

⁹⁵ Petry/Preetz, „Occurence versus claims-made – Ein Paradigmenwechsel in der Versicherung von Krankenhäusern?“, in: H.D. Steinmeyer et al. (Hrsg.), *Medizin – Haftung – Versicherung*, S. 179 (181); Schimikowski, „Claims made – ein geeignetes Prinzip für Haftpflichtversicherungen im Heilwesenbereich?“, in: *VersR* 2010, 1533 (1535).

⁹⁶ Petry/Preetz, „Occurence versus claims-made – Ein Paradigmenwechsel in der Versicherung von Krankenhäusern?“, in: H.D. Steinmeyer et al. (Hrsg.), *Medizin – Haftung – Versicherung*, S. 179 (181).

⁹⁷ Petry/Preetz, „Occurence versus claims-made – Ein Paradigmenwechsel in der Versicherung von Krankenhäusern?“, in: H.D. Steinmeyer et al. (Hrsg.), *Medizin – Haftung – Versicherung*, S. 179 (179).

⁹⁸ Klebb, „Entwicklungen bei der Arzthaftpflichtversicherung“ in: *MedR* 2013, 158 (158); Köhler, Bovenkerk, „Steigende Risiken in der Heilwesenhaftpflicht – Die Versicherbarkeit in der Krise“, H.D. Steinmeyer et. al., *Medizin – Haftung – Versicherung*, S. 123 (139).

einem Regressausschluss von Sozialhilfe- bzw. Sozialversicherungsträgern gesehen.⁹⁹ Bei den Überlegungen zu einer Heilbehandlungsrisikoversicherung¹⁰⁰ handelt es sich um ein eigenständiges Versicherungssystem zu Gunsten des Patienten, wonach nicht das Haftpflichtrisiko des Arztes sondern das Behandlungsrisiko des Patienten und damit der Schadeneintritt als solcher versichert werden soll. Insoweit wird die Auffassung vertreten, dass durch die Versicherung des Behandlungsrisikos das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt gestärkt werden könnte.¹⁰¹ Die Bestimmbarkeit des Leistungsumfanges und der Einstandspflicht einer solchen Versicherung wie aber auch die Deckung ihrer Beiträge lassen derzeit eine solche Versicherung eher als unwahrscheinlich erwarten.¹⁰²

II. Die Rechtsschutzversicherung

1. Kostenrisiko im Arzthaftungsfall

Bekanntermaßen sind die Kosten im Rahmen eines gerichtlichen Arzthaftungsverfahrens äußerst hoch. Zum einen liegt dies natürlich an den regelmäßig höheren Streitwerten (Schmerzensgeld, vielfältige materielle Schadensersatzpositionen, Feststellungsbegehren). Zum anderen ist bei einem schlüssigen Klagevortrag im gerichtlichen Verfahren mindestens ein Sachverständigengutachten einzuholen. In der Regel läuft es im Prozess noch darauf hinaus, dass der Sachverständige zur Erläuterung seines Gutachtens zum Termin zur mündlichen Verhandlung geladen werden wird. Arzthaftungsverfahren stehen und fallen, trotz natürlich zu konstatierender Anwaltskunst, im Wesentlichen mit dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens. Die Bewertung des Falls durch den Sachverständigen ist trotz im Vorfeld erfolgter medizinischer Beratung nicht immer vorhersehbar. Die Anspruchstellerpartei trägt daher ein erhebliches Kostenrisiko, das auch Gegenstand der

⁹⁹ Köhler, Bovenkerk, „Steigende Risiken in der Heilwesenhaftpflicht – Die Versicherbarkeit in der Krise“, H.D. Steinmeyer et. al., Medizin – Haftung – Versicherung, S. 123 (141ff); Klebb, „Entwicklungen bei der Arzthaftpflichtversicherung“, MedR 2013, 138 (138); vgl. hierzu auch die Regelung in § 134a V SGB V.

