



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft  
Medizinrecht

---

# 18. Frühjahrstagung

vom 20. bis 21. April 2018 in Nürnberg

---

Arbeitsgruppe Arzthaftungsrecht

## Die Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte im Jahr 2017

---

Rechtsanwältin Prof. Dr. Karl Otto Bergmann  
Hamm

---

# **Die aktuelle Rechtsprechung zur Heilwesenhaftpflicht im Jahr 2017 (Referatsauswahl)**

von Prof. Dr. Karl Otto Bergmann, Hamm/Münster

Der Beitrag beschränkt sich auf eine Auswahl der wichtigsten Entscheidungen, eine umfassende Übersicht erscheint in der ZMGR. Die Auswahl soll zur Diskussion anregen.

## **Ärztlicher Standard**

Mit Urteil vom 30.05.2017<sup>1</sup> hat der **Bundesgerichtshof** klargestellt, dass die Entscheidung des Arztes für die Wahl einer nicht allgemein anerkannten Behandlungsmethode (hier: ganzheitliche Zahnmedizin) eine sorgfältige und gewissenhafte medizinische Abwägung von Vor- und Nachteilen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und des Wohles des konkreten Patienten voraussetzt. Bei dieser Abwägung dürfen auch Untersuchungs- und Behandlungsmöglichkeiten der Schulmedizin nicht aus dem Blick verloren werden. Je schwerer und radikaler der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ist, desto höher sind die Anforderungen an die medizinische Vertretbarkeit der gewählten Behandlungsmethode.

In dem entschiedenen Fall hatte der beklagte Zahnarzt bei der Klägerin eine sog. „Herd- und Störfeldtestung“ durchgeführt. Der Beklagte gelangte zu der Diagnose „mehrfaches Zahnherdgeschehen mit Abwanderungen von Eiweißverfallsgiften in den rechten Schläfen- und Hinterkopfbereich und bis in den Unterleib“. Darüber hinaus diagnostizierte er ein „Kieferknochenend dystrophie-Syndrom“ und einen „stillen Gewebsuntergang im Knochenmark“. Als Therapie empfahl er der Klägerin die operative Entfernung sämtlicher Backenzähne und die „gründliche“ Ausfräsung des gesamten Kieferknochens. Er entfernte die Zähne 14, 15, 16 und 17 im rechten Oberkiefer und fräste den Kieferknochen in diesem Bereich „gründlich“ aus. Danach brach die Patientin die Behandlung ab. Die Patientin begehrte die Rückzahlung des geleisteten Honorars und den Ersatz materiellen und immateriellen Schadens.

Die Klage hat in den Vorinstanzen überwiegend Erfolg. Die Instanzgerichte hatten Behandlungsfehler des Beklagten festgestellt, da er die notwendige interdisziplinäre Befunderhebung unterlassen und einen äußerst schwerwiegenden Eingriff vorgenommen habe, ohne das multiple Beschwerdebild der Klägerin vorher ausreichend abzuklären. Auf Basis der durchgeführten Diagnostik habe sich keine Indikation für die durchgeführten und geplanten Extraktionsmaßnahmen ableiten lassen. Der BGH hat demgegenüber festgestellt, dass die Anwendung von nicht allgemeinen anerkannten Therapieformen rechtlich

grundsätzlich erlaubt sei und aus dem Umstand, dass der Arzt den Bereich der Schulmedizin verlassen hat, nicht von vornerein auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden kann. Jeder Patient könne grundsätzlich eigenverantwortlich entscheiden, welche Behandlung er sich unterziehen will, solange die Grenzen zur Sittenwidrigkeit<sup>2</sup> nicht überschritten werden. Der BGH hat jedoch beanstandet, dass es das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft unterlassen habe, einen auch mit der ganzheitlichen Zahnmedizin in Theorie und Praxis vertrauten Sachverständigen zu beauftragen. Hierfür habe insbesondere deshalb Veranlassung bestanden, weil der gerichtlich bestellte Sachverständige offen gelegt hatte, dass er sich selbst nicht ausführlich mit der Alternativmedizin befasst habe. Der BGH hat die Sache daher zur erneuten Verhandlung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Das **Oberlandesgericht Hamm** hat mit Urteil vom 13.06.2017<sup>3</sup> entschieden, dass ein Hausarzt bei der Nachsorge nach einer Gippschienenbehandlung die Möglichkeit des Vorliegens eines Kompartmentsyndroms in Betracht zu ziehen hat, falls der Patient hierfür typische Beschwerden schildert. Werden die zielführenden Symptome nicht abgeklärt, kann dies als grober Behandlungsfehler gewertet werden und bei Verlust des rechten Unterarms bei einem etwa 50-jährigen ein Schmerzensgeld in Höhe von 50.000,00 € rechtfertigen.

