

**Entwicklungslinien in der
Arzthaftpflicht-Rechtsprechung
2011/2012**

Prof. Dr. Karl Otto Bergmann
Fachanwalt für Medizin-,
Versicherungs- + Verwaltungsrecht
Hafenstraße 14, 59067 Hamm
Telefon: 02381-97235-0
Telefax: 02381-97335-10
www.bergmannpartner.com
info@bergmannpartner.com

Einleitung

Der Entwurf des Patientenrechtegesetzes beherrscht derzeit die haftungsrechtliche Diskussion. Am 23.05.2012 hat das Kabinett den Gesetzesentwurf zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten beschlossen. Alles spricht dafür, dass das Gesetz planmäßig zum 01.01.2013 in Kraft tritt. Ziel des Gesetzes ist es, das Behandlungs- und Arzthaftungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch zu kodifizieren. Der Gesetzesentwurf hat hierzu die bisherigen Entwicklungslinien der höchstrichterlichen Rechtsprechung des VI. Senates des Bundesgerichtshofs übernommen, so dass mit einer wesentlichen Änderung der Rechtsprechung unter dem Patientenrechtegesetz nicht zu rechnen sein wird.

Auch die Rechtsprechung des Berichtsjahres 2011/2012 schreibt diese Entwicklungslinien fort.¹ Bei Durchsicht und kritischer Prüfung der Entscheidungen fällt ins Auge, dass der Bereich der Haftung für Befunderhebungsfehler immer größeren Raum einnimmt. Daneben bleibt die Rechtsprechung zur Risikoaufklärung, insbesondere zur Aufklärung über Behandlungsalternativen, ein weiterer Schwerpunkt. Ferner ist bemerkenswert, dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht nur immer mehr Befangenheitsanträge gegenüber Sachverständigen gestellt werden, sondern zunehmend versucht wird, den Weg über die Ablehnung eines beteiligten Richters zu gehen, wenn die Partei mit dem Verfahrensverlauf nicht einverstanden ist. Die Behandlungsfehlerhaftung bleibt aber im Zentrum der Arzthaftungspflicht-Rechtsprechung.

Behandlungsfehlerhaftung

Grober Behandlungsfehler

Der 6. Senat des Bundesgerichtshofs setzt sich im Berichtsjahr in mehreren Urteilen mit der Bewertung eines Behandlungsfehlers als „grob“ auseinander, was die prozessual immens wichtige Frage der Beweislastverteilung einschließt. Es wird deutlich, dass, obwohl die Grundsätze höchstrichterlich bereits geraume Zeit geklärt scheinen, dennoch im Einzelfall immer wieder weiterer Klärungsbedarf besteht.

¹ vgl. früher ZMGR 2012, 173 ff.

Anlass dazu bot zum einen **ein am 25.10.2011 entschiedener Fall (VI ZR 139/10)**,² in dem bei einem Patienten nach einem EKG ein Myokardinfarkt diagnostiziert worden war, welcher zunächst medikamentös behandelt wurde. Eine Herzkatheteruntersuchung sowie eine Koronarangiographie wurde für den späteren Morgen des nächsten Tages angeordnet, eine Fibrinolyse unterblieb. In der folgenden Nacht wurden schließlich ein akuter Hinterwandinfarkt und eine Postinfarktangina diagnostiziert, woran sich eine lokale Lyse anschloss. Im Verfahren hatte der Sachverständige die sofortige Durchführung einer Fibrinolyse nach Einlieferung des Klägers zwar aus verschiedenen Gründen für zwingend indiziert gehalten, das eindeutig fehlerhafte Vorgehen der Beklagten dann aber doch als noch verständlich bezeichnet. Nach Ansicht der Bundesrichter hätten die Tatrichter diese Ausführungen des Sachverständigen kritisch hinterfragen und sowohl den Sorgfaltsmaßstab als auch die tatsächlichen Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers – gegebenenfalls erneut – mit dem Sachverständigen erörtern müssen. Andernfalls bietet der erhobene Sachverständigenbeweis keine ausreichende Grundlage für die tatrichterliche Überzeugungsbildung.³ **Auf der Grundlage der Äußerungen des Sachverständigen hätte jedenfalls nicht ohne Weiteres die juristische Bewertung als einfacher Behandlungsfehler erfolgen dürfen, weil eine Einschätzung des Behandlungsgeschehens als grob fehlerhaft zwar in den Ausführungen eines Sachverständigen ihre tatsächliche Grundlage finden muss und keinesfalls entgegen dessen fachlichen Ausführungen bejaht werden darf, letztlich aber eine juristische Wertung ist, die dem Tatrichter und nicht dem Sachverständigen obliegt.** Auf die subjektive Vorwerfbarkeit kommt es dabei nicht an, weil die Annahme einer Beweislastumkehr nach einem groben Behandlungsfehler keine Sanktion für ein besonders schweres Arztverschulden ist, sondern daran anknüpft, dass die Aufklärung des Behandlungsgeschehens wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in besonderer Weise erschwert worden ist, so dass der Arzt nach Treu und Glauben dem Patienten den Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann. Erforderlich, aber auch genügend ist deshalb ein Fehlverhalten, das nicht aus subjektiven, in der Person des handelnden Arztes liegenden Gründen, sondern aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint.⁴

In einem anderen Fall, in dem es zu Nachblutungen infolge einer Tonsillektomie gekommen war, die eine umgehende Nachoperation nötig machten, ordnete das Berufungsgericht den verspäteten Austausch eines 6,0 Tubus durch einen 8,0 Tubus und die Verzögerung der Bronchoskopie nicht als grobe, sondern als einfache Behandlungsfehler ein, weil ein Verstoß

² vgl. BGH, NJW 2012, 227.

³ vgl. BGH, NJW 2008, 1381.

⁴ vgl. BGH, NJW 1992, 754 m.w.N.

gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse als Voraussetzung eines groben Behandlungsfehlers nur dann in Betracht komme, wenn es für den konkreten Einzelfall klare und feststehende Vorgaben bzw. Handlungsanweisungen gebe. Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision mit Erfolg. **Höchstrichterlich wird im Urteil vom 20.09.2011 (6 ZR 55/09)⁵ klargestellt, dass gesicherte medizinische Erkenntnisse, deren Missachtung einen Behandlungsfehler als grob erscheinen lassen, nicht nur die Erkenntnisse sind, die Eingang in Leitlinien, Richtlinien oder anderweitige ausdrückliche Handlungsanweisungen gefunden haben, sondern auch die elementaren medizinischen Grundregeln sind, die in jedem Fachgebiet vorzusetzen sind.**⁶ Im vorliegenden Fall ist nach Ansicht der Bundesrichter gegen den Grundsatz verstoßen worden, dass ein Anästhesist bei jeder seiner Handlungen sicherzustellen hat, dass das Sauerstoffangebot den Sauerstoffbedarf des Patienten deckt, da die oberste Richtschnur bei Durchführung einer Anästhesie stets die optimale Sauerstoffversorgung des Patienten ist. Vor diesem Hintergrund hätte ein Wechsel auf einen größeren Tubus und eine Bronchoskopie deutlich früher erfolgen müssen.

Der Grundsatz, wonach ein grober Behandlungsfehler regelmäßig zur Umkehr der Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und dem Behandlungsfehler führt, wenn dieser generell geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen, wird von der Rechtsprechung in einigen Konstellationen wieder eingeschränkt. Anerkannt ist hier der Fall, dass jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist oder sich nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt. Vom Grundsatz der Beweislastumkehr ausgenommen ist ferner der Fall, dass der Patient durch sein Verhalten eine selbständige Komponente für den Haftungserfolg vereitelt hat und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann.⁷

In einem **Urteil vom 19.06.2012 (VI ZR 77/11)⁸** setzt sich der BGH mit diesen Ausnahmefällen auseinander und stellt klar, dass eine **Ausnahme vom Grundsatz der Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler** regelmäßig dann nicht in Betracht kommt, wenn der grobe Verstoß grundsätzlich geeignet war, mehrere Gesundheitsschäden bekannter oder

⁵ vgl. NJW 2011, 3442.

⁶ vgl. BGH, VersR 1986, 366, 367, VersR 2009, 1406; Müller, VersR 2009, 1145, 1148; Geis/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. B Rd 252.

⁷ vgl. BGH, NJW 2008, 1304.

⁸ vgl. NJW 2012, 2653.

noch unbekannter Art zu verursachen. Unerheblich ist, dass der eingetretene Gesundheitsschaden als mögliche Folge des groben Behandlungsfehlers zum maßgebenden Zeitpunkt noch nicht zum medizinischen Standardwissen gehörte. Angesichts der gebotenen objektiven Betrachtung ist ein solcher Umstand unerheblich. In dieser Entscheidung nimmt der BGH eine Abgrenzung zu dem früher entschiedenen Fall vor, in dem für die Beweislastumkehr kein Raum blieb, wenn feststeht, dass nicht die dem Arzt zum groben Fehler gereichende Verkennung eines Risikos schadensursächlich geworden ist, sondern allenfalls ein in derselben Behandlungsentscheidung zum Ausdruck gekommener, aber nicht schwerwiegender Verstoß gegen weitere ärztliche Sorgfaltspflichten.⁹

Auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte wird maßgeblich von der Einordnung eines Behandlungsfehlers als einfach oder grob mit bestimmt. Das **OLG Köln** hat **am 27.06.2012 zur Reichweite der Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler** Stellung bezogen und betont, dass die Beweislastumkehr sich auf Sekundärschäden erstreckt, wenn diese sich typischerweise aus der Primärverletzung ergeben können.¹⁰ Hinsichtlich sonstiger Sekundärschäden hat der Verletzte den haftungsausfüllenden Kausalzusammenhang zwischen der Primärverletzung und dem Sekundärschaden, wenn auch unter Berücksichtigung der sich aus § 287 Abs. 1 ZPO ergebenden Beweiserleichterungen, zu beweisen. Nach dem OLG Köln nimmt gemessen an diesen Grundsätzen die Verzögerung des Heilungsverlaufs als typische Folge einer versehentlichen Wundspülung mit einem propanolhaltigen Flächen- desinfektionsmittel und einer Verätzung des Gewebes an der Beweislastumkehr teil.¹¹

Diagnose- und Befunderhebungsfehler

Breiten Raum nimmt weiterhin auch die Rechtsprechung zur Haftung für Befunderhebungs- und Diagnosefehler ein. Hier gab es ebenfalls Anlass zu weiterer höchstrichterlicher Klärung. Der BGH hat seine Rechtsprechung zur Beweislastverteilung bei einfachen Befunderhebungsfehlern bestätigt: Das **Urteil vom 13.09.2011 (VI ZR 144/10)**¹² betrifft einen Fall, in dem ein **akuter Vorderwandinfarkt verkannt und die Behandlung zunächst auf die Verdachtsdiagnose eines Virusinfekts und einer Angina-Pectoris gestützt wurde**. Die Bundesrichter führen aus, dass nach der entwickelten Rechtsprechung bei der Unterlassung der gebotenen Befunderhebung eine Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität dann erfolgt, wenn bereits die Unterlassung selber aus medizinischer Sicht einen

⁹ vgl. BGH, NJW 1981, 2513.

¹⁰ vgl. BGH VersR 1978, 764 f.

¹¹ vgl. OLG Köln, Urt. v. 27.06.2012 (5 U 38/10), BeckRS 2012, 14534.

¹² vgl. NJW 2011, 3441.

groben ärztlichen Fehler darstellt.¹³ Zudem kann auch eine nicht grob fehlerhafte Unterlassung der Befunderhebung dann zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden führen, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund in Form eines reaktionspflichtigen positiven Ergebnisses ergeben hätte, dass sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde.¹⁴ Es ist nicht erforderlich, dass der grobe Behandlungsfehler die einzige Ursache des Schadens ist. Vielmehr ist ausreichend, dass der grobe Verstoß generell geeignet ist, den konkreten Gesundheitsschaden hervorzurufen, wahrscheinlich braucht der Schadenseintritt indes nicht zu sein. Eine Umkehr der Beweislast ist nur dann ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist.¹⁵

Im Ergebnis erfolgte in der Sache eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur Klärung der Frage, ob die vom Sachverständigen geforderte ergänzende Diagnostik mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ergebnis im Sinne eines akuten koronaren Geschehens gezeigt und sich die Nichtreaktion bzw. verspätete Reaktion hierauf als grob fehlerhaft dargestellt hätte. Außerdem betont der Senat den vorangegangenen Grundsatzentscheidungen entsprechend, dass sich auch bei dieser Fallgruppe der Beweislastumkehr diese nur auf den Beweis der Ursächlichkeit für den haftungsbegründenden primären Gesundheitsschaden bezieht, nicht hingegen auf die Sekundärschäden, die zur haftungsausfüllenden Kausalität gehören.

Dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Diagnose- und Befunderhebungsfehler folgend urteilte das **OLG München am 06.10.2011 (1 U 5220/10), dass eine zwar zunächst vertretbare Diagnose der Erkrankung des Bewegungsapparats einer differentialdiagnostischen Abklärung bedurft hätte vor dem Hintergrund, dass Computertomographien kein relevantes Ergebnis erbracht hatten und die Behandlung im Ergebnis erfolglos verblieb.**¹⁶ Nach Ansicht der Richter wäre in einem solchen Fall eine Angiographie zum Ausschluss einer Gefäßerkrankung angezeigt gewesen. Dass diese Diagnostik unterlassen wurde, stellt den Schwerpunkt des Versäumnisses dar, worin ein Befunderhebungsfehler liegt. Da nach den gutachterlichen Feststellungen eine drei Monate früher durchgeführte Angiographie zur Feststellung eines Arterienverschlusses geführt hätte – es hatte sich bereits ein Umgehungskreislauf gebildet, und im Operationsbericht wird eine ältere hochgra-

¹³ BGH, NJW-RR 2010, 833.

¹⁴ BGH, NJW 1996, 1589; 2004, 1871; 2011, 2508.

¹⁵ Vgl. hierzu die instruktive Entscheidung des Vorjahres BGH, NJW 2011, 2508.

¹⁶ BeckRS 2011, 23882.

dig arteriosklerotische Veränderung ohne frische Thrombosierung beschrieben – und die Nichtreaktion auf einen derart schwerwiegenden Befund sich als grober Behandlungsfehler darstellen würde, kommt dem Patienten hier der Vorteil der Beweisumkehr zugute. Mit einer hohen Sicherheit wäre es zu einer intraoperativen Intervention, nämlich einer Dilatation der Arteria iliaca communis gekommen, wodurch eine später notwendige Amputation des rechten Unterschenkels der Klägerin hätte vermieden werden können.

In einem Fall, den das **Kammergericht am 24.10.2011 (20 U 67/09)** entschieden hat, ist der klagende Patient von einem Notarzt mit der **Differentialdiagnose einer gefährlichen Erkrankung – zerebraler Prozess – in eine Notaufnahme eingewiesen worden, wo ein HWS-Syndrom und eine Gastritis diagnostiziert und der Kläger anschließend entlassen wurde. Einige Stunden später wurde in einer anderen Einrichtung eine Lumbalpunktion und ein CT gemacht und eine zerebrale intraventrikuläre Blutung festgestellt. In der weiteren Folge kam es zu einem Vasospasmus.** Auf der Grundlage dieses Sachverhalts führten die Richter aus, dass der Arzt in der Notaufnahme in einem solchen Fall gehalten ist, **die gefährliche Erkrankung diagnostisch auszuschließen, bevor er die unklaren Symptome einer Bagatellerkrankung zuordnet. Ein anderes Vorgehen stellt einen Befunderhebungsfehler dar**, der zur Beweislastumkehr führt.¹⁷ Einer Rückentlastung des Behandelnden steht allerdings nicht entgegen, dass dem Patienten durch die unterlassene Befunderhebung die abstrakte Möglichkeit einer nicht standardgerechten Behandlung (hier: Behandlung mit einem nicht zugelassenen und auch nach fachärztlichem Standard nicht einzusetzenden, aber nicht kontraindizierten Medikament) entgeht. Ist eine standardgerechte Behandlung des Krankheitsbildes wie bei Vasospasmen noch nicht existent, ist der für Außenseitermethoden geltende Standard anzuwenden, wonach nach dem Maßstab eines vorsichtigen Arztes zu behandeln ist.¹⁸

In einem **Hinweisbeschluss** weist das **OLG München** bei der Prüfung einer angeblich unterlassenen Befunderhebung noch einmal darauf hin, dass eine Beweislastumkehr bei unterlassener Befunderhebung nur dann eingreifen kann, wenn sich bei Durchführung dieser Diagnostik mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein positiver Befund ergeben hätte.¹⁹ Nur wenn ein positiver Befund hinreichend wahrscheinlich ist, was die Patientenseite zu beweisen hat und das Verkennen des Befundes bzw. die Nichtreaktion aus diesem Befund grob fehlerhaft gewesen wäre – auch dies hat die Patientenseite zu beweisen –, kommen ihr die

¹⁷ BeckRS 2011, 25734.