¹⁰⁰ Katzenmeier, „«Heilbehandlungsrisikoversicherung» - Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz?“ VersR 2007, 213; siehe hierzu auch: Hart/Francke, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen: Einordnung, Zwecke, Verfahren, Organisation, Finanzierung, Gesetzesvorschlag, Rechtsgutachten.

¹⁰¹ Pichler, Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich, Bd. 1, 47 ff; Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, X. Arztfehler und Haftpflicht Rn. 131.

¹⁰² Hierzu auch: Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, X. Arztfehler und Haftpflicht Rn. 133.

anwaltlichen Beratung im Einzelfall sein muss, ferner ist auch das strategische Vorgehen danach auszurichten.¹⁰³ Die optimistische Aussage des Mandanten, er sei rechtsschutzversichert, gewährleistet bekanntermaßen noch lange keinen Kostenschutz. Nicht selten muss der Anwalt den Mandanten zu einer irrigen Vorstellung belehren, nachdem der Versicherer nach erfolgter Deckungsanfrage überraschender Weise erklärt, nicht einstandspflichtig zu sein.

Die Korrespondenz mit der Rechtsschutzversicherung und Abklärung der Deckung erweist sich zudem gerade in Arzthaftungsfällen aufgrund der umfangreichen Informationen, diversen Schadenspositionen mit eventuell hohen Streitwerten als zusätzliche umfangreiche Tätigkeit. Es wird daher zum Teil auch die Auffassung vertreten und empfohlen¹⁰⁴, die Korrespondenz mit dem Rechtsschutzversicherer als eigenständiges zweites Mandat, für das dann jedoch mangels Rechtsschutzfalls keine Kostendeckung durch den Rechtsschutzversicherer besteht, zu führen.

Irritierend, wenig zielführend und dazu auch noch sachlich unzutreffend, aber leider nicht (mehr) unüblich, sind sicherlich Fragestellungen oder Aufforderungen des Rechtsschutzversicherers im Vorfeld der Deckungszusage, den Behandlungsfehler nachzuweisen, den „Stand der medizinischen Technik“¹⁰⁵ zum Zeitpunkt des Behandlungsfehlers oder das Ausscheiden von Komplikationen zu erläutern. Zwar schuldet der Versicherungsnehmer dem Versicherer grundsätzlich eine umfassende Information und darf sich nicht auf das seiner Ansicht nach Notwendige beschränken. Jedoch muss sich diese Informationsobliegenheit danach richten, welche Anforderungen an die Darlegungs- und Substantiierungslast des Versicherungsnehmers im jeweiligen Haftpflichtprozess zu stellen sind.¹⁰⁶ Bekanntermaßen dürfen an die Informations- und Substantiierungspflichten der klägerischen Partei im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen gestellt werden. Der Patient und sein Prozessbevollmächtigter sind insbesondere nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen.¹⁰⁷

¹⁰³ Teichner in: Kroiß (Hrsg.)/Roth, Formular Bibliothek Zivilprozess - Verkehrsrecht, Teil 3 Arzthaftungsrecht § 2 Das Mandat im Arzthaftungsrecht Rn. 20.

¹⁰⁴ Teichner in: Kroiß (Hrsg.)/Roth, Formular Bibliothek Zivilprozess, Teil 3 Arzthaftungsrecht, § 2 Das Mandat im Arzthaftungsrecht Rn. 53.

¹⁰⁵ Originalzitat aus einem Schreiben eines Schadenmanagers für eine Rechtsschutzversicherung.

¹⁰⁶ Terbille, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung Rn. 182.

¹⁰⁷ BGH, Beschluss vom 01. März 2016 – VI ZR 49/15 –, juris.