In dem entschiedenen Fall hatte der Kläger einen Unfall erlitten und am Folgetag eine Erstversorgung mittels Gippschiene erfahren. Erstmals stellte sich der Patient bei dem beklagten Hausarzt am 18.05.2012 sowie an weiteren Terminen am 21.05.2012 und am 24.05.2012 vor. Unter Zugrundelegung der ärztlichen Dokumentation gelangte der Sachverständige zu der Wertung, dass jedenfalls am 21.05.2012 zwingend an ein Kompartmentsyndrom hätte gedacht werden und eine Überweisung an einen Chirurgen oder in ein Krankenhaus hätte erfolgen müssen. In den Behandlungsunterlagen war für den 21.05.2012 eine Hämatombildung dokumentiert. Der Kläger litt unter stärksten Schmerzen. Darüber hinaus bestand eine eingeschränkte Beweglichkeit mit Schwellung. Der Senat stellte fest, dass aufgrund dieser Symptome weitere Befunde in Richtung eines Kompartmentsyndroms hätten erhoben werden müssen oder eine Überweisung an einen Chirurgen oder in ein Krankenhaus erfolgen musste. Aufgrund der EDV-Dokumentation sei davon auszugehen, dass eine zielführende Befundung nicht stattgefunden habe. Aufgrund der eindeutigen Symptome ging der Senat von einem groben Behandlungsfehler aus.

Der erkennende Senat stellte ferner fest, dass eine ca. zwei Jahre nach dem Behandlungsgeschehen angefertigte protokollartige Dokumentation grundsätzlich nicht zu berücksichtigen ist. In dem zuvor durchgeführten Ermittlungsverfahren hatte die Staatsanwaltschaft ein Gutachten eingeholt. Der Beklagte hatte nach Eingang des

Gutachtens, das einen Behandlungsfehler festgestellt hatte, ein Gedächtnisprotokoll angefertigt, aus dem hervorging, dass eine Befunderhebung doch erfolgt sei.

### ***Organisationsverschulden***

Das **Oberlandesgericht Karlsruhe** hat mit Urteil vom 13.12.2017<sup>4</sup> entschieden, dass eine unzureichende Ausstattung eines niedergelassenen Arztes bei einer ambulanten Operation und eine hierauf zurückzuführende zusätzliche Operation ein Schmerzensgeld in Höhe von 500,00 € rechtfertigen kann. Die Klägerin hatte eine distale Radiusfraktur des rechten Handgelenks erlitten und war in einer Klinik unter Verwendung von sechs Schrauben und einer winkelstabilen Radiusplatte versorgt worden. Zur Entfernung des Osteosynthesematerials wurde in der Praxis der Beklagten eine ambulante Operation durchgeführt. Hierbei ließ sich eine Schraube nicht lösen. Zur Entfernung dieser Schraube sowie der Radiusplatte musste die Patientin erneut operiert werden.

Der Senat kam zu der Wertung, dass den Beklagten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen sei, da sie eine Operation vorgenommen haben, obwohl sie hinsichtlich der Operationsinstrumente nicht hinreichend ausgestattet waren. Zur Wahrung des ärztlichen Standards sei es erforderlich gewesen, spezielle Geräte für die Fälle vorzuhalten, in denen sich die Schrauben von einer winkelstabilen Platte schwer lösen (zumindest linksdrehender Schraubenzieher, „Screw-Removal-Set, Gewindeschneider). Zwar sei das Risiko, dass sich eine Schraube nicht lösen lasse, extrem gering, jedoch bekannt und keinesfalls ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund hätten die Beklagten die Klägerin für die Durchführung der Operation an ein spezialisiertes Krankenhaus verweisen müssen, in dem die erforderlichen Instrumente vorgehalten werden. Der Senat stellte jedoch klar, dass über die Tatsache, dass die Beklagten über kein entsprechendes Werkzeug verfügen, präoperativ nicht hätte aufgeklärt werden müssen. Über einen Behandlungsfehler müsse nicht aufgeklärt werden.