¹⁸ vgl. BGH, Urt. v. 22.05.2007 – VI ZR 35/06 – NJW 2007, 2774, 2775.

¹⁹ OLG München Beschl. v. 07.05.2012 – 1 U 343/12 BeckRS 2012, 10013.

Beweiserleichterungen zugute. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme fehlte es aber bereits an einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit für einen positiven reaktionspflichtigen Befund, so dass die Klägerseite auf die fehlenden Erfolgsaussichten ihrer Berufung hingewiesen werden musste.

In dieselbe Richtung weist ein Urteil des **OLG Jena vom 06.03.2012 (4 U 26/11)**²⁰. **Hier stand nach der Beweisaufnahme fest, dass eine neurologische Abschlussuntersuchung nach einer Wirbelsäulenoperation zwar unterlassen worden war, obwohl sie aus medizinischen Gründen geboten gewesen wäre.** Da allerdings eindeutig zum maßgeblichen Zeitpunkt keine Indikation zur sofortigen Revisionsoperation bestand, d.h. kein medizinisch reaktionspflichtiges Ergebnis sich aus der unterlassenen Untersuchung ergeben hätte, blieb es im Ergebnis bei der vollen Beweislast des Klägers für die haftungsbegründende Kausalität. In diesem Fall hatten sich die Richter ferner mit der Reichweite der alternativen Aufklärung auseinanderzusetzen. Gerade bei Wirbelsäulenoperationen wird über diesen Punkt aufgrund der Vielfältigkeit der denkbaren operativen Möglichkeiten sehr häufig gestritten. So lange allerdings eine Therapie angewendet wird, die dem medizinischen Standard – zum Zeitpunkt der Behandlung(!) – genügt, ist eine unaufgeforderte Aufklärung über mögliche Alternativen zum gewählten operativen Vorgehen nicht angezeigt. Die Wahl der Behandlungsmethode ist grundsätzlich Sache des Arztes. Ihm ist ein weites Ermessen eingeräumt und unter verschiedenen bewährten Therapiemethoden ist die getroffene Methodenwahl vom Vorwurf des Behandlungsfehlers bis zur Grenze der medizinischen Kontraindikation aus den Gegebenheiten der konkreten Behandlungssituation grundsätzlich frei.

Ebenfalls mit einer **Einschränkung der Beweislastumkehr befasst sich das Urteil des OLG Köln vom 23.04.2012.**²¹ Der Senat führt aus, dass die fehlerhafte Unterlassung der medizinisch gebotenen Befunderhebung zwar grundsätzlich zu einer Umkehr der dem Patienten obliegenden Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden führt, wenn sich – wie hier – bei der gebotenen Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und sich die jedenfalls nicht gezielte Reaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellt. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist, was wiederum von der Behandlerseite zu beweisen wäre.

Die Entscheidung enthält auch grundsätzliche Erwägungen zur Bemessung des Schmerzensgeldes und betont in erster Linie dessen Ausgleichsfunktion. Insoweit kommt es auf die

²⁰ vgl. BeckRS 2012, 06099.

²¹ OLG Köln, Urt.v. 23.04.2012 – 5 U 144/08 BeckRS 2012, 10394.

Höhe und das Maß der Beeinträchtigung an. Maßgeblich sind Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, Leiden und Entstellungen, wobei Leiden und Schmerzen wiederum durch die Art der Primärverletzung, die Zahl und Schwere etwaiger Operationen, die Dauer der stationären und der ambulanten Heilbehandlungen, den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit und die Höhe des Dauerschadens bestimmt werden.

Berichtenswert im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zu Befunderhebungsversäumnissen ist überdies ein Beschluss **des OLG Koblenz vom 30.01.2012**, in dem sich das erkennende Gericht instruktiv dahingehend geäußert hat, dass die **Grundlage einer jeden ärztlichen Behandlung und Befunderhebung die sorgfältige, medizinisch umfassende Befragung des Patienten** sein muss. Eine akute starke Schmerzsymptomatik der linken Körperseite erfordert insofern die ärztliche Feststellung, wann die Schmerzen am Untersuchungstag erstmals aufgetreten sind und wie sie sich im einzelnen entwickelt haben. Ein scheinbar ähnliches, jedoch viele Monate zurückliegendes Ereignis, aus dem der Patient irrierte Schlüsse zieht, darf ein Orthopäde bei Fehlen jedweder Brückensymptome nicht zu der Annahme verleiten, eine Erkrankung auf internistischem Gebiet sei ausgeschlossen. Werden Leitsymptome eines Herzinfarkts eines 36-jährigen jungen Mannes unzutreffend als orthopädische Erkrankung diagnostiziert, liegt in der versäumten internistischen und kardiologischen Sachaufklärung nicht ohne weiteres ein grober Behandlungsfehler des Orthopäden, insbesondere wenn der Patient außerordentlich selbstbewusst aufgetreten ist und ein von erheblicher Sachkunde geprägtes Verhalten an den Tag gelegt hat, das geeignet war, den Blick auf die wahre Schmerzursache zu verstellen. Dennoch war dem Orthopäden im betreffenden Fall ein zur Beweislastumkehr führender einfacher Befunderhebungsmangel dadurch anzulasten, dass er die ausreichende Anamnese unterließ und daran anknüpfend nicht dafür gesorgt hat, dass eine internistische Befunderhebung erfolgt.²²

Nach einer weiteren Entscheidung des **OLG Koblenz haftet ein Augenarzt nicht für die Unterlassung einer fluoreszenz Angiographie ohne Leitbefund**. Die Indikation dieser Untersuchung ergibt sich nur bei einer Visusverschlechterung. Dass eine Sehschärfenbestimmung mit diesem Ergebnis durchgeführt wurde, muss der Patient beweisen. Hält man eine solche Sehschärfenbestimmung bei jeder ärztlichen Kontrolluntersuchung für erforderlich, obliegt dem Patienten ebenfalls der Nachweis, dass sich ein reaktionspflichtiger Befund mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50 % ergeben hätte. Das ist nicht dadurch indiziert, dass 10 Wochen später ein irreversibler Schaden festgestellt wird (Fuchs'scher Reflex).²³

²² OLG Koblenz, Beschl. v. 30.01.2012 (5 U 857/11), BeckRS 2012 04311.

²³ vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 08.09.2011 (5 U 250/11).

In seinem **Beschluss vom 26.09.2011 betont wiederum das OLG Koblenz**, dass die Frage, ob ein konsultierter Arzt sich darauf beschränken durfte, **ohne umfassende Befunderhebung eine Diagnose** zu stellen mit der Empfehlung der Weiterbehandlung durch einen anderen Arzt, regelmäßig nur aufgrund eines medizinischen Sachverständigengutachten beantwortet werden kann.²⁴

Dasselbe Gericht macht kurz darauf auch deutlich, dass **eine risikobehaftete invasive diagnostische Maßnahme** (hier: Biopsie der Brustdrüse) **neben einem abklärungsbedürftigen Verdacht eine Güterabwägung zwischen der diagnostischen Aussagefähigkeit, den Aufklärungsbedürfnissen und den besonderen Risiken für die Patientin erfordert.**²⁵ Ein Gynäkologe darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Diagnose, die Risikoeinschätzung und die für eine Nachkontrolle veranschlagte Zeitspanne des von ihm als Sonderfachmann zugezogenen Radiologen zutreffen.

Die Grundsätze der Rechtsprechung für eine **Haftung auf Grund einer sich nachträglich als unzutreffend herausstellenden Diagnose** werden im Berichtsjahr ebenfalls vom **OLG Koblenz** in einem Beschluss aufgegriffen.²⁶ Weil mit Blick auf die in der Praxis liegenden Unterschiedlichkeiten des menschlichen Organismus und die Mehrdeutigkeit vieler Krankheitssymptome Irrtümer bei der Diagnosestellung häufig vorkommen und die Rechtsprechung eine objektiv fehlerhafte Interpretation erhobener Befunde nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler wertet,²⁷ war dem beklagten Hautarzt in diesem Fall kein haftungsrelevanter Diagnosefehler vorzuwerfen. Das Scheitern der zunächst unter den vertretbaren Verdachtsdiagnosen „dysregulativ-mikrobielles Ekzem“ und „Scabies“ durchgeführten Behandlungen beweist einen vorwerfbaren ärztlichen Diagnosefehler nicht deshalb, weil die unter der dritten möglichen Diagnose „pityriasis rosea“ weitergeführte Behandlung letztlich erfolgreich war. Daraus lässt sich nicht schließen, dass die Erst- und Zweitdiagnose tatsächlich objektiv falsch waren.

Arbeitsteilung

Mit der Frage der **Einstandspflicht des Arztes für die Folgen eines Zweiteingriffs durch einen nachbehandelnden Arzt, der erforderlich wird, weil dem vorbehandelnden Arzt**

²⁴ vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 26.09.2011 (5 W 537/11).

²⁵ Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 21.12.2011 (5 U 688/11), BeckRS 2012, 08221.

²⁶ vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 29.02.2012 (5 U 1258/11), BeckRS 2012, 08216.

²⁷ vgl. BGH VersR 2003, 1256; OLG Koblenz VersR 2006, 1547.

beim Ersteingriff ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, befasst sich der BGH in seiner Entscheidung vom 22.05.2012 (VI ZR 157/11).²⁸

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Eine Haftung besteht nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde.²⁹ Der geltend gemachte Schaden muss in einem engen Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein „äußerlicher“ gleichsam „zufälliger“ Zusammenhang genügt nicht.³⁰ Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn nach einem Behandlungsfehler durch den erstbehandelnden Arzt Folgeschäden aus einer Behandlung durch eine nachbehandelnden Arzt zu beurteilen sind. In solchen Fällen kann es an dem erforderlichen inneren Zusammenhang fehlen, wenn das Schadensrisiko der Erstbehandlung im Zeitpunkt der Weiterbehandlung schon gänzlich abgeklungen war, sich der Behandlungsfehler des Erstbehandelnden auf den weiteren Krankheitsverlauf also nicht mehr ausgewirkt hat.³¹ Gleiches gilt, wenn es um die Behandlung einer Krankheit geht, die mit dem Anlass für die Erstbehandlung in keiner Beziehung steht, oder wenn der die Zweitschädigung herbeiführende Arzt in außergewöhnlich hohem Maße die an ein gewissenhaftes ärztliches Verhalten zu stellenden Anforderungen außer Acht gelassen und derart gegen alle ärztlichen Regeln und Erfahrungen verstoßen hat, dass der eingetretene Schaden seinem Handeln haftungswertend allein zugeordnet werden muss. Wenn aber, wie im Streitfall, die eingetretenen Schäden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen und in einem inneren Zusammenhang mit der durch die Beklagten geschaffenen Gefahrenlage stehen, kann eine Haftungsbegrenzung nach dem Schutzzweck der Norm nicht eintreten.

Mit Fragen der **Arbeitsteilung bei Implantation einer Schmerzpumpe** hat sich das **OLG Düsseldorf** zu beschäftigen gehabt und festgestellt, dass bei zweifelhafter Indikation dieser nur als ultima-ratio einzusetzenden Maßnahme eine Haftung des den Periduralkatheter anlegenden Schmerztherapeuten nicht in Betracht kommt, wenn er auf die Indikationsstellung des überweisenden Facharztes derselben Fachrichtung vertrauen durfte. Zwar beschränkt sich die Pflicht des implantierenden Arztes nicht auf die rein technische Ausführung des Überweisungsauftrags, sondern verlangt die Prüfung, ob die erbetene Leistung den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht und nicht kontraindiziert ist. Im entschiedenen Fall ergab sich

²⁸ NJW 2012, 2024.

²⁹ vgl. BGH, Urt. v. 11.06.2010 – VI ZR 85/09, NJW 2010, 2873.

³⁰ vgl. BGH Urt. v. 06.05.2003 – VI ZR 259/02, VersR 2003, 1128, 1130.

³¹ vgl. BGH VersR 1986, 601, 602.

jedoch kein Anhalt, an der Richtigkeit der Diagnose bzw. der Indikation des überweisenden Arztes zu zweifeln.³²

Ärztlicher Behandlungsstandard

Ein Urteil des **OLG München** beschäftigt sich mit dem ärztlichen Behandlungsstandard bei der **Versorgung einer Ellenbogenverletzung**.³³ Der Kläger war aus einer Höhe von ca. 2.50 m von einem Hausdach auf den Ellenbogen gefallen und hatte sich hierbei eine dorsale Luxationstrümmerfraktur im Ellenbogengelenk mit Abbruch des Processus coronoideus und eine Fraktur des Radiusköpfchens zugezogen. Die operative Versorgung in einem Kreis-krankenhaus erfolgte nach Reposition zweier Fragmente mittels Refixierung mit Kirschner- und Spickdrähten und temporärer Arthrodese mittels Transfixation mit zwei Kirschnerdrähten. Die Drähte mussten anschließend wegen Materialbruchs wieder entfernt werden.

Der Kläger behauptet, dass er an eine kompetentere Klinik habe verwiesen werden müssen, weil die Operation im beklagten Kreiskrankenhaus nicht optimal hätte ausgeführt werden können. Die Durchführung des Eingriffs sei insbesondere deswegen behandlungsfehlerhaft, weil das Radiusköpfchen auf jeden Fall hätte rekonstruiert oder entnommen werden müssen, da ansonsten mit erheblichen Arthrosen zu rechnen sei. Bei dem gewählten Operationszugang sei dies nicht möglich gewesen. Sowohl in der ersten wie auch in der zweiten Instanz blieb der Kläger mit diesem Vorbringen am Ende erfolglos, weil den Beklagten kein Vorwurf eines Übernahmeverschuldens gemacht werden konnte. Soweit der Kläger auf den Begriff der Maximalversorgung abstellt, bezieht er sich auf einen Terminus aus dem Gebiet der Krankenhausplanung. Die Zuordnung eines Krankenhauses zu einer bestimmten Versorgungsstufe in einem Krankenhausplan ist davon abhängig, welches Leistungsangebot und welche Fachrichtung eine Klinik umfasst. Maximalversorgung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass ein Krankenhaus alle Verletzungen behandeln kann. In einem Krankenhaus der Regel- und Grundversorgung muss hinsichtlich der vorgehaltenen Fachrichtungen ebenso wie in einem Krankenhaus der Maximalversorgung der fachärztliche Standard gewährleistet sein. Entscheidend für die Frage, ob dem Beklagten ein Übernahmeverschulden vorgeworfen werden kann, ist nicht die Versorgungsstufe, sondern ob für den streitgegenständlichen Eingriff der erforderliche fachärztliche Standard gewährleistet werden konnte. Ferner konnte der Kläger nicht den Nachweis führen, dass der Heilungsverlauf sich in einem Krankenhaus höherer Versorgungsstufe günstiger gestaltet hätte.

³² OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.12.2011 (I 8 U 24/11), BeckRS 2012, 11931.

³³ OLG München, Urt. v. 16.02.2012 (1 U 3749/11), BeckRS 2012, 05130.

Zur Operationsmethode führt der Senat sachverständig beraten aus, dass erst nach dem maßgeblichen Behandlungszeitpunkt im Jahr 2003 eine Entwicklung zu einer Notversorgung des Ellenbogenbruchs mit einem Fixateur extern, einer offenen Rekonstruktion der Kapselstrukturen und einer anschließenden Überweisung an einen Ellenbogenspezialisten stattgefunden hat, so dass im Jahr 2003 eine Fixation mittels Kirschnerdrähten nicht als behandlungsfehlerhaft beanstandet werden kann, obwohl man heute weiß, dass eine solche Versorgung suboptimal ist, weil das Drahtmaterial leicht brechen kann. Kommt es zu einem solchen Bruch, ist dies kein Indiz für die Ungeeignetheit der gewählten Methode, sondern ein schicksalhaftes bekanntes Risiko der gewählten Methode. Zur Frage der Rekonstruktion des Radiusköpfchens stellt das Gericht auf der Grundlage sachverständiger Ausführungen fest, dass ein herausgerissenes Radiusköpfchen nicht wieder rekonstruiert werden kann.