Selbstverständlich darf auch der Rechtsschutzversicherer hierzu nicht mehr fordern, insbesondere ist er nicht berechtigt, eine medizinische oder gutachterliche Vorprüfung zu verlangen.¹⁰⁸

2. Der Schadensersatzrechtsschutz

Die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus dem Arzthaftpflichtbereich unterliegt dem Schadensersatzrechtsschutz.¹⁰⁹ Dieser ist in § 2 a ARB 2010/2012 bzw. Ziffer 2.2.1. der ARB 2015/2016 erfasst und beinhaltet lediglich die Geltendmachung, nicht aber die Abwehr von Schadensersatzansprüchen. Für den Arzthaftungsbereich bedeutet dies, dass für die Anspruchsabwehr des Arztes grundsätzlich kein Rechtsschutz über die Rechtsschutzversicherung in Betracht kommt. Die Zuständigkeit liegt insoweit bei der Haftpflichtversicherung. Ausnahme ist im zahnärztlichen Bereich der sog. „Erfüllungsschaden“. Hier kommt grundsätzlich Rechtsschutz für die Abwehr von Ansprüchen nach Vertragsrechtsschutz gemäß § 2 d ARB 2010 bzw. Ziffer 2.2.4 ARB 2015/2016 in Betracht.

3. Mitversicherte Person

Nach § 15 Abs. 1 ARB besteht „Versicherungsschutz [...] für den Versicherungsnehmer und im jeweils bestimmten Umfang für die in § 21 bis § 28 oder im Versicherungsschein genannten sonstigen Personen. Außerdem besteht Versicherungsschutz für Ansprüche, die natürlichen Personen aufgrund Verletzung oder Tötung des Versicherungsnehmers oder einer mitversicherten Person kraft Gesetzes zustehen.“

Abs. 1 S. 2 dehnt den Versicherungsschutz noch weiter auf Personen aus, denen aufgrund Tötung oder Verletzung des Versicherungsnehmers oder mitversicherter Personen eigene Ansprüche zustehen. Diese folgen insbesondere aus den §§ 844, 845 BGB sowie aus entsprechenden Vorschriften in Sondergesetzen. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Anspruch auf Rechtsschutz zu Lebzeiten des Versicherungsnehmers entstanden und im Wege der Erbfolge auf den bzw. die Erben übergegangen ist. Durch den Erbfall werden die

¹⁰⁸ OLG Celle, Urteil vom 18.01.2007, Az.: 8 U 198/06 -BeckRS 2007, 03742, beck-online; AG Königstein, Urteil vom 27.02.2013, Az.: 21 C 1307/11 – VersR 2014, 190.

¹⁰⁹ LG München I, Urteil vom 21. 3. 2013 - 25 O 7649/12, r + s 2014, 14 mit Anmerkung Graf.

Erben als Gesamtrechtsnachfolger automatisch Mitversicherte (§ 1922 BGB), da auch der Rechtsschutzanspruch vererbbar ist. Im Rahmen der vereinbarten Deckungssumme können deshalb die Erben des Versicherungsnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluss der Angelegenheit Versicherungsschutz beanspruchen.¹¹⁰

4. Der Rechtsschutzfall

Der Versicherungsfall im Schadensersatzrechtsschutz bestimmt sich nach dem Zeitpunkt des Schadensereignisses, also des äußeren Vorgangs, der den Schaden oder die Verletzung unmittelbar herbeigeführt hat (Folgeereignistheorie). Bei einem ärztlichen Behandlungsfehler liegt der Versicherungsfall daher nicht bereits in der fehlerhaften Behandlung, sondern erst im Eintritt der dadurch hervorgerufenen Gesundheitsbeeinträchtigung.¹¹¹ Hierauf ist im Rahmen der Korrespondenz mit dem Rechtsschutzversicherer nötigenfalls deutlich hinzuweisen. Nicht selten stellt der Versicherer in seinen Anfragen allein auf den Behandlungszeitpunkt ab.