Das **Oberlandesgericht Koblenz**<sup>5</sup> hat es als groben hausärztlichen Organisationsfehler gewertet, wenn nicht sichergestellt wird, dass ein Laborbefund sowie die in der Praxis erhobene Blutsenkungsgeschwindigkeit auch ohne Patientenkontakt von dem Arzt zur Kenntnis genommen, ausgewertet und - erforderlichenfalls - nach Kontaktaufnahme zum Patienten mit diesem besprochen werden.

Die Patientin stellte sich vor einer Kieferoperation bei ihrem Hausarzt im August 2009 zur Blutentnahme vor. Die Laborwerte zeigten eine Anämie und eine Leukopenie und das Differenzialblutbild eine Anisozytose, auffällige Riesenthrombozyten, drei Blasten sowie eine

Poikilozytose. Eine Besprechung der Laborwerte durch den Beklagten erfolgte nicht. Dieser nahm die Laborwerte auch nicht selbst zur Kenntnis, wertete diese nicht aus und nahm auch nicht Kontakt zu der Patientin auf, um die Ergebnisse mit ihr zu besprechen. Die Patientin war - nach dem Vortrag des Beklagten - in der Praxis der Beklagten erschienen und hatte die Werte ohne Besprechung mitgenommen. Im Februar 2010 wurden bei der Patientin alio loco eine unreife akute biologische Leukämie und eine Lungenentzündung diagnostiziert. Eine Woche später kam es zu einem ausgedehnten Hirninfarkt, an welchem die Patientin verstarb. Die Eltern der Patientin begehrten von den Beklagten materiellen und immateriellen Schadensersatz aus eigenem sowie ererbtem Recht.

Der Senat gelangte zu der Wertung, dass dem Beklagten ein grober Organisationsfehler vorzuwerfen sei, da er nicht sichergestellt habe, die ermittelten Laborwerte auszuwerten. Dies führte zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität. Auf Grundlage des onkologischen Sachverständigengutachtens sei zumindest mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die (zumindest) als Primärschädigung anzusehende unbehandelte Fortentwicklung der Leukämie Ursache für die Lungenentzündung war und diese wiederum mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit zu dem tödlichen Hirninfarkt geführt hat. In Folge der unterbliebenen Behandlung des Krankheitsbildes habe die Patientin in der Zeit von November 2009 bis Februar 2010 unter starken Schmerzen gelitten. Zwar wäre es auch bei Behandlung einer akuten Leukämie zu Beschwerden der Patientin gekommen, doch hätte diese dann zumindest eine Schmerzmedikation erhalten. Auch die von der Klägerin zu 1) geltend gemachte schwere depressive Episode sowie das mittelschwere depressive Syndrom seien nach den Ausführungen des psychiatrischen Sachverständigen auf den Behandlungsfehler zurückzuführen, seien pathologisch fassbar und gingen über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinaus, denen Angehörige in entsprechenden Situationen erfahrungsgemäß ausgesetzt sind<sup>6</sup>. Der Senat sprach den Klägern u.a. ein ererbtes Schmerzensgeld in Höhe von 20.000,00 € sowie der Klägerin zu 1) – der Mutter der Patientin – ein Schmerzensgeld in Höhe von 10.000,00 Euro zu.