Im vom **OLG München am 24.11.2011 entschiedenen Fall (1 U 1431/11)**³⁴ erlitt ein Landwirt durch den Tritt einer Kuh eine Unterschenkelfraktur, die operativ mittels eines Verriegelungsnagels versorgt wurde. Einige Wochen später zeigte sich eine Außenrotation des Beins, die eine Re-Operation nötig machte. Sachverständig beraten beurteilte der Senat die Methodenwahl zur Versorgung des Schienbeinbruchs als nicht zu beanstanden. Gegen die vom Kläger präferierte Plattenosteosynthese sprach entscheidend, dass der Kläger auch eine erhebliche Weichteilkontusion erlitten hatte. Auch die Versorgung des zusätzlich erlittenen Wadenbeinbruchs mittels einer Platte war standardgerecht, weil fakultativ neben der Möglichkeit einer Nichtversorgung des Bruchs zulässig. Eine Haftung in dem Fall scheiterte auch daran, dass der Sachverständige **keinen kausalen Zusammenhang zwischen der Außenrotations-Fehlstellung und der Verplattung des Wadenbeins feststellen konnte, da das Schienbein intraoperativ zeitlich vor dem Wadenbein versorgt wird und mit der Versorgung und Fixierung des Schienbeins die Beinstellung bereits feststeht**. Da die Rotation des Beins intraoperativ nur abgeschätzt und entsprechend fixiert, aber nicht exakt eingestellt werden kann, ist die Außenrotationsfehlstellung schicksalhaft eingetreten. Die handschriftliche Niederlegung des Wortes „Verdrehfehler“ im Aufklärungsbogen belegt zudem eine bezüglich dieses Risikos ausreichende Aufklärung.

Auch mit dem unfallchirurgisch handoperativen Behandlungsstandard und der diesbezüglichen Methodenwahl setzen sich im Berichtsjahr die Richter des **OLG München** auseinander.³⁵ Folge eines Sturzes war hier eine **offene Mittelfingerfraktur** an der rechten Hand. Intraoperativ wurden zwei Knochenfragmente entfernt und **das mittlere Fingergelenk mit**

³⁴ BeckRS 2011, 27036.

³⁵ vgl. Urteil vom 10.11.2011 (1 U 306/11), BeckRS 2011, 26259.

zwei kreuzweise eingebrachten Kirschnerdrähten versehen. Dieses Vorgehen beurteilte der Sachverständige als lege artis. Weil bei einer offenen Gelenksluxation die gerissenen Bänder nicht unmittelbar genäht werden können, ersetzen die eingebrachten Drähte den zerstörten Bandapparat als eine Art innere Schienung. Diese Behandlung ist gegenüber einer komplizierten gelenkdynamischen operativen Versorgung wie der Schenk'sche Distraktion oder der Suzuki-Fixateur die einfachere Behandlung, die den Vorteil der niedrigeren Infektionsgefahr für sich hat. Ebenfalls ist die Gefahr einer Fehlstellung geringer. Noch immer handelt es sich nach Aussage des Sachverständigen daher um die Standardmethode, weshalb der Beklagte nicht an eine andere Klinik verweisen und den Kläger nicht über alternative Operationstechniken aufklären musste. Auch die Entfernung der Knochenfragmente beurteilte der Sachverständige nicht als fehlerhaft, weil es sich hierbei um störende Knochenteile ohne wesentliche Bedeutung gehandelt habe und nicht um wesentliche Gelenksanteile.

Gegenstand einer weiteren Entscheidung des **OLG München vom 08.12.2011 (1 U 1288/11)** war die **Wahl einer Schraubenlänge bei der Durchführung einer OSG-Wandplastik zur Stabilisierung der Peronealsehnenluxation**, die durch ein Supinationstrauma eingetreten ist. Weil der Sachverständige dargelegt hat, dass die Schraube in einem solchen Fall komplett das Wadenbein überbrücken und auf der anderen Seite des Wadenbeins ein Stückchen herausspitzen muss, um die erforderliche Stabilisierungswirkung zu erreichen, wird sich ein Operateur im Zweifel für eine längere Schraube entscheiden.³⁶ Eine zu kurze Schraube kann unter Umständen nicht greifen und dann den künstlich erzeugten Knochenbruch nicht stabilisieren. Wenn dem Operateur Schrauben nur in einer Längendifferenz von 2 mm zur Verfügung stehen, ist eine lediglich etwa 1 mm zu weit in Richtung des Schienbeins hinausstehende Schraube nicht behandlungsfehlerhaft eingebracht.

Die **eingriffsspezifischen Risiken im Zusammenhang mit der Implantation einer totalen Hüftendoprothese (TEP) werden in einer Entscheidung des OLG München vom 24.11.2011 (1 U 976/11) beleuchtet.**³⁷ Danach besteht im Anschluss an jede TEP-Operation die nicht vermeidbare Gefahr einer Luxation, deren Häufigkeit in der Literatur mit 0,8 % bis 7 % angegeben wird. Unklarheiten, ob die Luxation Folge eines Behandlungsfehlers oder unvermeidbare Folge des Eingriffs war, gehen zu Lasten der beweispflichtigen Klägerin. Ebenfalls kann es vorkommen, dass der Knochen bei einem mechanischen Fixierungsvorgang

³⁶ BeckRS 2011, 28712.

³⁷ BeckRS 2011, 27544.

schicksalhaft einen Riss erleidet, ohne dass dies den Rückschluss auf ein unachtsames oder nicht hinreichend sorgfältiges Vorgehen des Operateurs rechtfertigen würde. Eine einige Zeit nach der Operation festgestellte Lockerung des Schafts und eine Beinlängendifferenz genügen nicht als Beweis, dass dieser Befund bereits unmittelbar nach der Operation vorgelegen hat, weil eine nachträgliche Lockerung und ein Einsinken des Schaftes ebenso möglich sind. Ein intraoperativ nicht erreichter fester Sitz der Prothese ist daher nicht bewiesen. Unmittelbar postoperativ angefertigte Röntgenbilder können eine Sinterung weder sicher feststellen noch zuverlässig ausschließen. Erhebliche Schmerzen, insbesondere bei Vollbelastung, und muskulär bedingtes Humpeln sind gängige Begleiterscheinungen des Eingriffs, die nicht als Beleg für eine bereits unmittelbar postoperativ bestehende Schaftlockerung genügen. Vielmehr können festgestellte weiche Knochenverhältnisse am Pfannengrund die Ursache der Pfannenmigration als Luxationsursache sein. Hinsichtlich der intraoperativen Positionierung der Prothese führt der Senat aus, dass die Winkelverhältnisse der TEP lediglich einen sogenannten Zielkorridor erreichen müssen, um dem Facharztstandard zu entsprechen, weil die genauen Winkelverhältnisse nicht in allen Details beurteilbar sind.

Berichtenswert ist auch ein **Urteil des OLG Hamm** vom 06.02.2012, weil es sich mit dem **chiropraktischen Behandlungsstandard** beschäftigt. Die streitgegenständliche Behandlung war durch einen in Russland ausgebildeten Arzt, der in Deutschland als Heilpraktiker tätig ist, durchgeführt worden. Der Senat legt dar, dass, selbst wenn dieser Beklagte eine Manipulation mit Impuls durchgeführt hätte und ihm dies als in Deutschland nicht zugelassener Arzt eigentlich nicht erlaubt gewesen wäre, dies noch nicht bedeutet, dass er einen vorwerfbaren Fehler begangen hat. Der behandelnde Arzt muss sich – auch haftungsrechtlich – nicht auf die seinem Fachgebiet zugeordneten Behandlungsmethoden beschränken. Übernimmt er eine Behandlungsmaßnahme außerhalb seines Fachgebiets, hat er freilich für den Qualitätsstandard der übernommenen Aufgabe einzustehen.³⁸ Dementsprechend muss ein Heilpraktiker in der Anwendung einer invasiven Behandlungsmethode für den Sorgfaltsstandard mindestens eines Arztes für Allgemeinmedizin eintreten.³⁹ Daraus leiten die erkennenden Richter ab, dass es im zu entscheidenden Fall letztlich nicht darauf ankam, ob dem Beklagten berufsrechtlich die Durchführung eines Impulses gestattet war, sondern maßgeblich bleibt, ob er die an einen Arzt zu stellenden Sorgfaltsanforderungen eingehalten hat.⁴⁰

³⁸ vgl. BGH VersR 1982,147; Geiß-Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl., Kap. B Rdn. 13.

³⁹ vgl. BGH, NJW 1991, 1535; OLG Bamberg, VersR 2002, 323.

⁴⁰ vgl. OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2012 (I-3 U 173/11), BeckRS 2012,14530.

Den **augenärztlichen Behandlungsstandard** betreffen im Berichtsjahr zwei beachtenswerte obergerichtliche Entscheidungen. Mit der **Kontraindikation einer Augenlaseroperation zur Korrektur einer mittelgradigen Kurzsichtigkeit befasst sich ein Urteil des OLG München vom 17.11.2011 (1 U 4499/07).**⁴¹ Danach muss unterschieden werden zwischen einem Hinweis und einem Zeichen auf einen subklinischen Keratokonus. Einen Hinweis ergibt eine relative Kontraindikation, ein Zeichen führt zur absoluten Kontraindikation einer Laserkorrektur. Das im Fall einer relativen Kontraindikation bestehende erhöhte Risiko des Ingangsetzens eines Keratokonus ist aufklärungspflichtig, ebenso wie die operationsimmanenten Risiken einer visuell nicht reversiblen Überkorrektur mit der möglichen Folge eines Verlustes oder schweren Behinderung des beidäugigen Sehens. In diesem Zusammenhang ist der Patient auch darüber aufzuklären, dass eine Besserung nur durch eine ihrerseits mit erheblichen Risiken belastete Hornhauttransplantation erreicht werden kann.

Am **10.11.2011 beurteilte das OLG München eine Gesichtsparästhesie und Hypotropie des linken Auges als schicksalhafte Komplikation infolge eines Eingriffs einer Orbitadekompression.** Bei dieser Operation wird der Orbitaboden rechts und links des zweiten Astes des Nervus trigeminus entfernt, so dass es häufiger zu Parästhesien oder einer Anästhesierung des Nervus trigeminus kommt, die sich regelmäßig – aber eben nicht immer – wieder zurückbilden. Es handelt sich um ein operationsimmanentes Risiko, dessen Verwirklichung keinen Rückschluss auf einen Operationsfehler zulässt.⁴²

Wenn eine Nervenverletzung erfolgt, die normalerweise sicher ausgeschlossen werden kann, so kann nach einem **Urteil des OLG Köln vom 19.10.2011 (5 U 166/10)** daraus trotzdem nicht auf einen Behandlungsfehler des Arztes geschlossen werden, wenn eine nicht vorhersehbare, atypische Verlagerung des Nervs (hier des Nervus vagus im Fall einer Schilddrüsenoperation) vorliegt. Aufgrund der Unvorhersehbarkeit besteht auch keine Aufklärungsverpflichtung. Anderes gilt dann, wenn durch eine Voroperation bedingte zusätzliche Risiken hinsichtlich der Verletzung des Stimmbandnervs bestehen.⁴³

Auch über **den intensivmedizinischen Behandlungsstandard** hatten die Gerichte im Berichtsjahr zu urteilen. **Das OLG Köln beschäftigte ein Fall, in dem ein intubierter Patient**

⁴¹ BeckRS 2011, 27524.

⁴² vgl. OLG München, Urteil vom 10.11.2011 (1 U 134/11), BeckRS 2011, 26257.

⁴³ BeckRS 2012, 02890.

nach Selbstextubation ins Koma gefallen war.⁴⁴ Sachverständig beraten sieht der Senat eine Indikation für die Intubation eines Patienten schon dann, wenn ein Atemstillstand zwar noch nicht eingetreten ist, aufgrund der medizinischen Umstände aber sicher davon auszugehen ist, dass dieser Moment in Kürze eintreten wird. Die Selbstextubation stellt eine typische intensivmedizinische Komplikation dar und ist nicht Indiz für eine behandlungsfehlerhaft erfolgte unzureichende Intubation. **Ohne Vorliegen besonderer Umstände ist es auch nicht fehlerhaft, wenn sich die Fixierung eines intubationspflichtigen Patienten auf seine Arme beschränkt, weil ein absoluter Schutz für Selbstextubation nicht gewährleistet sein kann.** Ebenso ist eine lückenlose Überwachung durch eine im Raum ständig anwesende Pflegekraft nicht geboten, wenn eine Überwachung durch Monitore gewährleistet ist, die im Fall der Selbstextubation Alarm auslösen. Fehlerhaft ist es auch nicht, das Angebot von Angehörigen eines Patienten in Intensivtherapie abzulehnen, den Patienten selbst zu überwachen.

Anders lag ein Fall **des OLG München, Urteil vom 15.12.2011 (1 U 1913/10).**⁴⁵ Hier kam es auf der Intensivstation zu einer teilweisen Verlegung des Beatmungstubus, die zu einem signifikanten Abfall der Vitalparameter und einer Sauerstoffunterversorgung geführt hat. Wird diese lebensbedrohliche Situation nicht umgehend durch eine Ex- und anschließende zuverlässige Re-Intubation abgewendet, liegt darin ein **grober Organisationsfehler, wenn das Versäumnis auf dem Umstand beruht, dass im Beatnungsmanagement kundiges Personal nicht anwesend war.** Beweiserleichterungen kommen bei groben Organisationsfehlern in gleicher Weise wie bei groben Behandlungsfehlern in Betracht.⁴⁶

Mit **ästhetischer Chirurgie** beschäftigen sich im Berichtsjahr zwei interessante Urteile. Das **OLG Zweibrücken setzt sich in einer Entscheidung mit den Voraussetzungen des Anspruchs auf Rückzahlung des geleisteten ärztlichen Honorars bei einer sogenannten Schönheitsoperation auseinander.** Im betreffenden Fall war der Rückzahlungsanspruch deshalb gegeben, weil den Beklagten Behandlungsfehler anzulasten waren und überdies die Indikation für die Fettabsaugung bei einem Bodymaßindex der Klägerin von unter 21 nach sachverständiger Feststellung zweifelhaft gewesen war. Der Senat geht daher davon aus, dass aufgrund der durch die Behandlungsfehler eingetretenen Folgen die erbrachten Leistungen der Beklagten für die Klägerin kein Interesse mehr haben. Ein Anspruch auf Rückzahlung des Honorars stand der Klägerin auch wegen unzureichender Aufklärung über die

⁴⁴ vgl. OLG Köln, Urt. vom 09.11.2011 – 5 U 89/09 –, BeckRS 2012, 02900.

⁴⁵ BeckRS 2011, 28841.

⁴⁶ vgl. BGH, Urt. vom 16.04.1996 (VI ZR 190/95), VersR 1996, 976, 979.

Risiken der Eingriffe zu, weil der Senat davon ausging, dass die Klägerin bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung nicht eingewilligt hätte.⁴⁷

Instruktiv äußert sich das **OLG Naumburg zum Vertragstypus bei solchen Schönheitsoperationen**.⁴⁸ Auch wenn im Bereich der plastischen Chirurgie das Streben der Ärzte nach einem optisch perfekten Ergebnis stetig steigt und auf Seiten des Patienten die Erwartung eines solchen Resultats immer mehr in den Vordergrund tritt, so handelt es sich gleichwohl um keinen Werkvertrag, sondern einen Arztvertrag, auf den das Dienstvertragsrecht Anwendung findet. Damit schuldet der Arzt nicht einen bestimmten Erfolg, sondern nur die Einhaltung des fachärztlichen Standards. Das gilt auch, wenn das vereinbarte Ziel der Operation die „Wiederherstellung der vorherigen Optik – Körbchengröße“ war. Es liegt kein Behandlungsfehler vor, wenn nach dem Einsetzen von Brustimplantaten eine leichte Seitendifferenz in der Höhe der Brüste im Streubereich normaler biologischer Heilungsvorgänge liegt, was sachverständig festgestellt worden ist.

Beweislastfragen

In einer beachtenswerten **Entscheidung des BGH** wird ein weiteres Mal grundlegend die Darlegungs- und Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess beleuchtet.⁴⁹ Der Senat hatte sich mit der Fallkonstellation zu befassen, **dass infolge einer unterbliebenen Aufklärung eine konservative Therapie fortgeführt wurde statt eine invasive Behandlungsmethode als echte Therapiealternative einzuleiten.**

Konsequent überträgt der Senat die entwickelten Grundsätze der Anforderungen an den Kausalitätsnachweis im Fall des Unterlassens einer gebotenen Behandlungsmaßnahme auf den Fall der pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung und darauf beruhenden Nichtdurchführung eines bestimmten Behandlungsregimes. Dahinter lassen die Richter die haftungsbegrenzende Rechtsfigur des hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmäßigem Alternativverhalten zurücktreten und stellen klar, dass diese richtigerweise erst dann Bedeutung erlangt, wenn die Ursächlichkeit der durchgeführten rechtswidrigen Behandlung für den behaupteten Schaden festgestellt und mithin die Haftung grundsätzlich gegeben ist.