5. Erfolgsaussichten

Einwendungen zu den Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung sind gem. §§ 128 VVG, 18 I ARB 2000 vom Versicherer unverzüglich geltend zu machen. Das Recht, Deckung wegen fehlender Erfolgsaussicht oder Mutwilligkeit einer beabsichtigten Klage zu verweigern, verliert der Rechtsschutzversicherer, wenn er dieses dem Versicherungsnehmer entgegen den vertraglichen Bedingungen nicht unverzüglich mitteilt. Die Versagung des Deckungsschutzes wegen fehlender Erfolgsaussicht muss mit einer zutreffenden und eindeutigen Belehrung über den vom Versicherungsnehmer anschließend zu beschreitenden Weg verbunden werden. Geschieht dies nicht, so ist eine spätere Berufung auf Mutwilligkeit oder fehlende Erfolgsaussicht nicht mehr möglich.¹¹² Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Arzthaftungsprozesses ist zu berücksichtigen, dass der Substantiierungspflicht Genüge getan ist, wenn der Versicherungsnehmer sich auf einen Vortrag beschränkt, der die Vermutung

¹¹⁰ Harbauer, Rechtsschutzversicherung, 8. Auflage 2010, ARB 2000 § 15, Rn. 13 - 15.

¹¹¹ LG München I, Urteil vom 21. 3. 2013 – 25 O 7649/12 (NJW-RR 2013, 1507).

¹¹² OLG Köln, Urteil vom 11. Oktober 2005 – 9 U 187/04 –, juris.

eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes gestattet.¹¹³ Erteilt die Versicherung Deckungszusage, ist sie an die positive Bewertung der Erfolgsaussichten auf der Grundlage der ihr zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Informationen gebunden. Das bedeutet, dass der Versicherer nach der Erteilung der Deckungszusage mit allen Einwendungen ausgeschlossen ist, die er bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Deckungszusage hätte erheben können bzw. auf der Grundlage des geschilderten Sachverhalts hätte erkennen können.¹¹⁴ Auch bei Einwendungen zur Streitwerthöhe handelt es sich der Sache nach um Einwendungen zu den Erfolgsaussichten der Klage, indem nämlich geltend gemacht wird, dass nur ein Schaden in bestimmter Höhe entstanden und schlüssig dargelegt worden ist und der darüber hinausgehende Schadensanteil nicht erfolgsversprechend geltend gemacht werden kann.¹¹⁵

6. Freie Anwaltswahl

Zwar sind Rechtsschutzversicherungen durchaus berechtigt, Anwaltsempfehlungen auszusprechen, jedoch ist der Versicherungsnehmer frei in der Wahl seines Anwaltes. Gemäß § 127 VVG bleibt er berechtigt, den Rechtsanwalt, der seine Interessen vertreten soll, frei zu wählen. Diese gesetzliche Regelung ist vertraglich auch nicht abdingbar, § 129 VVG. Insoweit besteht auch Übereinstimmung mit § 3 Abs. 3 BRAO. Es ist jedoch den Rechtsschutzversicherern gestattet, dem Versicherungsnehmer Anreize für die Beauftragung bestimmter Rechtsanwälte zu gewähren. Dabei muss gewährleistet bleiben, dass die Entscheidung über die Auswahl des Rechtsanwalts beim Versicherungsnehmer liegt und kein unzulässiger psychischer Druck auf den Versicherungsnehmer ausgeübt wird.¹¹⁶

7. (Prozess)Vergleich

Vielfach können Arzthaftungsfälle außergerichtlich oder im gerichtlichen Verfahren durch den Abschluss eines Vergleiches beendet werden. Allgemein bekannt ist, dass der Versicherer keine Kosten trägt, die der Versicherungsnehmer ohne Rechtspflicht übernommen hat, § 5 Abs. 3a ARB 2010/Ziffer 3.3.1 ARB 2015/2016. Nach den früheren ARB nach § 2 Abs. 3a ARB

¹¹³ OLG Köln, Urteil vom 16. 4. 2002 - 9 U 129/01, r+s 2002, 289.

¹¹⁴ OLG Köln, Urteil vom 31. 10. 2000 - 9 U 141/99; r + s 2001, 248.

¹¹⁵ LG München I, Urteil vom 24.08.2012 - Aktenzeichen 12 O 9547/12, BeckRS 2014, 14495, beck-online.