### ***Diagnose- und Befunderhebungsfehler***

Der Vorwurf fehlerhafter Diagnosestellung und Befunderhebung ist häufig Gegenstand von Gerichtsentscheidungen, wobei Patienten den Schwerpunkt in dem Befunderhebungsfehler, Ärzte eher in dem Vorwurf eines Diagnoseirrtums sehen<sup>7</sup>. Eine Entscheidung des **OLG Koblenz**<sup>8</sup> grenzt den Diagnoseirrtum vom Behandlungsfehler ab. Ein nicht zu vertretender reiner Diagnoseirrtum - aber kein Behandlungsfehler - liegt vor, wenn bei einer Röntgenuntersuchung eine winzige Aufhellung nur unter Berücksichtigung der später

gewonnen Erkenntnisse zum Vorliegen eines tumorösen Geschehens bereits als entsprechender Hinweis eingeordnet werden kann. Liegt ein solcher Diagnoseirrtum vor, obliegt es nicht der Behandlungsseite, nachzuweisen, dass sich die gestellte (unzutreffende) Diagnose als in der gegebenen Situation vertretbare Deutung der Befunde darstellt.

### ***Befunderhebungsfehler - grober Behandlungsfehler***

Mit Beschluss vom 07.11.2017<sup>9</sup> befasste sich der **Bundesgerichtshof** mit der Frage, wann ein Befunderhebungsfehler als grob zu qualifizieren ist. Die Klägerin hatte die Beklagte wegen des Nichterkennens einer fokalen interstitiellen Myositis in Anspruch genommen. In den Jahren 2003 und 2004 waren bei der Klägerin in der von der Beklagten betriebenen Klinik erhöhte CK-Werte festgestellt worden, die auch in der Folgezeit persistierten. Im September 2007 stellte sich die Klägerin wegen des Verdachts auf einen Epstein-Barr-Virus-Infekt im Hause der Beklagten vor. Sie klagte unter anderem über Gliederschmerzen und ein Muskelspannungsgefühl. Am 14.09.2007 wurde eine Elektromyographie durchgeführt. Ein Hinweis auf eine Myopathie ergab sich nicht. In dem Befund wurde vermerkt: „Derzeit kein sicherer Hinweis für eine Myopathie. Aufgrund der unklaren CK-Erhöhung Muskelbiopsie relativ indiziert“. Eine Muskelbiopsie wurde nicht durchgeführt. In dem Entlassungsbericht der Beklagten wurde vermerkt, dass sich kein sicherer Hinweis für eine Myopathie ergeben habe. „z.Zt.“ sei eine Muskelbiopsie nicht indiziert. Am 30.06.2008 wurde alio loco eine Biopsie durchgeführt. Diese erbrachte die Diagnose einer fokalen interstitiellen Myositis. Daraufhin wurde eine entsprechende Therapie eingeleitet. Trotzdem ist bei der Klägerin eine fettige Degeneration der Oberschenkel- und Rückenmuskulatur eingetreten. Die Klägerin hatte geltend gemacht, dass dieses Beschwerdebild durch eine Intervention bereits im September 2007 hätte verhindert werden können. Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, es liege zwar ein Befunderhebungsfehler vor, da angesichts der langjährigen Erhöhung der CK-Werte und der Beschwerden zumindest eine Muskel-MRT und ggf. eine Biopsie hätten stattfinden sollen. Eine Kausalität dieses Fehlers für die Muskelschädigung könne jedoch nicht festgestellt werden. Eine Beweislastumkehr komme nicht in Betracht, da kein grober Befunderhebungsfehler vorliege. Eine absolute Indikation für eine Muskelbiopsie habe aufgrund der unauffälligen EMG-Untersuchung und der unauffälligen klinischen Befunden nicht bestanden. Eine Beweislastumkehr nach einem einfachen Befunderhebungsfehler scheide aus, da nach den Angaben des Sachverständigen bei der gebotenen Abklärung der Symptome nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft dargestellt hätte.

Der BGH stellte fest, dass bei der Bewertung eines Fehlers als „grob“ alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. Diesem Umstand habe das Berufungsgericht nicht hinreichend Rechnung getragen. Das Vorbringen der Klägerin, das Unterlassen der Diagnostik beruhe nicht auf einer bewussten Entscheidung der Ärzte, sondern auf einem Organisationsfehler, sei gehörswidrig nicht berücksichtigt worden. Die Klägerin hatte ausgeführt, in den Krankenunterlagen sei aufgrund eines Übertragungsfehlers vermerkt worden, dass eine Muskelbiopsie „nicht indiziert“ sei. Dieses Vorbringen sei für die Bewertung des Behandlungsgeschehens erheblich. Erweise sich der Vortrag der Klägerin als zutreffend, hätte das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht das tatsächliche Behandlungsgeschehen, sondern einen fiktiven Sachverhalt zugrunde gelegt, nämlich, dass die behandelnden Ärzte über die Notwendigkeit der Muskelbiopsie aufgrund einer – tatsächlich nicht vorliegenden – Abwägung ihrer Chancen und Risiken entschieden haben. Der BGH hat das Berufungsurteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