Der heute 19-jährige Kläger ist infolge einer kurz nach seiner Geburt stattgefundenen Hirnblutung 4. Grades behindert. Die Geburt war eine Sectio in der 26./27. Schwangerschafts-

⁴⁷ OLG Zweibrücken, Urte. v. 28.02.2012 (5 U 8/08), BeckRS 2012, 09870.

⁴⁸ OLG Naumburg, Urte. v. 16.02.2012 (1 U 88/11), BeckRS 2012, 15459.

⁴⁹ BGH, NJW 2012, 850 = MedR 2012, 456 (m. Anm. Baur).

woche. Streitig ist zwischen ihm und der Frauenklinik, in der sich die Kindesmutter seit der 25. Schwangerschaftswoche mit der Therapieempfehlung „Tokolyse und Cerclage“ befand, ob eine Cerclage die Frühgeburtsbestrebungen des Klägers gemindert und zu einer Tragezeitverlängerung geführt hätte. Diese Maßnahme war zunächst aufgrund eines infektiösen Geschehens kontraindiziert. Nach Abklingen der Infektion war die Kindesmutter nicht über die nunmehr gegenüber dem konservativen Vorgehen der strikten Bettruhe bestehende Behandlungsalternative aufgeklärt worden und eine Cerclage folglich unterblieben. Die Sectio erfolgte eine Woche später.

Nach Ansicht der Bundesrichter gehört die entscheidende Frage, ob bei Durchführung einer Cerclage, in die die Mutter des Klägers bei pflichtgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte, die extreme Frühgeburt und die damit verbundenen gravierenden Gesundheitsschäden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wären, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schon zum Problemkreis der Kausalität und wird nicht erst im Zusammenhang mit der Behauptung eines hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmäßigem Alternativverhalten relevant. Für die Kausalität ist aber nach allgemein prozessrechtlichen Grundsätzen der Kläger darlegungs- und beweisbelastet. Nichts anderes gilt, wenn aus einem Aufklärungsversäumnis des Arztes Schadensersatzansprüche hergeleitet werden. Richtigerweise besteht kein Sachgrund, den Arzt insoweit beweismäßig schlechter zu stellen als bei einem Behandlungsfehler. Folgerichtig nimmt der Senat diese Beweislast nicht nur für die Fälle an, in denen die rechtswidrige Behandlung in einem Eingriff liegt, sondern auch in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem rechtswidrig eine konservative Behandlungsmethode fortgesetzt wird trotz Bestehens einer gleichwertigen Alternative. Insofern ist unerheblich, dass – wie im Streitfall – die Schadensersatzansprüche nicht aus der konservativen Behandlung hergeleitet werden, sondern daraus, dass weitere Behandlungsmaßnahmen unterblieben sind. Eine Unterlassung für den Schaden ist nur dann kausal, wenn pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des Schadens verhindert hätte, was der Kläger zu beweisen hat. Die bloße Möglichkeit, ebenso eine gewisse Wahrscheinlichkeit, genügen hierbei nach § 286 ZPO nicht.

Diese äußerst relevante Entscheidung des BGH greift denn auch die obergerichtliche Rechtsprechung auf. Das **OLG Köln verweist in einem Urteil vom 18.04.2012⁵⁰ in einem ganz ähnlich gelagerten Fall ausdrücklich darauf, dass die Beweislast dafür, dass im Fall einer auf der Grundlage einer entsprechenden Aufklärung gelegten Cerclage tatsäch-**

⁵⁰ OLG Köln, Urt. v. 18.04.2012 (5 U 172/11), BeckRS 2012, 12868.

lich ein günstigerer Verlauf sich ergeben hätte, bei den Klägerinnen und nicht bei den Beklagten liegt. Damit revidiert der Senat ausdrücklich seine bisherige Rechtsprechung zum Einwand der hypothetischen Kausalität bei rechtmäßigem Alternativverhalten und schließt sich der Auffassung des BGH an.

Bei dem Erwerb einer Hepatitis-C-Infektion stellt sich immer wieder das Problem des **Anscheinsbeweises**. Im Fall einer **Entscheidung des BGH vom 17.01.2012** (BGH, Urt. v. 17.01.2012 – VI ZR 336/10, NJW 2012, 684) nahm die Klägerin die beklagte Heilpraktikerin wegen einer angeblich im Rahmen der Heilbehandlung erworbenen Hepatitis-C-Infektion auf Schadensersatz in Anspruch. Sie hatte über einen längeren Zeitpunkt an einer Eigenbluttherapie teilgenommen. Der erkennende Senat wies darauf hin, dass ein Anscheinsbeweis für die Infektion durch eine kontaminierte Blutkonserve in früheren Entscheidungen angenommen war, wenn bei dem Empfänger von Blutprodukten nach der Transfusion eine HIV-Infektion auftrat, ohne dass er eine HIV-gefährdeten Risikogruppe angehörte, und die Kontaminierung der verwendeten Blutkonserve mit dem HIV-Erreger feststand (BGHZ 114, 284, 289 ff.; BGHZ 163, 209, 212 ff.). Allein der enge zeitliche Zusammenhang einer Infektion mit einer Injektion stellt jedoch keinen typischen Geschehensablauf dar, der einen Anscheinsbeweis für die Infektion durch die Injektion rechtfertigen könnte (BGH NJW 1991, 1541; OLG München NJW 1985, 1403; OLG Koblenz NJW 1991, 1553).

Der BGH wies ergänzend darauf hin, dass sich die Klägerin auch nicht auf Beweiserleichterungen wegen Dokumentationspflichten nach dem Transfusionsgesetz berufen könne, da nach § 28 Fall 2 TFG die Bestimmungen des Transfusionsgesetzes jedenfalls nicht für Injektionen eines homöopathischen Eigenblutproduktes gelten, es sich insoweit vielmehr um eine homöopathische Arzneimittel handelt.

Das **OLG Koblenz** äußert sich im Berichtsjahr zum Problemkreis der Lagerungsschäden anlässlich eines **Beschlusses vom 27.09.2011 (5 U 273/11)**.⁵¹ Auch wenn die Behandlungsseite die Darlegungs- und Beweislast für die technisch richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch während des gesamten Eingriffs und während der postoperativen Aufwachphase trifft,⁵² **dürfen danach an den Nachweis keine überspannten Anforderungen gestellt werden**, handelt es sich doch um jahrzehntelang eingespielte Routinevorgänge, die dauerhaft nur dann in konkreter Erinnerung haften, wenn es Abweichungen vom Gewöhnlichen gab. In diesem Zusammenhang legt der Senat auch dar, dass ein möglichst de-

⁵¹ BeckRS 2011, 26492.

⁵² vgl. OLG Koblenz, Urt. vom 22.10.2009, NJW 2010, 1759 m.w.N.

taillierter Operationsbericht im Arzthaftungsprozess zwar hilfreich sein kann, daraus ergibt sich aber nicht, dass ein vom gerichtlichen Sachverständigen als „recht knapp“ bezeichneter Operationsbericht dokumentationspflichtige Auffälligkeiten, Abweichungen oder gar Zwischenfälle verschweigt. Ohne konkreten Anhalt für eine Dokumentationslücke besagt ein solcher Bericht in der Regel lediglich, dass es keine nennenswerten Besonderheiten gab.

Nach einem **Urteil des OLG Naumburg** muss der Operationsbericht eine stichwortartige Beschreibung der jeweiligen Eingriffe und Angaben über die hierbei angewandte Technik enthalten. Nicht erforderlich ist die Wiedergabe von medizinischen Selbstverständlichkeiten. Um den Beweiswert einer formell und materiell ordnungsgemäßen ärztlichen Dokumentation, wie einem Operationsbericht, zu erschüttern – auch die Annahme der Vollständigkeit – müssen konkret erkennbare Anhaltspunkte vorliegen, zum Beispiel nachträgliche Änderungen am Operationsbericht oder dessen Anfertigung erst lange Zeit nach der Operation. Ein solcher langer zeitlicher Abstand ist im vom OLG Naumburg entschiedenen Fall für den Zeitraum von einem Monat verneint worden.⁵³

Mit der Frage der Beweiserleichterung wegen unzureichender Dokumentation setzt sich das **OLG Oldenburg in einem Beschluss vom 29.11.2011 (5 U 80/11)** auseinander.⁵⁴ Voraussetzung ist danach das Versäumnis einer ärztlich gebotenen Dokumentation, was anhand der medizinischen Notwendigkeit zur Sicherstellung wesentlicher medizinischer Daten und Fakten für den Behandlungsverlauf zu bemessen ist. Es kommt maßgeblich auf den therapeutischen Nutzen der Aufzeichnung, nicht hingegen auf die Nachvollziehbarkeit der von dem Arzt vorgenommenen Handlungen an, weshalb der Arzt nicht gehalten ist, detailgetreu an jeder Stelle festzuhalten, dass er sämtliche in Betracht kommende Fehler und Versäumnisse vermieden habe. Folglich bestand im entschiedenen Fall **keine medizinische Notwendigkeit dafür, im Einzelnen festzuhalten, in welcher Form auf die Dringlichkeit einer Überweisung zur weiteren Diagnostik im Rahmen einer Risikoschwangerschaft hingewiesen wurde**, zumal allein der dokumentierte Befund und die Tatsache einer Überweisung an die Fachklinik zur weiteren Diagnostik im Rahmen einer Risikoschwangerschaft die Dringlichkeit schon nahelegten. Eine weitergehende Dokumentationspflicht bestünde allerdings dann, wenn der Patient gegenüber dem behandelnden Arzt seine Weigerung er-

⁵³ vgl. OLG Naumburg, Urt. vom 15.11.2011 (1 U 31/11), BeckRS 2012, 02582.

⁵⁴ vgl. MedR 2012, 179.

klärt hat, an den ärztlich angeratenen weiteren Behandlungsschritten mitzuwirken.⁵⁵ Eine derartige Weigerung war im konkreten Fall nicht ersichtlich.

Der Beschluss des OLG Oldenburg ist auch deswegen über den konkreten Fall hinaus in prozessualer Hinsicht von allgemeinem Interesse, weil er sich mit den neuen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Verfahrens ohne mündliche Verhandlung gemäß § 522 ZPO auseinandersetzt. Der Senat führt aus, dass nach der Gesetzesbegründung zu der Neufassung des § 522 ZPO ein aner kennenswertes Bedürfnis, mündlich zu verhandeln, bestehen kann, wenn das Urteil I. Instanz im Ergebnis richtig, aber unzutreffend begründet ist oder wenn die Rechtsverfolgung für die Berufungskläger existenzielle Bedeutung hat.⁵⁶ Beides hat der Senat für den vorliegenden Fall verneint und insbesondere darauf abgestellt, dass der Rechtsstreit für den gesetzlichen Krankenversicherer nicht von existenzieller Bedeutung sein könne, mag diese Frage in einem Rechtsstreit mit der Kindesmutter selbst als Partei unter Umständen auch anders zu behandeln sein.

Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzungen

Die im Berichtsjahr ergangenen Entscheidungen wegen behaupteter Verletzung der Aufklärungspflicht lassen wie in den Vorjahren die hohen Anforderungen erkennen, die die Rechtsprechung an die Wahrung dieser Hauptpflicht im Rahmen des Behandlungsvertrages, dessen Nichterfüllung zur Rechtswidrigkeit des ärztlichen Verhaltens führt, stellt. Zentral ist hier immer wieder die Frage der Reichweite der Aufklärungsverpflichtung insbesondere im Hinblick auf die Methodenwahl bei in Betracht kommenden alternativen Behandlungsmethoden.

Reichweite der Aufklärungsverpflichtung

Der Vorwurf des Patienten, er sei nicht über unterschiedliche und alternative Behandlungsmethoden aufgeklärt worden, findet sich in der Rechtsprechung sehr häufig. Er ist auch in Anbetracht der Möglichkeiten der Medizin sowie der unterschiedlichen Wirkungsweise medizinischer Maßnahmen, Mittel, Medikamente und Produkte nur zu verständlich, jedoch führt er bei weitem nicht immer zu einer Haftung.

⁵⁵ vgl. BGH, NJW 1997, 3090.

⁵⁶ vgl. BT-DR. 17-5334, S.7

Diesem Abschnitt vorangestellt sei ein **Beschluss des OLG Köln vom 18.01.2012** nebst vorausgegangenem Hinweisbeschluss vom 19.12.2011 (5 U 146/11) zur **Frage einer behaupteten Einschränkung der Operationseinwilligung** auf den Einsatz einer zementierten Hüftprothese.⁵⁷ In der ersten Instanz wurde hierzu dahingehend Beweis erhoben, dass der Kläger in einem im Vorfeld der stationären Aufnahme geführte Gespräch gegenüber dem für die Beklagte tätigen Arzt erklärt hatte, dass er gerne eine zementierte Hüftprothese hätte, weil er kein Standbein habe. Darauf hatte der Arzt sinngemäß geantwortet: „Wir gucken mal bei der OP“ bzw. „Dann sehen wir mal“. Der Senat geht davon aus, dass dem Kläger durch diese Antwort ausreichend klargemacht wurde, dass es für die Frage einer zementierten oder nicht zementierten Prothese grundsätzlich auf die intraoperativ vorgefundenen Verhältnisse ankommt. Sofern der Kläger nach der Antwort des Arztes nicht zum Ausdruck brachte, gleichwohl an seinem Wunsch festzuhalten, habe der Arzt annehmen dürfen, dass der Kläger der ärztlichen Empfehlung einer erst intraoperativ zu treffenden Feststellung folgen wollte. Dies gelte insbesondere auch deshalb, weil der mit dem Hinweis auf das fehlende Standbein verbundene Wunsch nach schneller Festigung und Stabilität nach der überzeugenden gutachterlichen Darlegung in medizinischer Hinsicht ein Aspekt ist, der mit den besseren Langzeitergebnissen und geringeren Revisionsraten nicht zementierter Prothesen abzuwägen ist. Diese zutreffende Wertung des Senats wird in besonderem Maße dadurch gestützt, dass der Kläger in dem eigentlichen präoperativen Aufklärungsgespräch den Wunsch nach einer zementierten Hüftprothese nicht wiederholt hatte und im schriftlichen Aufklärungsbogen die Frage, ob mit oder ohne Zement implantiert werden sollte, offen gelassen war.

Die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Köln zeigen, dass zwar grundsätzlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu beachten ist und grundsätzlich auch eine Beschränkung der Einwilligung durch den Patienten selbst denkbar ist. Gleichwohl stellt das Gericht zu Recht strenge Anforderungen an eine solche Beschränkung der Einwilligung, was gerade bei der Wahl der Behandlungsmethode aus reinen medizinischen Gründen unerlässlich ist, da letztlich nur der Arzt aufgrund seiner Fachkenntnis beurteilen kann, welche konkrete Behandlungsmethode geeignet ist. Insofern liegen die Beschlüsse auch auf der Linie der ständigen Rechtsprechung, die betont, dass dem Patienten nicht ungefragt erläutert werden muss, welche Behandlungsmethoden oder Operationstechniken theoretisch in Betracht kommen und was für und gegen die eine oder andere dieser Methoden spricht, solange der Arzt eine Therapie anwendet, die dem medizinischen Standard genügt.⁵⁸ Gerade die Frage der Modell- bzw. Methodenwahl bei Hüftgelenksprothesen hat die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt. So hat beispielsweise das Oberlandesgericht München bereits mit Urteil vom 14.11.1991 (1 U 6324/90) einen gleichgelagerten Fall in gleichem Sinne wie das Ober-

⁵⁷ BeckRS 2012, 03605 und 03717 sowie MedR Heft 10/2012.

⁵⁸ vgl. BGH, NJW 1988, 763.

landesgericht Köln entschieden und darauf hingewiesen, dass die Wahl des Prothesenmodells bei gleichwertigen Modellen im Rahmen der ärztlichen Therapiefreiheit liegt und eine nicht zementierte Totalendoprothese statt einer zementierten Prothese eingesetzt werden kann.

Im Falle des **OLG Köln**, den dieser **mit Urteil vom 04.04.2012** entschieden hat ging es um die interessante Frage, ob der Arzt über die **Alternativen einer Hüftprothese mit Keramikkopf bzw. Metallkopf** aufklären muss.⁵⁹ Das Keramikkopfsystem führte wegen des auf den Schaft gesteckten Adapters dazu, dass die Kugel eine dünnere Keramikschicht und damit gegenüber anderen Keramikugeln und erst recht gegenüber Metallkugeln eine potentiell höhere Bruchgefahr aufweist. Ein Stahlkopf mit reduziertem Bruchrisiko hat demgegenüber den Nachteil, dass er den Abrieb erhöht und die Revisionsrate wegen einer Lockerung der Prothese vergrößert, was sich vor allem bei einem Zeitraum von 10 Jahren langfristig bemerkbar macht.