¹¹⁶ BGH Urteil vom 04.12.2013, Aktenzeichen: VI ZR 215/12

75 galt für die Eintrittspflicht des Versicherers das Verhältnis von Obsiegen zu Unterliegen. In § 5 Abs. 3a und 3b ARB 2010 heißt es nunmehr:

„(3) Der Versicherer trägt nicht

b) Kosten, die bei einer einverständlichen Erledigung entstanden sind, soweit sie nicht dem Verhältnis des vom Versicherungsnehmer angestrebten Ergebnisses zum erzielten Ergebnis entsprechen, es sei denn, dass eine hiervon abweichende Kostenverteilung gesetzlich vorgeschrieben ist;... .“

Ziffer 3.3.2 ARB 2015/2016 formuliert entsprechend:

„... Kosten, die bei einer gütlichen Einigung entstanden sind und die nicht dem Verhältnis des von Ihnen angestrebten Ergebnisses zum erzielten Ergebnis entsprechen. (Beispiel: Sie verlangen Schadenersatz in Höhe von € 10.000. In einem Vergleich mit dem Gegner erlangen Sie einen Betrag von € 8.000 = 80 % des angestrebten Ergebnisses. In diesem Fall übernehmen wir 20 % der entstandenen Kosten – nämlich für den Teil, den Sie nicht durchsetzen konnten.) Dies bezieht sich auf die gesamten Kosten der Streitigkeit. Ausnahme: Es ist gesetzlich eine andere Kostenregelung vorgeschrieben.“

Ausgangsgröße der Wertermittlung ist also das zunächst angestrebte Ziel. Dies kann durchaus auch geringer sein, als der Wert, der als Anspruch geltend gemacht wurde. Gerade bei Schmerzensgeldforderungen ist es durchaus denkbar, dass Forderungen in der Auseinandersetzung höher angesetzt werden, um „Luft“ für die Vergleichsverhandlungen zu haben. Durch die Neuregelung ist dem Versicherer nunmehr die Möglichkeit eingeräumt worden zu beweisen, dass der angestrebte Ausgangswert geringer als der dann geltend gemachte Wert war. Ergibt sich, dass die Erfolgsquote nach dem Verhältnis des tatsächlich erstrebten Wertes zum erzielten Wert günstiger ist als diejenige, die aus dem Verhältnis tatsächlich geltend gemachter Wert zum erzielten Wert folgt, ist der Versicherer nicht verpflichtet, die Kosten zu tragen, die nicht diesem Verhältnis entsprechen. Der Rechtsschutzversicherer wird also nicht vollständig leistungsfrei, hat jedoch nur die Kosten zu tragen, die ihm das Gericht nach §§ 91 ff. ZPO auferlegt hätte, wenn es ein Urteil mit demselben Inhalt wie dem des Vergleiches erlassen hätte.¹¹⁷ Der Versicherer verhält sich

¹¹⁷ Harbauer ARB, ARB 2000 § 5 Rn. 197.

jedoch treuwidrig, wenn die Feststellung der Obsiegensquote im Einzelfall schwierig ist.¹¹⁸ Wird in einem Vergleich keine Kostenregelung getroffen, greift § 5 Abs. 3b ARB 2010 nicht.¹¹⁹ Auch ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Versicherer an eine Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO gebunden ist.¹²⁰

8. Geschäftsgebühr

Ein regelmäßig auftretendes Problem in der Erstattung durch den Rechtsschutzversicherer stellt die Geschäftsgebühr nach Ziffer 2300 VV RVG dar. Grundsätzlich ist die Bearbeitung von Arzthaftungsfällen mit einem besonderen Arbeitsumfang verbunden. Diverse Gespräche mit dem Mandanten zur Klärung des haftungsbegründenden Sachverhaltes wie aber auch der Schadenspositionen sind regelmäßig geboten. Die Festsetzung der Geschäftsgebühr für die vorgerichtlichen Tätigkeiten des Rechtsanwalts bleibt jedoch eine Frage des Einzelfalles.