### ***Befunderhebungsfehler***

Zur Abgrenzung zwischen einer therapeutischen Aufklärung<sup>10</sup> und einem Befunderhebungsfehler hat der **Bundesgerichtshof** mit Urteil vom 11.04.2017<sup>11</sup> festgestellt, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung des Patienten vorliegt, wenn es ein Arzt unterlässt, den Patienten über die Dringlichkeit der – ihm ansonsten zutreffend empfohlenen – medizinischen Maßnahmen zu informieren und ihn vor Gefahren zu warnen, die im Falle des Unterbleibens entstehen können.

In dem zu entscheidenden Fall stellte sich die Klägerin im Frühjahr 2007 bei der Beklagten zu einer gynäkologischen Krebsvorsorgeuntersuchung vor. Der zytologische Abstrich ergab einen PAP III-Befund und damit ein Ergebnis, das eine weitere Abklärung erforderlich machte. Die Beklagte übersandte der Klägerin am 07.06.2007 postalisch ein Rezept für das Medikament Clont (Vaginaltabletten), das u.a. zur Aufhellung des Zellbildes am Gebärmutterhalskanal dient. Die Klägerin erschien erst am 02.01.2008 wieder in der Praxis der Beklagten, weil sie ein Rezept für ein Verhütungsmittel benötigte. Am 29.01.2008 führte die Beklagte eine weitere Krebsvorsorgeuntersuchung durch, die erneut einen PAP III-Befund ergab. Die Beklagte übersandte der Klägerin wiederum jedenfalls ein Rezept für die genannten Clont-Tabletten. Ein am 21.08.2008 durchgeführter Abstrich ergab erneut einen PAP III-Befund, weshalb die Beklagte die Klägerin in eine Dysplasiepraxis überwies. Bei der dort durchgeführten Gewebeuntersuchung wurde ein Plattenepithelkarzinom der Zervix festgestellt. In der Folge wurde die Klägerin insgesamt vier Mal an der Gebärmutter operiert.

Die Klägerin hatte geltend gemacht, dass die Beklagte sie im Juni 2007 weder auf den PAP III-Befund noch auf die Notwendigkeit der zeitnahen Abklärung hingewiesen habe. Sie habe die Tabletten verwendet, sie sei aber von einer nicht kontrollbedürftigen Pilzerkrankung ausgegangen und deshalb nicht erneut bei der Beklagten vorstellig geworden. Bei einer früheren Abklärung hätten die durchgeführten Operationen vermieden werden können. Die Klägerin nahm die Beklagte aus materiellen und immateriellen Schadenersatz in Anspruch. Die Beklagte hat behauptet, sie habe die Klägerin mit der Übersendung des Rezepts im Juni 2007 über das Vorliegen eines kontrollbedürftigen Befundes unterrichtet und sie zur Wiedervorstellung aufgefordert.

Das Landgericht hatte die auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens gerichtete Klage abgewiesen. Das Kammergericht hat Klage zum Teil für begründet erachtet. Es hat angenommen, der Beklagten sei zunächst ein einfacher Behandlungsfehler vorzuwerfen, weil sie die Klägerin bei Übersendung des Rezepts im Juni 2007 nicht auf die Diagnose und die Dringlichkeit einer weiteren Abklärung hingewiesen habe. Die Klägerin habe aber nicht nachgewiesen, dass die Diagnoseverzögerung für den später eingetreten Schaden ursächlich geworden sei. Eine Haftung der Beklagten ergebe sich aber „über das Instrument der unterlassenen Befunderhebung“. Durch den – einfachen – Fehler der Beklagten sei es zu einer verzögerten Befunderhebung gekommen, was das Unterlassen einer zeitnah gebotenen Befunderhebung darstelle. Bei ordnungsgemäßer Befunderhebung hätte sich im Herbst 2007 ein reaktionspflichtiges Ergebnis gezeigt, auf das nicht zu reagieren grob fehlerhaft gewesen wäre, so dass sich die Beweislast zu Lasten der Beklagten umkehre. Die Behandlungsverzögerung von sechs Monaten sei kausal gewesen für die partielle Resektion des Gebärmutterhalses.