Der Senat betont, dass im rechtlichen Ausgangspunkt die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes ist. Gibt es indessen mehrere medizinisch indizierte und übliche Behandlungsmethoden, die wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen aufweisen, besteht Aufklärungspflichtigkeit.⁶⁰ Bemessen hieran liegt in Bezug auf das Material des Keramikkopfes keine aufklärungspflichtige Behandlungsalternative vor. Sowohl der Keramikkopf als auch ein Metallkopf weisen ein Bruchrisiko auf, führen zum Abrieb des Kunststoffinlays der Pfanne und begründen damit ein Revisionsrisiko wegen Prothesenlockerung. Unterschiedlich ist lediglich das Ausmaß der Risiken, ohne dass es an wesentlich unterschiedlichen Risiken und Erfolgchancen gemessen werden kann. Gegen eine aufklärungspflichtige Behandlungsalternative spricht auch, dass die Entscheidung über das zu verwendende Material je nach den anatomischen Gegebenheiten des Patienten oft erst intraoperativ fallen kann.

Anlass einer neuen Entscheidung des **OLG München** war eine bei einer **Sigmaresektion eingetretene Ureterverletzung**.⁶¹ Die Patientin berief sich u.a. auf fehlende Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden mit der Begründung, es gebe zum Einsatz eines Klammer-Schneidegerätes, welches hier verwandt worden sei, auch noch alternative Verschlusstechniken. Der Senat führt aus, dass die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des

⁵⁹ OLG Köln, Urt. v. 04.04.2012 – 5 U 99/11, BeckRS 2012, 11822.

⁶⁰ vgl. BGH, Urt. v. 15.03.2006 – IV ZR 313/03, Juris Rdn. 10.

⁶¹ OLG München, Urt. v. 31.05.2012 – 1 U 2459/11, Beck RS 2012, 11481.

Arztes ist. Sofern es jedoch mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden gibt, die wesentliche unterschiedliche Risiken oder Erfolgchancen aufweisen, d.h. eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten besteht, muss dem Patienten nach entsprechender vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will.⁶² Nach diesen Grundsätzen bedurfte es nach Auffassung des Gerichts allerdings keiner Aufklärung über alternative Verschlusstechniken und über die Verwendung eines Klammerschneidegerätes sowie der einzelnen Operationsschritte, insbesondere an welcher Stelle genau das Klammerschneidegerät angesetzt wird und inwieweit der Darm nach rechts oder links verschoben werden muss. Es handelt sich vielmehr um Details innerhalb einer Operationsmethode, die nicht aufklärungspflichtig sind. Die Verwendung und Wahl der Operationsinstrumente und Verschlussmethode ist ebenso Sache des Operateurs wie die genaue Schnittführung im Operationsgebiet bzw. wie er das Klammerschneidegerät genau ansetzt.

Mit der Aufklärung über Behandlungsalternativen befasst sich ebenfalls der **Hinweisabschluss des OLG München vom 07.03.2012**.⁶³ Der Senat setzt sich insbesondere mit der Aufklärungsbedürftigkeit sogenannter echter Behandlungsalternativen auseinander. Diese setzen voraus, dass für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichartige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bieten. Wenn konkrete Aussicht auf Besserung ohne gezielte ärztliche Intervention besteht, mag auch das bloße „Zuwarten“ eine sinnvolle therapeutische Alternative sein, über die der Arzt mit dem Patienten sprechen muss. Vorliegend war jedoch das schlichte Absehen von der Operation keine zur Verfügung stehende Therapie oder Behandlung, sondern die grundsätzlich jedem Patienten bekannte Möglichkeit, sich mit der bestehenden Erkrankung und den dadurch verursachten Beeinträchtigungen abzufinden und sich nicht behandeln zu lassen. Dass diese Patientin wusste, dass die Operation nicht unbedingt notwendig ist, ergab sich von selbst und war auch unstrittig.

Das **OLG Köln** führt im Berichtsjahr zur **Aufklärungspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Methodenwahl bei instrumentierter Stabilisierung der Wirbelsäule und anschließender Entwicklung einer Pseudoarthrose** aus⁶⁴. Die alleinige Verwendung eines

⁶² vgl. BGH NJW 2005, 1718

⁶³ OLG München, Beschl. v. 07.03.2012 – 1 U 4430/11, BeckRS 2012, 09096.

⁶⁴ OLG Köln, Urt. v. 21.09.2011 (5 U 188/10), BeckRS 2011, 26661.

Beckenkammspans beurteilt die Kammer sachverständig beraten nicht nur nicht als Methode der Wahl, sondern bereits als behandlungsfehlerhaft, was allerdings der Annahme einer aufklärungspflichtigen Behandlungsalternative nicht entgegensteht. Zwar ist grundsätzlich nicht über solche Risiken aufzuklären, die nur durch eine fehlerhafte Behandlung entstehen, weil der Patient insoweit durch die Verpflichtung des Arztes zur fehlerfreien Behandlung ausreichend geschützt ist. Etwas anderes gilt allerdings im Zusammenhang mit der alternativen Aufklärung. Soll eine Methode angewendet werden, die sich bereits nicht mehr als standardgerecht darstellt, muss dem Patienten zur Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erst recht Gelegenheit gegeben werden, über die Vorgehensweise mitzubestimmen, um die besonderen Risiken und Nachteile der fehlerhaften Operation zu vermeiden. Ein entsprechend weites Aufklärungserfordernis ist umso mehr geboten, als es häufig nicht eindeutig ist, ob eine Methode bereits kontraindiziert oder noch Standard ist. Bei unterlassener Aufklärung über diese Behandlungsalternative haftet der Arzt dann trotz Vorliegens eines Behandlungsfehlers auch aus diesem Grund für alle schädigenden Folgen der Operation.

Interessant ist auch ein **Urteil des OLG Jena vom 19.06.2012**.⁶⁵ Bemerkenswert ist hier vor allem der Verfahrensgang, weil das Urteil auf einer Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers erfolgten Aufhebung des ursprünglichen Berufungsurteils durch den Bundesgerichtshof beruht.⁶⁶ Aufgrund der Vorgabe der Bundesrichter haben sich die erkennenden Richter des OLG Jena noch einmal mit der Reichweite der Aufklärungspflicht über die **Behandlungsalternative der Laminoplastie im Bereich einer lumbalen Spinalkanaleinengung** beschäftigt und hierzu insbesondere den Sachverständigen ergänzend angehört. Im Ergebnis führte die erneute Beweisaufnahme indes wiederum zur Abweisung der Klage, weil der Sachverständige in einem Risikovergleich der in Betracht kommenden Methoden der Laminotomie gegenüber der Laminoplastie den Vorzug gab, weil diese technisch einfacher und damit geeigneter sei. Über die deswegen nur theoretische Behandlungsalternative der Laminoplastie muss der Arzt den Patienten daher nicht ungefragt aufklären, insbesondere auch deshalb, weil ein Risikovergleich beider Methoden keine signifikanten Unterschiede aufweist.

Das **OLG München** bekräftigt in einem **Schlussurteil vom 22.12.2011** (1 U 2466/11)⁶⁷ die geltende Rechtsprechung zur **sogenannten „immer-so-Aufklärung“**, wonach an den dem Arzt obliegenden Beweis der ordnungsgemäßen Aufklärung keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden dürfen. Auch wenn der Arzt keine konkrete Erinnerung

⁶⁵ BeckRS 2012, 13697.

⁶⁶ vgl. Beschl. des BGH v. 19.07.2011 (VI ZR 179/10).

⁶⁷ BeckRS 2012, 00114.

an das Aufklärungsgespräch mehr hat, kann das Gericht in Verbindung mit einer schriftlichen Einverständniserklärung des Patienten zum Beweis einer Aufklärung gelangen, wenn der Arzt im Rahmen einer Anhörung bekräftigt, dass das von ihm bei Eingriffen dieser Art regelmäßig geübte Aufklärungsprogramm stets eingehalten zu haben.

Auch die grundsätzliche Reichweite der Eingriffsaufklärung war im Berichtsjahr Gegenstand einiger interessanter Entscheidungen. So hat das **OLG Karlsruhe** in einem Urteil instruktiv zur sogenannten Selbstbestimmungsaufklärung ausgeführt, dass der Patient lediglich „im Großen und Ganzen“ wissen muss, worin er einwilligt.⁶⁸ Dazu muss er über die Art des Eingriffs und seine nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Risiken informiert werden, soweit diese sich für einen medizinischen Laien aus der Art des Eingriffs nicht ohnehin ergeben und für seine EntschlieÙung von Bedeutung sein können. Dem Patienten muss eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern. Die Notwendigkeit zur Aufklärung hängt bei einem spezifisch mit der Therapie verbundenen Risiko nicht davon ab, wie oft das Risiko zu einer Komplikation führt. Entscheidend ist vielmehr die Bedeutung, die das Risiko für die EntschlieÙung des Patienten haben kann. Bei einer möglichen besonders schweren Belastung für seine Lebensführung ist deshalb die Information über ein Risiko für die Einwilligung des Patienten auch dann von Bedeutung, wenn sich das Risiko sehr selten verwirklicht.⁶⁹ Die ärztliche Aufklärung hat den Zweck, dem Patienten eine zutreffende Vorstellung davon zu verschaffen, worauf er sich einlässt, wenn er in die ärztliche Behandlung, welche im Falle eines operativen Eingriffs eine Körperverletzung darstellt, einwilligt. Er soll sein Selbstbestimmungsrecht sinnvoll wahrnehmen und über die Inkaufnahme der damit verbundenen Risiken frei entscheiden können. Die Risikoaufklärung muss dem Patienten über die Gefahr des ärztlichen Eingriffs informieren. Die Risiken brauchen nicht medizinisch exakt und in allen denkbaren Erscheinungsformen dargestellt werden. Ein allgemeines Bild von der Schwere und Richtung des Risikospektrums genügt, ist aber auch erforderlich.⁷⁰ Wichtig ist vor allem, dem Patienten einen zutreffenden Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen zu vermitteln, die für seine körperliche Integrität und Lebensführung auf ihn zukommen können. Eine Grundaufklärung ist in aller Regel nur dann erfolgt, wenn der Patient auch einen Hinweis auf das schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko erhalten hat.⁷¹ Nicht ausreichend ist es, wenn der Arzt nur allgemein auf mögliche Komplikationen als Folge des Eingriffs hinweist. Erfor-

⁶⁸ OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.05.2012 (5 U 14/10), BeckRS 2012, 16667.

⁶⁹ vgl. BGH, NJW 2010, 3230 ff. m.w.N.

⁷⁰ BGH, NJW 1992, 2351.

⁷¹ BGH, NJW 1996, 777 ff.

derlich ist vielmehr, dass der Arzt den Patienten über alle wesentlichen Punkte informiert. Dabei ist zu bedenken, dass der Patient als medizinischer Laie, komplizierte medizinische Einzelheiten ohnehin nicht beurteilen können.⁷² Der Arzt darf allerdings, sofern der Patient nicht offenbar die bevorstehende Operation für ganz ungefährlich hält, voraussetzen, dass dieser mit den mit jeder größeren, unter Narkose vorgenommenen Operation verbundenen allgemeinen Gefahren rechnet. Dazu gehört neben dem allgemeinen Risiko des Auftretens einer Wundinfektion und eines Narbenbruchs auch etwa die jeder nicht nur banalen Operation anhaftende Gefahr einer Fettembolie.⁷³ Nach diesen Grundsätzen genügte im beurteilten Fall der bloße Hinweis auf das Risiko von Nervläsionen nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung. Hierdurch wurde kein hinreichendes Bild hinsichtlich der Risiken des Eingriffs und der Art der Belastungen vermittelt, die auf die Klägerin in Gestalt dauerhafter Lähmungen im Bereich der Beine zukommen konnten. Vor diesem Hintergrund hielt der Senat auch einen Entscheidungskonflikt der Klägerin für plausibel, der damit begründet wurde, dass eine weitergehende Information über risikoärmere Narkoseverfahren eingeholt worden wäre und auf dieser Grundlage dann letztlich die kombinierte Spinal-Periduralanästhesie abgelehnt worden wäre wegen eines zu hohen Risikos.

Das **OLG München** betont in einem **Urteil vom 02.02.2012 (1 U 533/10)**⁷⁴, dass im Rahmen der Aufklärung auf **Risikoerhöhungen, die auf Vorbehandlungen** beruhen, explizit hinzuweisen ist. Konkret ging es im Fall um durch Voroperationen verursachte Verwachsungen und Verklebungen, die das Verletzungsrisiko des Stimmbandnervs bei der erneuten Operation von ursprünglich 1 % auf etwa 10 bis 20 % erhöht hatte. Eine Haftung der Beklagten schied allerdings dennoch aus, weil die Tumorresektion zur mittel- und langfristigen Lebensverlängerung alternativlos war. Die Behauptung, im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung hätte man die Operation andersorts durchführen lassen, begründet keinen Entscheidungskonflikt, weil es auf der Hand liegt, dass ex ante das Risiko einer Verletzung des Stimmbandnervs bei jedem operierenden Facharzt gleich hoch war.

Einen ähnlichen Fall entschied das **OLG München durch Schlussurteil vom 23.02.2012**.⁷⁵ Da bei dem dortigen Kläger bereits früher eine Schilddrüsenoperation durchgeführt worden war, bestand auch hier ein erhöhtes Risiko einer Nervenverletzung, über das gerade wegen

⁷² OLG Nürnberg, NJW RR 2004, 1543 ff.

⁷³ BGH NJW 1986, 780 f.

⁷⁴ BeckRS 2012, 03816.

⁷⁵ OLG München, Schlussurteil v.23.02.2012 (1 U 2781/11), BeckRS 2012, 05186.

der infolge der damaligen Operation erlittenen rechtsseitigen Stimmbandlähmung aufzuklären war.

Entsprechend stellt ebenfalls das OLG München fest, dass es sich bei der Frage, **ob eine vorangegangene Aufklärung ausreichend ist, stets um eine Frage des Einzelfalles handelt.**⁷⁶ In diesem Fall war eine Aufklärungsverpflichtung deshalb nicht anzunehmen, weil sich gegenüber dem vorangegangenen Eingriff keine Risikoerhöhung ergeben und das Risikoprofil sich nicht verändert hat (hier Infektionsrisiko bzw. Entzündungsrisiko, das jeder Injektion immanent ist). Das Gericht hat insbesondere berücksichtigt, dass die umfassende Aufklärung vor dem ersten Eingriff nur wenige Wochen zurück lag und eine stationäre Heilbehandlung erst wenige Tage zuvor geendet hatte. Demzufolge bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Klägerin aufgrund Zeitablaufs die Chancen und Risiken des Eingriffs bzw. einer Injektion nicht mehr gegenwärtig waren.

In einem Verfahren, in dem ein als Arzt praktizierender Patient geklagt hat, der sich gegen die Vornahme einer epiduralen Injektion zur Behandlung einer stumpfen Verletzung der Rückenpartie wendet, führt das **OLG Braunschweig** in einem Urteilteil **vom 10.11.2011** (1 U 29/09)⁷⁷ aus, dass zwar der Arzt über das allgemeine Risiko einer Wundinfektion, das zu den allgemeinen Gefahren gehört, mit dem der Patient rechnen muss, nicht aufzuklären ist, ein solches allgemeines Gefahrenbewusstsein bei Injektionen oder Punktionen nicht vorausgesetzt werden kann. Gerade weil es sich hierbei um einen ärztlichen Routineeingriff handelt, wird der Patient diesen als ungefährlich ansehen. Jedenfalls dann, wenn der Injektion oder Punktion ein spezifisches Infektionsrisiko mit möglichen schweren Folgen anhaftet, hat der Patient ein Anrecht darauf, darüber informiert zu werden, um selbst abwägen zu können, ob er sich dem Eingriff unterziehen will⁷⁸. Bei **Injektionen in den Epiduralraum** besteht ein solches deutlich erhöhtes Infektionsrisiko gegenüber sonstigen Injektionen. Weil die gewählte Behandlungsart wie auch ihre Methode nicht Gegenstand der fachärztlichen Ausbildung eines Kinderarztes wie des Klägers sei, besteht nach Ansicht der Kammer des OLG Braunschweig sogar ein besonderes Aufklärungsbedürfnis im Hinblick auf die gesteigerten Infektionsrisiken. Mit dem Einwand der hypothetischen Einwilligung dringen die Beklagten im entschiedenen Fall nicht durch, weil der Kläger plausibel machen konnte, dass er davon ausgegangen sei, dass es sich bei der Injektion um eine solche handelte, wie er sie bereits in vorangegangenen Therapien bekommen habe.