Von den Bemessungskriterien „rechtliche Schwierigkeit“ und „Umfang“ der anwaltlichen Tätigkeit stellt der Umfang der entfalteteten Tätigkeit das im Regelfall wesentlichere Kriterium dar.¹²¹

Die Durcharbeitung von Behandlungsunterlagen und eventuell auch über den MDK, die Schlichtungsstelle oder privat eingeholter Gutachten ist aber sicherlich auch als „schwierig“ im Sinne der Ziffer 2300 VV RVG zu bewerten. Werden im Rahmen einer arzthaftungsrechtlichen Streitigkeit vorprozessual erhebliche Tätigkeiten entfaltet (Einholung von Privatgutachten, umfangreicher Schriftverkehr mit Haftpflichtversicherern u. a.), so rechtfertigt schon dies eine deutliche Anhebung der Geschäftsgebühr über das 1,3-fache hinaus (2,0-fach).¹²²

Hat der Rechtsanwalt jedoch zunächst nur mit zwei Schreiben um Übersendung von Behandlungsunterlagen in einer Arzthaftungssache gebeten und ist auch noch keine

¹¹⁸ BGH VersR 2011, 1005 Rn. 21; LG Karlsruhe VersR 2012, 1557 (1558).

¹¹⁹ OLG Saarbrücken VersR 2014, 1320.

¹²⁰ Ruffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, ARB 2010, § 5 Rn. 27-33; OLG Hamm 8.12.2004, Az.: 20 U 151/04, VersR 2005, 1142.

¹²¹ OLG Köln, Beschluss vom 19.03.2015, Az.: 5 W 7/15, BeckRS 2015, 07695.

¹²² OLG Köln, Beschluss vom 19.03.2015, Az.: 5 W 7/15, BeckRS 2015, 07695; OLG Nürnberg, Urteil vom 30.04.2015 - 5 U 2282/13.

Schadenberechnung sowie die Besprechung der Patientenakten mit dem Mandanten erfolgt, so ist zunächst der Vorgang als unterdurchschnittlich einzuordnen und ein weitergehender Vorschuss mit Blick auf eine noch zu erwartende umfangreiche Tätigkeit kann nicht gefordert werden.¹²³

Spezialkenntnisse des Rechtsanwaltes, um die es sich beim Arzthaftungsrecht wie allgemein beim Medizinrecht durchaus handelt, sind zugunsten und nicht etwa zu Lasten des Spezialisten anzuerkennen. Ein Fall, der sich für den Spezialisten in seiner praktischen Fallbearbeitung als durchschnittlich darstellt, kann dennoch in der Abrechnung als außergewöhnlich umfangreich oder schwierig zu bewerten sein.¹²⁴

Nach einer Entscheidung des OLG Hamm bleibt der Ansatz einer 2,5 Geschäftsgebühr gemäß Ziff. 2300 RVG als höchstmöglicher Satz umfangreichsten oder schwierigsten Angelegenheiten vorbehalten. Das OLG hat dabei auch bei einer Fehlbehandlung bei der Geburt mit Folge einer spastischen Tetraplegie und gravierenden Beeinträchtigungen, die ein Schmerzensgeld von 300.000,- EUR rechtfertigen, lediglich den Ansatz einer 2,0 fachen Steigerung für angemessen erachtet.¹²⁵ Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Angelegenheit für den Geschädigten und dem bestehenden Haftungsrisiko in einem solchen Großschadensfall dürfte grundsätzlich weiterer Diskussionspielraum im Rahmen des § 14 RVG gegeben sein.

Das Landgericht Osnabrück billigt hingegen bei umfangreichen Arzthaftungsangelegenheit eine außergerichtliche Geschäftsgebühr von 2,5 als angemessen zu.¹²⁶

9. Kostenminimierungspflicht

Der Versicherungsnehmer hat gemäß § 82 VVG bei Eintritt des Versicherungsfalles nach Möglichkeit für die Minderung des Schadens zu sorgen.¹²⁷ In Bezug auf Schmerzensgeldansprüche ist der Versicherungsnehmer entsprechend unter Kostenminderungsgesichtspunkten gehalten, die Höhe in das Ermessen des Gerichts zu stellen

¹²³ AG Düsseldorf, Urteil vom 7. 3. 2013, Az.: 32 C 11174/12 (r + s 2014, 102).