⁷⁶ OLG München, Urt. v. 26.01.2012 (1 U 3360/11), BeckRS 2012, 03088.

⁷⁷ BeckRS 2011, 26630.

⁷⁸ vgl. BGH VersR 1998, 514, 515; NJW 1994, 2414 f.

Mit den **Grenzen der Aufklärungspflicht über Risikowahrscheinlichkeiten und Erfolgsaussichten** befasst sich das Urteil des **OLG München vom 31.05.2012**.⁷⁹ Grundsätzlich ist die Einschätzung der Erfolgswahrscheinlichkeit eines Eingriffs für die Entscheidung des Patienten, ob er den Eingriff vornehmen lässt oder nicht, ein gewichtiges Kriterium und muss daher Bestandteil der Aufklärung sein. Voraussetzung ist allerdings, dass eine Aussage – sei es über die generelle oder individuelle Chance – überhaupt getroffen werden kann. Sofern keine belastbaren Fallzahlen vorhanden sind oder der Erfolg so sehr von individuellen Faktoren abhängt, dass auf allgemeine statistische Erhebungen und Erfahrungen nicht zurückgegriffen werden kann, kann und darf ein Arzt in einem Aufklärungsgespräch keine Zahlen ins Blaue hinein benennen. Ein Arzt würde seine Pflicht, den Patienten zutreffend und sachlich aufzuklären, verletzen, wenn er ohne wissenschaftliche Erkenntnisse oder eigene klinische Erfahrungen eine Erfolgswahrscheinlichkeit eines Eingriffs angibt. In einem solchen Fall reicht die Aufklärung über die Notwendigkeit des diagnostischen Eingriffs als letzte Möglichkeit und letzten Versuch, einen Ansatz für die Behandlung der schweren und fortschreitenden Erkrankungen zu finden, nach Auffassung des Senats aus (digitale Substraktionsangiographie bei Schwankschwindel).

Hypothetische Einwilligung

Wenn die Aufklärung des Patienten Mängel aufweist oder der Nachweis einer Aufklärung auch gänzlich nicht erbracht werden kann, kann die Behandlerseite gewissermaßen in einer zweiten Verteidigungslinie geltend machen, der Patient hätte in den Eingriff auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung auch in jedem Fall eingewilligt.

Wenn die einzige Alternative einer Strahlentherapie, die ihrerseits mit möglichen Strahlenschäden einhergeht, ein weiteres Zuwarten mit der hohen Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Ausgangs ist, liegen nach einem Urteil des **OLG München vom 24.11.2011** (1 U 4262/10)⁸⁰ die **Anforderungen an die Plausibilität des Entscheidungskonflikts beim Einwand der hypothetischen Einwilligung** besonders hoch. Hier wären greifbare Anhaltspunkte vorzutragen, dass aufgrund besonderer Umstände sich der Patient nicht den Risiken einer Strahlentherapie aussetzen will und somit einen früheren Tod billigend in Kauf nimmt. Davon ist

⁷⁹ OLG München, Urt. v. 31.05.2012 – 1 U 3884/11, BeckRS 2012, 11482.

⁸⁰ BeckRS 2011, 27037.

jedenfalls dann nicht auszugehen, wenn dem Vortrag des Patienten entnommen werden kann, dass er zum fraglichen Zeitpunkt leben wollte und dies auch heute noch will.

Mit der **hypothetischen Einwilligung minderjähriger Patienten** setzen sich zwei beachtenswerte Entscheidungen im Berichtsjahr auseinander.

Wenn vor einer Wirbelsäulenoperation zur Korrektur einer Skoliose bei einem 13-jährigen Kind über das Risiko einer Querschnittslähmung fehlerhaft nicht aufgeklärt worden ist, reicht nach einem **Urteil des OLG Köln vom 26.10.2011** (5 U 46/11)⁸¹ aus, wenn die Mutter des Patienten als Zeugin bekundet, ihrem Kind diesem Risiko nicht ausgesetzt oder jedenfalls zunächst eine zweite ärztliche Meinung eingeholt hätte. **Für die Einschätzung der Plausibilität eines solchen Vortrags kann auch das postoperative Verhalten des Patienten und der gesetzlichen Vertreter herangezogen werden.**

In einem **Urteil vom 14.12.2011** (1 U 172/05)⁸² kommt der Arzthaftungssenat des **OLG Saarbrücken** zu dem Ergebnis, dass die **Haftung aus verletzter Aufklärungspflicht stets voraussetzt, dass das Risiko nach der medizinischen Erfahrung zum Zeitpunkt der stattgehabten Behandlung bereits bekannt war bzw. den behandelnden Ärzten hätte bekannt sein müssen.** Andernfalls besteht keine Aufklärungspflicht⁸³. Im Zusammenhang mit der hypothetischen Einwilligung der Eltern in die Operation ihres an einer Aortenisthmusstenose leidenden Kindes führt die Kammer sodann aus, dass die nachträgliche Prognose über das Verhalten bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht allein an der Erwägung ausgerichtet werden kann, wie sich ein vernünftiger und verständiger Patient bzw. seine Eltern aus objektiver ärztlicher Sicht entschieden hätten, weil dadurch das Selbstbestimmungsrecht, sich eben anders zu entscheiden, vielleicht gar einen medizinisch unvernünftigen Entschluss zu fassen und dem Schicksal seinen Lauf zu lassen, unterlaufen würde⁸⁴. Der Arzt darf dem Patienten die Entscheidung über sein Schicksal nicht aus der Hand nehmen. Er ist verpflichtet, durch sachgerechte Aufklärung den Patienten in die Lage zu versetzen, die Entscheidung über die Durchführung einer Operation in Kenntnis aller Risiken selbst zu treffen. Die Freiheit zu einer eigenen EntschlieÙung steht jedoch – was im vorliegenden Fall von Bedeutung war – den Eltern eines minderjährigen Kindes, die als gesetzliche Vertreter über die Behandlung zu entscheiden haben, nicht im gleichen Umfang zu wie einem nur sich selbst verantwortlichen volljährigen Patienten, **weil Eltern verpflichtet sind, ihre Entscheidung in**

⁸¹ BeckRS 2012, 02896.

⁸² BeckRS 2012, 00683.

⁸³ vgl. BGH, Urt. v. 06.07.2010 – VI ZR 198/09 –.

⁸⁴ vgl. BGH, NJW 1984, 1397, 1398.

erster Linie am Wohl des Kindes auszurichten. Dies gebietet § 1627 BGB. Bei der Beurteilung, wie sie sich verhalten hätten, wenn sie ordnungsgemäß aufgeklärt worden wären, muss davon ausgegangen werden, dass sie ihre Entscheidung unter verständiger, am Wohl des Kindes orientierter Abwägung getroffen hätten⁸⁵. Die Verpflichtung auf das Kindeswohl darf jedoch nicht dazu führen, dem Selbstbestimmungsrecht unter Berufung auf jenes Kindeswohl keine Bedeutung zukommen zu lassen. Das subjektive Selbstbestimmungsrecht auf der einen und das auch objektiv normativ zu beurteilende Kindeswohl auf der anderen Seite sind in einer Gesamtschau zu einem angemessenen Ausgleich zu führen. Ist die Operation einer Aortenisthmusstenose nach gesicherter medizinischer Erkenntnis zwingend kurzfristig durchzuführen, ist den Eltern ein längeres Zuwarten verwehrt. Berufen diese sich auch lediglich darauf, unschlüssig gewesen zu sein, ob sie die Operation in einer anderen Einrichtung hätten durchführen lassen, greift letztlich der Einwand der hypothetischen Einwilligung durch.

Mit der hypothetischen Einwilligung und der **Plausibilität eines vorgetragenen Entscheidungskonflikts im Fall einer Außenseitermethode** beschäftigt sich das **OLG Köln**.⁸⁶ Im Fall einer Wirbelsäulenoperation war der Kläger nicht darüber aufgeklärt worden, dass die angewandte Methode eine sogenannte Außenseitermethode ist. So werden solche Methoden bezeichnet, die (noch) nicht oder nicht mehr dem medizinischen Standard entsprechen oder deren Wirksamkeit statistisch nicht abgesichert ist. Gerade in einem solchen Fall muss der Patient wissen, auf was er sich einlässt, um abwägen zu können, ob er die Risiken einer solchen Behandlung und deren Erfolgsaussichten im Hinblick auf seine Befindlichkeit eingehen will.⁸⁷ Gerade dann, wenn ein Patient nicht darauf hingewiesen wurde, dass es sich um eine solche Außenseitermethode handelt, dürfen an die Substantiierungspflicht zur Darlegung eines Entscheidungskonfliktes im Zusammenhang mit der hypothetischen Einwilligung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Bei dem Einwand muss beachtet werden, dass einerseits das Aufklärungsrecht des Patienten nicht unterlaufen werden darf und das andererseits die Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts durch den Patienten gefordert wird, um einem Missbrauch des Aufklärungsrechts allein für Haftungszwecke vorzubeugen.⁸⁸ Im vorliegenden Fall war ein solcher Entscheidungskonflikt zumindest naheliegend, weil es um einen Eingriff ging, der der Besserung von Beschwerden dienen sollte, seinerseits aber mit einem hohen Misserfolgsrisiko behaftet war. In der sich hieraus ergebenden Konfliktlage muss sich der Patient eigenverantwortlich entscheiden können.

⁸⁵ vgl. OLG Stuttgart, VersR 1987, 515, unter Verweis u.a. auf BGH, MedR 1983, 25, 27.

⁸⁶ OLG Köln, Urt. v. 30.05.2012 (5 U 44/06), BeckRS 2012, 12875.

⁸⁷ BGHZ 172, 254 ff. m.w.N.

⁸⁸ vgl. BGH NJW 2007, 2771 ff.

Prozessuale Fragen

Sachverständigenrecht

Fragen der Befangenheit des Sachverständigen spielen leider im Arzthaftungsprozess keine untergeordnete Rolle. Vielfach wird ein Befangenheitsantrag gestellt, wenn der Sachverständige über seinen Gutachtenauftrag hinausgeht.⁸⁹ Hierzu hat das **OLG Naumburg in einem Beschluss vom 30.12.2011** entschieden,⁹⁰ dass ein Sachverständiger, der das Vorliegen eines Behandlungsfehlers prüfen soll, seinen **Gutachtenauftrag überschreitet, wenn er sich ausführlich mit der Frage auseinandersetzt, ob der Patient hinreichend aufgeklärt worden ist und anschließend in die Führung der Dokumentation einer detaillierten Kritik unterzieht** und zwar nicht im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit des Behandlungsverlaufs, sondern im Sinne einer äußeren Ordnung. Befasst sich der Gutachter abschließend sogar mit der Berechtigung einer bestimmten Schmerzensgeldhöhe unter Betrachtung – im einzelnen zum Teil strittiger – Bemessungsfaktoren, entscheidet also bei Rechtsfragen, so ist seine Ablehnung nach Ansicht des OLG Naumburg begründet.

Hat der Sachverständige lediglich irrtümlich das Beweisthema unzutreffend erfasst und geht deshalb ungefragt mit seinen Feststellungen über die durch den Beweisbeschluss vorgegebenen Beweisfragen hinaus, verstößt dieses Vorgehen nach einem **Beschluss vom OLG Köln vom 23.11.2011 (5 W 40/11)**⁹¹ aus Sicht einer vernünftig abwägenden Partei nicht gegen die Neutralitätspflicht und rechtfertigt entsprechend nicht den Antrag zur Ablehnung des Sachverständigen.

Einen Fall, in dem die Wortwahl des Sachverständigen Anlass dazu gegeben hat, den Befangenheitsantrag zu stellen, hat das **OLG München am 18.11.2011 (1 W 1768/11)**⁹² anhand des Grundsatzes beurteilt, dass die Äußerung des Sachverständigen im Kontext zu sehen sind. Es ist ihm insbesondere nicht verwehrt, zu fachlichen Behauptungen, die eine Partei mit Nachdruck vertritt, ebenso klar und nachdrücklich seine Einschätzung zu äußern. Weder von einem Richter noch von einem Sachverständigen wird verlangt, dass er verbale

⁸⁹ vgl. OLG München, Beschl. v. 28.04.2008 GesR 2008, 502.

⁹⁰ OLG Naumburg, Beschl. v. 30.12.2011 (10 W 69/11), BeckRS 2012, 05936.

⁹¹ BeckRS 2012, 02904.

⁹² BeckRS 2011, 26666.

Attacken einer Partei stoisch hinnimmt. Auf provokante Angriffe oder persönliche Vorwürfe darf mit angemessener Schärfe reagiert werden. Zudem soll nicht die Möglichkeit eröffnet werden, durch Provokation des Richters oder Sachverständigen einen Ablehnungsgrund zu schaffen⁹³. Einem begründeten Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit setzt sich der Sachverständige erst dann aus, wenn sich seine Reaktion außerhalb der Grenzen dessen bewegt, was angesichts des Verhaltens der Partei noch als angemessen und vertretbar erscheint.

Äußert ein Arzt während der Untersuchung des klagenden Patienten im Rahmen des gerichtlichen Gutachtauftrages, bei dem Patienten sei kein Fehler passiert und er solle sich nicht noch einmal operieren lassen, stellt das **OLG München** heraus, dass diese vorgetragenen Äußerungen insgesamt harmlos und nicht mehr als gut gemeinter Rat an den Kläger sind. Hinsichtlich Äußerungen bei Untersuchungen können an den gerichtlichen Sachverständigen nicht die gleichen Maßstäbe angelegt werden, wie bei Richtern oder forensisch versierten Personen, die besser abwägen können, welche Äußerungen noch zu vertreten sind, ohne bei einer Partei Irritationen hervorzurufen. Ein gut gemeinter Rat ist daher nicht geeignet, bei einer vernünftigen Partei die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Auch die Äußerung, dass kein Fehler gemacht worden sei, stellt lediglich eine vorläufige Einschätzung aufgrund der durchgeführten Untersuchung dar. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Äußerungen nicht von dem Arzt getätigt werden, der später das Gutachten erstattet, denn dieser hat die Untersuchungsergebnisse eigenständig zu würdigen⁹⁴.

Das **OLG Köln** befasst sich in einem **Beschluss vom 09.01.2012** instruktiv mit einem nicht alltäglichen, aber durchaus praxisrelevanten Problem, nämlich der Frage, **ob ein Sachverständiger, der wegen Befangenheit erfolgreich in einem Arzthaftungsprozess abgelehnt wurde, einen Vergütungsanspruch hat** bzw. inwieweit sich die vorschusspflichtige Klagepartei noch während des laufenden Verfahrens und vor Beauftragung eines neuen Sachverständigen dagegen wehren können, die Entschädigung an den erfolgreich abgelehnten Sachverständigen zu zahlen.⁹⁵ Das Oberlandesgericht Köln diskutiert sehr anschaulich die Fragen der Zulässigkeit und Begründetheit eines solchen von der Klägerseite eingeleiteten Beschwerdeverfahrens als auch mit den Fragen der Begründetheit. Leider hat der Senat letztlich die Frage der Zulässigkeit einer solchen sofortigen Beschwerde des Klägers offengelassen, weil die Beschwerde jedenfalls in der Sache unbegründet war.

⁹³ vgl. Zöller, ZPO, 27. Aufl. § 406 Rn. 9.

⁹⁴ vgl. OLG München, Beschl. v. 18.11.2011 (1 W 1685/11), BeckRS 2011, 27039.

⁹⁵ MedR 2012, 514.

Zunächst äußert der Senat seine Auffassung, dass er „dazu neigt“, das sofortige Beschwerdeverfahren mit dem Antrag der Klägerseite, den wegen Besorgnis der Befangenheit erfolgreich abgelehnten Sachverständigen entschädigungslos zu entpflichten, für zulässig zu halten, weil es sich um ein das Verfahren betreffendes Gesuch im Sinne von § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO handelt. Zwar zitiert der Senat eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in dem dieser entschieden hat, dass das Interesse einer im Rechtsstreit unterlegenen Partei mit der Kostenerinnerung geltend zu machen ist.⁹⁶ Diese Entscheidung hält der Senat des Oberlandesgerichts Köln jedoch nicht für übertragbar, weil es dort um die Frage ging, ob die betroffene Partei nach rechtskräftigem Unterliegen zu Recht Klage gegen den Sachverständigen auf Zahlung von Schadenersatz angestrengt hatte. Im vorliegenden Fall war es allerdings so, dass sich die Kläger noch während des laufenden Verfahrens gegen die Zahlung der Entschädigung an den erfolgreich abgelehnten Sachverständigen wandten. Insoweit stellt das Gericht praxisnah darauf ab, dass ein solches Begehren während des laufenden Prozesses nicht schon als unzulässig angesehen werden könne, weil es für die Entscheidung des Klägers zu der Frage, ob und in welcher Weise er die Klage weiter verfolgen wolle, von Bedeutung sein könne, wenn bei Einholung eines neuen Gutachtens erneut und damit im Ergebnis doppelt Kosten anfielen.

In der Sache war der Antrag, den erfolgreich abgelehnten Sachverständigen nicht bezahlen zu müssen, aber unbegründet. Der Vergütungsanspruch des Sachverständigen entfällt nämlich nur bei Vorsatz, möglicherweise auch bei grober Fahrlässigkeit, keinesfalls aber bei einfacher Fahrlässigkeit oder gänzlich fehlendem Verschulden. Für eine Vorsätzlichkeit oder grobe Fahrlässigkeit des Sachverständigen bestanden aber keine Anhaltspunkte. Der Sachverständige hatte bei seiner Gutachtenerstattung streitiges Parteivorbringen der Beklagten als Basis seinem Gutachten zugrundegelegt und hatte eine von den Beklagten angebotene Zeugenaussage gewürdigt. Es war jedoch erkennbar, dass der Sachverständige insoweit arglos gehandelt hatte und davon überzeugt war, seinen Gutachtenauftrag auftrags- und ordnungsgemäß durchzuführen. Er hatte aus seiner medizinischen und nicht juristisch geprägten Sichtweise nicht erkannt, dass und insbesondere, warum seine Vorgehensweise problematisch war. Eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung des Ablehnungsgesuchs war vor diesem Hintergrund nicht anzunehmen. Zu Recht führt der Senat auch dazu aus, dass die Frage, ob ein Ablehnungsgesuch begründet ist, von der Frage der Sachverständigenvergütung zu trennen ist.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 25.10.1983 – VI ZR 249/81 – NJW 1984, 870.

Interessant ist in diesem Zusammenhang noch eine weitere Entscheidung desselben Senats zur **Haftung eines Sachverständigen wegen einer Gutachtenerstattung**.⁹⁷ Das Gericht führt aus, dass wenn ein medizinisches Sachverständigengutachten von den Bewertungen anderer unabhängiger Sachverständiger abweicht, dies für sich genommen kein ausreichender Hinweis auf eine Fehlerhaftigkeit des Gutachtens oder gar ein grob fahrlässiges Vorgehen ist, insbesondere dann nicht, wenn der Sachverständige die Abweichung schlüssig und nachvollziehbar begründen kann. Zwar ist die diagnostische Abklärung eines unklaren Krankheitsbildes grundsätzlich nach der schwersten Differenzialdiagnose auszurichten, doch darf sich die Abklärung auf den Kreis der nach den klinischen und sonstigen Befunden ernsthaft möglichen Differenzialdiagnosen beschränken. Die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung gem. §§ 839 a Abs. 2, 839 Abs. 2 BGB ist auch nach Ausschöpfung der Deckungssumme einer Rechtsschutzversicherung zumutbar. Einer nichtbedürftigen Partei ist der Einsatz eigenen Vermögens zum Zwecke der Rechtsverfolgung grundsätzlich zumutbar. Bei widerstreitenden Gutachten medizinischer Sachverständiger ist eine Berufung gerade nicht von vornherein aussichtslos, was der direkten Inanspruchnahme des Sachverständigen entgegensteht.

Richterablehnung

Zunehmend werden allerdings in einem Arzthaftungsprozess Befangenheitsanträge nicht nur gegenüber Sachverständigen gestellt, sondern auch die beteiligten Richter wegen einer Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.

Das OLG Naumburg stellt in einem **Beschluss vom 24.01.2012 (10 W 42/11 (Abl))** deutlich heraus, dass eine solche **Ablehnung kein Instrument der Verfahrens- bzw. Fehlerkontrolle** darstellt.⁹⁸ Der Schwerpunkt des Vorwurfs des Klägervertreters in der Beschwerdeinstanz lag in der Kritik, die Richterin habe sich nicht nach den Regeln zur Durchführung von Prozessen über medizinrechtliche Haftungsfälle gerichtet und missachte die eingeschränkte Substantiierungslast des Klägers, sie genüge ihren richterlichen Aufklärungspflichten nicht. Die Richterin stelle den Sachverhalt falsch dar und arbeite trotz der existenziellen Bedeutung des Rechtsstreits für den Kläger nicht mit der gebotenen Sorgfalt.

⁹⁷ OLG Köln, Hinweisbeschl. vom 30.01.2012 (5 U 222/11), [Veröffentlichung in MedR geplant](#).

⁹⁸ MedR 2012, 247.

Das OLG Naumburg weist als Beschwerdegericht zu Recht daraufhin, dass zwar grundsätzlich schwere Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör oder ein faires oder willkürfreies Verfahren die Besorgnis der Befangenheit begründen können. Allerdings kann nur ausnahmsweise und unter besonderen Voraussetzungen eine Ablehnung auf die richterliche Verfahrensleitung gestützt werden. Die Prozessleitung gehört zum Kernbereich der richterlichen Entscheidungstätigkeit, die in sachlicher Unabhängigkeit zu treffen ist und einer Nachprüfung im Ablehnungsverfahren nach § 42 ZPO grundsätzlich verschlossen bleibt. Eine derartige Überprüfung erfolgt allein im Rechtsmittelzug, weshalb die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit kein Instrument der Verfahrens- bzw. Fehlerkontrolle darstellt.⁹⁹

Das Beschwerdegericht weist ferner zu Recht darauf hin, dass etwas anderes nur dann gelten kann, wenn das prozessuale Vorgehen des abgelehnten Richters so grob fehlerhaft ist, dass sich auch bei einer verständig urteilenden Partei der Anschein der Voreingenommenheit des Richters geradezu aufdrängen muss.¹⁰⁰ Einen solchen Fall sieht das OLG nur dann gegeben, wenn die Prozessführung des abgelehnten Richters einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage entbehrt und der Richter die in seine richterliche Tätigkeit gesetzten Schranken grob missachtet oder sich soweit von dem normalerweise geübten Verfahren entfernt, dass seine Prozessleitung den Anschein von Willkür erweckt und sich für einen Beteiligten der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung geradezu aufdrängen muss. Von Willkür kann dabei nur dann ausgegangen werden, wenn die Verfahrensleitung bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Grundsätze schlechterdings nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unvertretbar ist.¹⁰¹

Der Senat verneint im konkreten Fall eine solche gänzlich gesetzwidrige Verfahrensleitung. Die Richterin habe die Beweislastregeln im Arzthaftungsprozess nicht missachtet. Die Richterin habe auch nicht zum Ausdruck gebracht, sich abschließend festgelegt zu haben und für weitere Argumente des Klägers nicht mehr offen zu sein. In der Regel müsse es aber eine Partei hinnehmen, wenn ein Richter im Verfahren eine von der Partei nicht geteilte Rechtsmeinung vertrete. Denn es liege in der Natur eines Rechtsstreits, dass der Richter nur einer

⁹⁹ vgl. BGH, NJW 2002, 2396; KG Berlin, OLGR KG Berlin 2005, 291; KG Berlin, MDR 2005, 708; Saarländisches OLG Saarbrücken, OLGR Saarbrücken 2008, 355-357 zitiert nach Juris; OLG Naumburg, NJW-RR 2002, 502 bis 503; Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Auflage, § 42, Rn. 28 m.w.N.

¹⁰⁰ vgl. OLG Frankfurt, OLGR Frankfurt 2000, 36; BFH, Beschluss in BFH/NV 1995, 692; Saarländisches OLG Saarbrücken, OLGR Saarbrücken 2008, 355-357; OLG Schleswig, OLGR Schleswig 2006, 26-28.

¹⁰¹ BVerfG, Beschluss vom 03.11.1992, AZ 1 BvR 1243/88, BVerfG 87, 273

der widerstreitenden Rechtsansichten folgen könne.¹⁰² Zwar könne sich ausnahmsweise eine mangelnde Bereitschaft, das Parteivorbringen zur Kenntnis zu nehmen, als Besorgnis der Befangenheit erweisen.¹⁰³ Hier teile die Richterin aber schlicht nicht die Rechtsauffassung des Klägers. Eine sachgerecht urteilende Partei in der Lage des Klägers würde erwägen, dass die von ihr vorgetragene Rechtsauffassung die abgelehnte Richterin schlicht bisher nicht zu überzeugen vermöchte, weil sie deren Voraussetzungen für nicht bewiesen hält.¹⁰⁴

Der Rechtsstreit erhielt noch dadurch sein besonderes Gepräge, dass die abgelehnte Richterin das Vorgehen des Prozessvertreters des Klägers hinsichtlich der Richterablehnung in ihrer dienstlichen Stellungnahme als „unwürdig“ bezeichnet hat. Auch hierauf stützte der Klägervorteiler das Ablehnungsgesuch. Der Senat weist insoweit daraufhin, dass abfällige, kränkende oder beleidigende Äußerungen des Richters ebenso wie bissige Ironie oder offen gezeigte Häme oder eine sonst unangemessene Ausdrucksweise die Ablehnung des Richters rechtfertigen,¹⁰⁵ aber nicht schon jeder saloppe Tonfall oder jede drastische Formulierung oder Unmutsäußerung führt zur Ablehnung.¹⁰⁶ Das Beschwerdegericht hielt die angegriffene Formulierung der abgelehnten Richterin in ihrer dienstlichen Äußerung als Reaktion auf den Vorwurf der Verhöhnung als noch gerechtfertigt.

Erfolgreich verlief die **Richterablehnung im Arzthaftungsprozess in einem Fall vor dem Oberlandesgericht Koblenz**.¹⁰⁷ Anlass, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln, war hier die Tatsache, dass der Richter in derselben Abteilung der beklagten Klinik Patient war. Aus der nachvollziehbaren Perspektive des Klägers, auf die es allein ankommt,¹⁰⁸ ließ dieser Umstand an der Unvoreingenommenheit zweifeln, weil eine besondere Vertrauensbeziehung die Urteilsfindung beeinflussen konnte. Dabei ist unerheblich, dass die Behandlung des Richters in den Händen anderer Ärzte als im Fall des Ablehnenden lag.

In einem ähnlich gelagerten Fall hat das **OLG Bremen** ganz ähnlich entschieden. Auch hier war das Befangenheitsgesuch gegenüber dem Richter in der Berufungsinstanz erfolgreich,

¹⁰² vgl. KG MDR 2006, 1009-1010.

¹⁰³ OLG Hamm, VersR 1978, 646.

¹⁰⁴ vgl. BGH, Beschluss vom 13.01.2003, AZ XI ZR 357/01, WM 2003, 848.

¹⁰⁵ BGH, Beschluss vom 21.12.2006 - X ZB 60/06.

¹⁰⁶ OLG Naumburg, Beschl. v. 30.11.2006, 10 W 86/06.

¹⁰⁷ vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 15.02.2012 (5 U 101/11), BeckRS 2012, 04923.

¹⁰⁸ vgl. BGH MedR 2003, 892.

obwohl die Behandlung des Richters durch den beklagten Arzt bereits einige Jahre zurücklag. Das ändert nichts daran, dass zwischen dem Arzt und dem Richter ein besonderes Vertrauensverhältnis erwachsen sein kann, das das Gericht vielleicht in seiner Unvoreingenommenheit einschränkt.¹⁰⁹

Einzelne Verfahrensfragen

Mit der Frage der „Überbeschleunigung“ im **Arzthaftungsprozess** setzt sich der **Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 03.07.2012** auseinander.¹¹⁰ Die obersten Bundesrichter betonen, dass die zivilprozessualen Präklusionsvorschriften mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG strengen Ausnahmecharakter haben, weil sie sich zwangsläufig nachteilig auf das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung auswirken und einschneidende Folgen für die säumige Partei nach sich ziehen, weswegen ihre Anwendung unter dem besonderen Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit steht.¹¹¹ Ausgehend von diesem Grundsatz rügt die Revision zu Recht, dass die auf die Versäumung der Einspruchsfrist gestützte Zurückweisung gegen das verfassungsmäßige Verbot einer ohne weiteres erkennbaren „Überbeschleunigung“ verstößt, wenn offenkundig ist, dass dieselbe Verzögerung auch bei rechtzeitigem Vortrag eingetreten wäre.¹¹² Wenn das als verspätet zurückgewiesene Verteidigungsvorbringen ein – in der Regel schriftliches – Sachverständigengutachten veranlasst hätte, dieses Sachverständigengutachten aber in der Zeit zwischen dem Ende der Einspruchsbegründungsfrist und der darauf folgenden mündlichen Verhandlung ohnehin nicht hätte eingeholt werden können, ist von einem Verfassungsverstoß auszugehen, weil es nach der ständigen Rechtsprechung des BGH allein darauf ankommt, ob der Prozess bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung.

Am **08.06.2012 (VI ZR 326/11)**¹¹³ hat der **BGH** klargestellt, dass sich weder aus § 321 a Abs. 4 S. 5 ZPO, wonach der eine **Anhörungsrüge** zurückweisende Beschluss kurz begründet werden soll, noch unmittelbar aus dem Verfassungsrecht eine Verpflichtung zu einer weitergehenden Begründung der Entscheidung ergibt. Andernfalls hätte es eine Partei in der Hand, mittels einer solchen Anhörungsrüge nach § 321 a ZPO die Bestimmung des § 544 Abs. 4

¹⁰⁹ OLG Bremen, Beschl. v. 12.01.2012 (5 W 36/11), NJW RR 2012, 637.

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 03.07.2012 (VI ZR 120/11), BeckRS 2012, 17501.

¹¹¹ BGH, VersR 2002, 120, 121; BVerfGE 75, 302, 312; BVerfGE, Beschl. v. 09.05.2003 – 1 BvR 2190/00.

¹¹² vgl. BVerfGE 75, 302, 316; Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl., § 296 Rn. 22; Leipholt in: Stein-Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 296 Rn. 64, 66.

¹¹³ BeckRS 2012, 13262.

Satz 2 ZPO im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auszuhebeln, wonach das Revisionsgericht von einer Begründung des Beschlusses, mit dem es über die Nichtzulassungsbeschwerde entscheidet, absehen kann, wenn diese nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzung beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist. Nach der Gesetzesbegründung kann eine Gehörsrüge gegen die Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde nicht mit dem Vorhaben eingelegt werden, eine Begründungsergänzung herbeizuführen.¹¹⁴

Das **OLG Naumburg urteilt am 08.12.2011 (1 U 8/11)**¹¹⁵, dass es **nicht möglich ist, einen Feststellungsantrag von einem Schmerzensgeldantrag prozessual zu trennen** und in unterschiedlichen Urteilen darüber zu entscheiden, wenn beiden Anträgen derselbe Anspruch, dieselbe ärztliche Behandlung und derselbe streitige Behandlungsfehler zugrunde liegen. Ein Teilurteil ist dann unzulässig. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht den Feststellungsantrag sogar als unzulässig ansieht, denn es wäre möglich, dass diese rechtliche Bewertung durch das Berufungs- oder Revisionsgericht nicht geteilt wird oder das Berufungsgericht auf eine sachdienliche und damit zulässige Antragstellung hinwirkt.

Ein Prozesskostenhilfebeschluss des **OLG Brandenburg**¹¹⁶ beschäftigt sich mit der immer wieder in der Praxis bedeutsamen **Frage, wann die Erfolgsaussichten einer beabsichtigten Arzthaftungsklage verneint werden müsse (§ 114 ZPO)**. An die Voraussetzungen der hinreichenden Erfolgsaussicht einer Klage sind zwar keine überspannten Aufforderungen zu stellen.¹¹⁷ Allerdings ist, wie das OLG Brandenburg zutreffend ausführt, in begrenztem Rahmen auch eine vorweggenommene Beweiswürdigung zulässig.¹¹⁸ Hält das Gericht an dieser Prüfung die Richtigkeit der unter Beweis gestellten Tatsachen für sehr unwahrscheinlich, so darf es Prozesskostenhilfe selbst dann verweigern, wenn es einem von der Partei gestellten Beweisantrag stattgeben muss. Denn die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe sind nicht mit denen für eine Beweiserhebung identisch. Dies liegt auch, wie der Senat darlegt, im Interesse der Partei, die im Sinne von § 114 ZPO nicht in der Lage ist, die Kosten der Prozessführung aufzubringen. Denn sie muss – auch im Falle der Bewilligung von Prozesskostenhilfe – im Falle des für sie negativen Ausgangs des Rechtsstreits die außergerichtlichen Kosten des Prozessgegners erstatten. Insoweit kann ein zuvor im Schlichtungsverfahren eingeholtes Gutachten, welches grundsätzlich im Wege des Urkunds-

¹¹⁴ vgl. BT-DruckS 150376 S. 16; vgl. auch BGH, NJW 2005, 1433; NJW RR 2006, 63, 64

¹¹⁵ BeckRS 2012, 02583.