¹²⁴ OLG Köln, Beschluss vom 19.03.2015, Az.: W 7/15, BeckRS 2015, 07695; LG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2008, Az.: 23 S 101/07.

¹²⁵ OLG Hamm, Urteil vom 17. März 2015, Az.: I-26 U 108/13, 26 U 108/13 –, juris.

¹²⁶ LG Osnabrück, Urteil vom 25.07.2012, Az.: 2 O 1615/10 –, Rn. 23.

¹²⁷ OLG Saarbrücken, Urteil vom 28.10.2015, Az.: 5 U 20/15, ZfS 2016, 98.

und lediglich einen Mindestbetrag anzugeben.¹²⁸ Bei mehreren möglichen Anspruchsgegnern ist im Rahmen der Kostenminimierungspflicht die Angelegenheit als einheitliches Verfahren zu führen. Im streitigen Verfahren sind die Ansprüche gegen die in Betracht kommenden Schuldner als Gesamtschuldner zu richten. Anderenfalls ist ein Verstoß gegen die Schadenminderungsobliegenheit anzunehmen, z.B. Ziffer § 17 Abs. 6 ARB 94.¹²⁹ Das LG Köln stellt in seinem Urteil vom 22.10.2008, Az.: 20 O 186/08 (juris), heraus, dass ein Mandat zur Klärung, ob nacheinander tätig gewordenen Ärzten haftungsrelevante Behandlungsfehler zur Last zu legen sind, ein gleichartiges Vorgehen gegen die Ärzte bei bestehendem inneren Zusammenhang der gegen sie erhobenen Vorwürfe, nämlich ärztlicher Fehlbehandlungen in kurzer zeitlicher Abfolge bei gleichem Krankheitsbild, verlangt. Der Rechtsanwalt wird somit „in derselben Angelegenheit“ tätig. Auch wenn mehrere Ärzte bzw. Krankenhäuser wegen ärztlicher Fehlbehandlungen in kurzer zeitlicher Abfolge bei gleichem Krankheitsbild in Anspruch genommen, sind sie nach der Entscheidung des LG Köln als Nebentäter und damit Gesamtschuldner im Sinne von § 840 Abs. 1 BGB zu bewerten, wenn ihnen jeweils selbstständige Behandlungsfehler vorgeworfen werden. Dabei kommt es nicht darauf an, dass in einem solchen Fall jeweils verschiedene Behandlungsverträge geschlossen wurden. Das OLG Hamm hat jüngst in einem Anwaltsregress, dem ein arzthaftungsrechtliches Verfahren vorausging, nochmals klargestellt, dass auch einem rechtsschutzversicherten Mandanten von einer völlig aussichtslosen Klage oder Berufung abzuraten ist.¹³⁰ In einem solchen Fall ist der Anwalt auch gehalten, sich gegen eine Anfrage beim Rechtsschutzversicherer nach Deckungsschutz auszusprechen, weil sich die Auslösung von Prozesskosten dann als nicht erforderlich im Sinn des § 125 VVG darstellt.¹³¹ Die prozessuale Geltendmachung eines überzogenen Schmerzensgeldanspruches oder auch einer Schmerzensgeldrente kann damit zum Regressanspruch des Rechtsschutzversicherers gegen den Rechtsanwalt führen.¹³²

¹²⁸ OLG Köln, Urteil vom 16. 4. 2002 - 9 U 129/01, r+s 2002, 289.

¹²⁹ LG Köln, Urteil vom 22.10.2008, Az.: 20 O 186/08, BeckRS 2010, 15580, beck-online.

¹³⁰ OLG Hamm Urt. v. 18.2.2016 – 28 U 73/15, BeckRS 2016, 16257, beck-online

¹³¹ OLG Hamm Urt. v. 18.2.2016 – 28 U 73/15, BeckRS 2016, 16257, beck-online, unter Bezug auf OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.06.2013, 9 U 147/12, NJW 2014, 399, 400.

¹³² OLG Hamm a.a.O.