¹¹⁶ OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.05.2012 – 12 B 43/11, BeckRS 2012, 11390.

¹¹⁷ BVerfG NJW 1991, 413; BVerfG FamRz 1993, 664.

¹¹⁸ BGH VersR 1960, 62; NJW 1994, 1160.

beweises gewürdigt werden kann,¹¹⁹ zur Verneinung der Erfolgsaussicht im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren führen. Ausschlaggebend sind im Einzelfall Schlüssigkeit und Überzeugungskraft des Gutachtens sowie das konkrete Vorbringen der Partei, die sich gegen die Verwertung des Gutachtens wendet und weitere Beweiserhebungen beantragt.¹²⁰

Das **OLG Dresden** betont in einem ähnlich gelagerten Fall, dass **im Arzthaftungsrecht eine Beweisantizipation nur mit äußerster Zurückhaltung anzuwenden** ist,¹²¹ weil lediglich maßvolle Anforderungen an die Darlegungs- und Substantiierungslast des klagenden Patienten gestellt werden dürfen, da diesem typischerweise die nötigen medizinischen Fachkenntnisse fehlen.¹²² Bei einem sog. Durchgangssyndrom ist danach eine Pflichtverletzung gerade nicht von vorneherein ausgeschlossen, wenn die Selbstgefährdung vorhersehbar war und die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen verabsäumt wurden.

Das **OLG Köln** stellt im **Beschluss vom 14.09.2012** noch einmal deutlich heraus, dass die Haftung wegen eigenmächtiger Behandlung, die sich regelmäßig auf den Vorwurf unterbliebener oder unzureichender Eingriffe und Risikoaufklärung gründet, neben dem Behandlungsfehlervorwurf ein eigenständiges Angriffsmittel im prozessualen Sinne darstellt. Daraus folgt, dass die **Aufklärungsrüge zwingend bereits in I. Instanz erhoben werden muss**. Wird sie erstmals mit der Berufung geltend gemacht, handelt es sich um ein neues Angriffsmittel im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO.¹²³ Gründe, die das verspätete Vorbringen erst im Berufungsverfahren entschuldigen könnten, hatte die Klägerin im durch den Arzthaftungssenat des OLG Köln entschiedenen Fall nicht vorgebracht.¹²⁴

Am **16.02.2012 (1 U 443/11)**¹²⁵ hat das **OLG München in einem § 522 Abs. 2 ZPO-Beschluss** ausgeführt, dass aus den Gesetzesmaterialien zur Reform des § 522 Abs. 2 ZPO sich ergibt, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine mündliche Verhandlung auch bei Vorliegen aller anderen Zurückweisungs Voraussetzungen geboten sein kann, wenn die Rechtsverfolgung für den Beschwerdeführer existentielle Bedeutung hat, wie es

¹¹⁹ BGH NJW 1987, 2300.

¹²⁰ vgl. OLG Oldenburg, Beschl. v. 27.01.1998, 5 W 9/98; OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.02.2010, 22 W 5/10; OLG Köln VersR 1990, 311.

¹²¹ OLG Dresden, Beschl. v. 07.03.2012 (4 W 0123/12), **Veröffentlichung in MedR vorgesehen**.

¹²² Vgl. BGH, Urt. v. 08.06.2004 – VI ZR 199/03; OLG Brandenburg, OLGR 2005, 489; NJW-RR 2001, 160.

¹²³ vgl. Wenzel, Handbuch Fachanwalt Medizinrecht, 2. Aufl. 2009, Kap. 7 Rn. 473 m.w.N.

¹²⁴ vgl. OLG Köln, Beschl. v. 14.06.2012 (5 U 7/12), BeckRS 2012, 12876.

¹²⁵ BeckRS 2012, 04403.

etwa in Arzthaftungssachen der Fall sein kann. Weder dem Gesetzeswortlaut noch der Begründung kann allerdings der Automatismus entnommen werden, dass in Arzthaftungsfällen stets von einer Zurückweisung nach dieser Regelung abzusehen ist. Auch verlangt das Gesetz nicht, dass für die Frage der Zurückweisung ausschließlich auf Belange der Berufungsklägerin abgestellt wird. Nach Auffassung des Senats ist neben dem Grad der Betroffenheit der Berufungsklägerin und dem Interesse des Berufungsbeklagten an einer schnellen Entscheidung auch zu bewerten, ob durch eine mündliche Verhandlung eine weitergehende Befriedigungsfunktion erreicht werden kann und gegebenenfalls bei der klagenden Partei ein erhöhtes Maß an Verständnis für die richterliche Entscheidung geweckt werden kann.

Schmerzensgeldbemessung und Schmerzensgeldhöhe

Instruktiv betont das **Kammergericht** in einem **Urteil vom 16.02.2012**, das die **Höhe des Schmerzensgeldes ausschließlich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemisst** und Entscheidungen in vergleichbaren Fällen allenfalls Anhaltspunkte zur Ermittlung der Größenordnung vermitteln können.¹²⁶ Bei der Schmerzensgeldbemessung sind noch vorhandene emotionale Fähigkeiten zu berücksichtigen, ebenso wie eine etwaige Erinnerung an den früheren Zustand des. Relevant ist auch das Lebensalter. Im entschiedenen Fall hatte sich ein zum Unfallzeitpunkt 4 1/2-jähriges Mädchen bei einem Sturz den linken Arm gebrochen. Bei der anschließenden Operation kam es zu einer schweren Schädigung im Zusammenhang mit der Anästhesie, so dass das Mädchen aufgrund eines schweren Hirnschadens an einem apallischem Syndrom mit erheblichen Ausfallerscheinungen der Großhirnfunktion und einer Tetraspastik leidet. In diesem Fall hält das Kammergericht einen Schmerzensgeldbetrag von 500.000,00 € zuzüglich einer monatlichen Schmerzensgeldrente in Höhe von 650,00 € für angemessen. Die Entscheidung zählt damit zu den „Spitzenreitern“ der Schmerzensgeldrechtsprechung.

Mit der Höhe des Schmerzensgeldes nach einem zum Tod führenden groben Behandlungsfehler beschäftigt sich das **OLG Köln in einem Urteil vom 21.09.2011 (5 U 8/11)**¹²⁷. Die erkennenden Richter halten ein Schmerzensgeld von 40.000,00 € für gerechtfertigt, wenn ein Patient nach fünfmonatiger Leidenszeit mit erheblichen Schmerzen und dem Bewusstsein des bevorstehenden Todes an den Folgen einer grob fehlerhaften ärztlichen Behandlung – hier der Verkenntung eines tiefen Weichgewebe- und Gelenkinfekts mit septischem Verlauf – verstirbt.

¹²⁶ vgl. Kammergericht, Urt. v. 16.02.2012 (20 U 157/10), BeckRS 2012, 06900

¹²⁷ BeckRS 2011, 26596.

Die Frage der **Schadensminderungspflicht** betrifft einen Beschluss **des OLG Koblenz vom 26.09.2011 (5 U 776/11)**.¹²⁸ Danach ist eine zwar nicht einfache und gefahrlosere Revisionsoperation gleichwohl zumutbar und ihr Unterlassen folglich ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht, wenn der Patient einen anderen Eingriff durchführen lassen möchte, der erheblich schwieriger und risikoreicher ist (hier eine Vollprothese statt einer zweiten Kreuzbandersatzplastik nach einer misslungenen ersten). Ein Verstoß ist im betreffenden Fall darin zu sehen, dass der haftungsrelevante Befund durch ein bildgebendes Verfahren hinreichend gesichert erscheint und der erfolgsversprechende Zweiteingriff nur aus Beweissicherungsgründen jahrelang aufgeschoben wird. Vor diesem Hintergrund halten die Richter bei einer wegen Fehlplatzierung des Bohrkanals misslungenen Kreuzbandersatzplastik mit erheblicher Bewegungseinschränkung, wochenlangen Schmerzen und dem Erfordernis eines Zweiteingriffs ein Schmerzensgeld von 30.000,00 € bei einem 34-jährigen für gerechtfertigt.

Verjährung

Die Verjährung einer Schadensersatzforderung des Patienten gehört zwar zu den Raritäten des Arzthaftungsprozesses, allerdings mehren sich hier die gerichtlichen Auseinandersetzungen. Interessant ist zunächst ein höchstrichterliches Urteil, weil hiermit das Berufungsurteil aufgehoben und das erstinstanzliche Urteil auf Klageabweisung wegen Verjährung wieder hergestellt worden ist.¹²⁹ Im Anschluss an frühere Entscheidungen betont der **BGH**, dass die **dreijährige Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 BGB a.F. nur für das Stammrecht, nicht aber für die aus dem Stammrecht fließenden weiteren Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen** gilt.¹³⁰ Für diese gilt (unmittelbar) die 4-jährige Verjährungsfrist des § 197 BGB a.F., und zwar auch hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist. Deshalb können Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen bereits vor Kenntniserlangung verjährt sein.

Die Verjährungsfrist eines Schadensersatzanspruchs beginnt nach dem **OLG Frankfurt a.M.** im Hinblick auf objektiv vorhersehbare Spätfolgen auch dann mit der allgemeinen Schadenskenntnis zu laufen, wenn der Geschädigte wegen unrichtiger Beratung durch einen beigezo-

¹²⁸ BeckRS 2011, 25158.

¹²⁹ BGH, Urt. v. 10.01.2012 (VI ZR 96/11), NVwZ-RR 2012, 338.

¹³⁰ vgl. vormals BGH VersR 1960, 831 f.; NJW 73, 1684; VersR 1980, 927; NJW RR 2000, 1412; VersR 2002, 936 f.

genen Arzt die Erhebung einer Feststellungsklage unterlassen hat.¹³¹ Gegen den Fachmann, dessen Rat er in Anspruch genommen hat, wird dem Geschädigten häufig ein Ersatzanspruch zustehen, so dass der Verjährungseintritt auch nicht unbillig erscheint.

Das **OLG Jena** führt zur Verjährung grundlegend aus, dass bezüglich der Behandlungsfehlerhaftung die Kenntnis vom Misserfolg oder einer Behandlungskomplikation allein noch nicht für die Kenntnis eines haftungsrelevanten Behandlungsfehlers ausreicht. Dem Patienten müssen vielmehr diejenigen Behandlungstatsachen positiv bekannt geworden sein, die – im Blick auf den Behandlungsfehler – ein ärztliches Fehlverhalten und – im Blick auf die Schadenskausalität – eine ursächliche Verknüpfung der Schadensfolge mit dem Behandlungsfehler bei objektiver Betrachtung nahelegen; medizinische Detailkenntnisse sind nicht erforderlich. Das setzt ein Grundwissen über den konkreten Behandlungsverlauf voraus, zu dem neben der Kenntnis der gewählten Therapiemethode auch gehört, dass der Patient die wesentlichen Umstände des konkreten Behandlungsverlaufs positiv kennt oder grob fahrlässig nicht kennt; d.h. auch Kenntnis vom Tatbestand und Art des Eintretens von Komplikationen und die zu ihrer Beherrschung getroffenen ärztlichen Maßnahmen. Darüber hinaus erforderlich ist die Kenntnis eines vom medizinischen Standard abweichenden ärztlichen Verhaltens, weil erst diese Verletzung der Berufspflicht des Arztes dessen Haftung begründet. Im Hinblick auf Aufklärungsmängel reicht nicht schon die Kenntnis einer unterlassenen Aufklärung als solcher. Hinzutreten muss die Kenntnis des Patienten von den Tatsachen, aus denen sich die Verletzung der Aufklärungspflicht begründet; im Einzelfall also, dass das nach der Behandlung verwirklichte Risiko der Schädigung als Operationsrisiko dem behandelnden Arzt bekannt war oder hätte bekannt sein müssen und er deshalb den Patienten hierüber hätte aufklären müssen.¹³² Verhandlungen mit geschädigten Patienten mit dem Krankenhausträger oder dessen Haftpflichtversicherer hemmen die Verjährung von Ansprüchen gegen den behandelnden Arzt nur dann, wenn nach den gesamten Umständen zweifelsfrei und eindeutig davon auszugehen ist, dass der auch für den verantwortlichen Arzt eintrittspflichtige Haftpflichtversicherer bei den Regulierungsverhandlungen nicht nur für seinen Versicherungsnehmer – also den Krankenhausträger –, sondern auch für den Arzt als mitversicherte Person tätig geworden ist. Hat dabei der Haftpflichtversicherer erkennbar nur für den Krankenhausträger ge- und verhandelt, berührt dies den Verlauf der Verjährung für Ansprüche gegen den behandelnden Arzt nach Ansicht des Arzthaftungssenats des OLG Jena nicht.

¹³¹ vgl. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.11.2011 (4 U 63/11), BeckRS 2012, 08332.

¹³² vgl. OLG Jena, Urt. v. 05.06.2012 (4 U 159/11), BeckRS 2012, 13110.

Abschließend seien noch zwei exotische - aber für die Arzthaftungsrechtsprechung nicht minder relevante Entscheidungen berichtet:

Eine Beschluss des **OLG Koblenz** beschäftigt sich mit der Frage der **Haftung eines Arztes für eine Mitteilung an Eltern darüber, dass die Möglichkeit einer gravierenden Erbkrankheit eines ihrer Kinder (hier die Nervenkrankheit Chorea Huntington) besteht.** Nach Meinung des Senats darf der Arzt, der bei einem Patienten eine meist im Erwachsenenalter ausbrechende schwere Nervenkrankheit mit hohem Vererbungsrisiko feststellt, der Bitte dieses Patienten, dessen geschiedene Ehefrau wegen der bei dieser lebenden ehelichen Kinder zu informieren, nicht entsprechen, weil eine medizinische Sachaufklärung bei Minderjährigen in Deutschland nicht statthaft ist, so dass sich für die Mutter aus der belastenden Information keinerlei Handlungsoption ergibt und sie mit der Ungewissheit über die Anlage einer unheilbaren und bei Ausbruch sicher zum Tode führenden Erbkrankheit im Gengut ihrer Kinder bis zu deren Volljährigkeit leben muss. Der Senat hielt es für nachvollziehbar, dass diese Unsicherheit eine psychische Erkrankung hervorrufen kann.¹³³

Ebenfalls interessant ist ein **Urteil des OLG Koblenz vom 15.02.2012 (5 U 320/11)**,¹³⁴ welches sich mit der **Haftung nach dem Arzneimittelgesetz** befasst, insbesondere dem Zusammenhang des Auskunftsanspruchs nach § 84 a AMG mit dem Schadensersatzanspruch des § 84 AMG. Die mit einer Schadenersatzklage nach § 84 a AMG verbundene Auskunftsklage nach § 84 a AMG kann nach Ansicht des Senats insgesamt abgewiesen werden, wenn nach den medizinischen Gegebenheiten des Einzelfalles der geltend gemachte Schadensersatzanspruch ungeachtet des denkbaren Ergebnisses der Auskunft nicht besteht. Ob die Voraussetzungen der Kausalitätsvermutung nach § 84 Abs. 2 Satz 1 AMG vorliegen, kann allerdings offenbleiben, wenn andere Umstände als die Einnahme des beanstandeten Medikamentes VIOXX unstreitig vorliegen oder nachgewiesen werden, die ebenso geeignet sind, den Schaden zu verursachen. Hier waren eine Stoffwechselstörung, Diabetes mellitus, Polymyalgia Rheumatica, Adipositas sowie regelmäßiger Alkoholkonsum eines bei Behandlungsbeginn 70-jährigen Mannes als Risikofaktoren einzeln oder in der Gesamtschau geeignet, den Schlaganfall auszulösen, so dass die Kausalitätsvermutung nicht eingriff und der Nachweis einer Mitursächlichkeit der Medikamenteneinnahme im Sinne des § 84 Abs. 1 Satz 1 AMG auf Seiten des Anspruchstellers lag. Der pharmazeutische Unternehmer muss danach nicht den Vollbeweis für die Alleinverursachung durch die sonstigen Risikofaktoren erbringen. Es gelten die allgemeinen Beweisregeln.

¹³³ vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 01.02.2012 (5 W 63/12), BeckRS 2012, 03419.

¹³⁴ BeckRS 2012, 08403.