Der BGH hielt diese Erwägung nicht für tragfähig. Ein Befunderhebungsfehler könnte der Beklagten nicht vorgeworfen werden. Es lag vielmehr ein Fehler im Rahmen der therapeutischen Aufklärung vor, der nur dann eine Beweislastumkehr begründen kann, wenn er als grob zu qualifizieren ist. Die Grundsätze über die Beweislastumkehr nach einem einfachen Befunderhebungsfehler komme bei einem Fehler im Rahmen der therapeutischen Aufklärung nicht zur Anwendung.

Unterlässt es ein Arzt, den Patienten über die Dringlichkeit der – ihm ansonsten zutreffend empfohlenen – medizinischen gebotenen Maßnahmen zu informieren und ihn vor Gefahren zu warnen, die im Falle des Unterbleibens entstehen können, liegt grundsätzlich nur ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung des Patienten vor. Bei diesen Fällen liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ärztlichen Fehlverhaltens regelmäßig nicht in der



unterbliebenen Befunderhebung, sondern in dem Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolges. Nach der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass dem Rezept am 07.06.2007 ein Anschreiben an die Klägerin beigelegt gewesen ist, mit dem sie diese über das Vorliegen eines kontrollbedürftigen Befundes unterrichtet und zur Wiedervorstellung aufgefordert hatte. Wurde die Klägerin damit zutreffend über die medizinisch gebotene Maßnahme – eine weitere Kontrolle – informiert und fehlte lediglich der Hinweis auf die Dringlichkeit der Maßnahme, liegt kein Befunderhebungsfehler, sondern nur einen Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung vor. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts lässt sich die angenommene Pflichtverletzung der Beklagten auch nicht in einen Fehler im Rahmen der therapeutischen Aufklärung einerseits und einen Befunderhebungsfehler andererseits aufspalten. Vielmehr ist sie als einheitlicher Vorgang zu behandeln. Denn die unterbliebene zeitnahe Befunderhebung ist unmittelbar Folge der angenommenen unzureichenden therapeutischen Aufklärung, hier des fehlenden Hinweises auf die Dringlichkeit der weiteren Abklärung des Befundes.

Mit Beschluss vom 25.07.2017<sup>12</sup> hat der **Bundesgerichtshof** klagegestellt, dass eine mangelnde Mitwirkung des Patienten bei einer medizinisch gebotenen Befunderhebung einen Behandlungsfehler ausschließen kann. Die setzt allerdings voraus, dass der Arzt den Patienten über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Maßnahme informiert und der Patient die Information auch verstanden hat.

### ***Dokumentationspflicht***

Mit Beschluss vom 14.09.2017<sup>13</sup> hat das **Oberlandesgericht Dresden** eine für die Regulierungspraxis sehr relevante Entscheidung zur Überwindung von Dokumentationslücken getroffen. Der Senat stellte fest, dass ein Arzt auch im Rahmen seiner Parteianhörung die Vermutung entkräften kann, dass eine nicht in den Behandlungsunterlagen dokumentierte Untersuchung auch nicht erfolgt ist. Einer Parteivernehmung bedürfe es hierfür nicht. Wenn feststehe, dass es eine Untersuchung stattgefunden habe, reiche es aus, wenn der Arzt schildere, wie er in vergleichbaren Fällen regelmäßig vorgeht.

Die eineinhalbjährige Klägerin war mit ihren Eltern in der Kindernotfallambulanz der Beklagten am 02.02.2014 vorstellig geworden. Zwei Tage später war in einem anderen Klinikum eine Meningitis diagnostiziert worden. Die Parteien stritten sich nun, ob in der Kindernotfallambulanz bei der unstreitig erfolgten klinischen und orientierend neurologischen Untersuchung der Klägerin auch eine Nackensteifigkeitsuntersuchung durchgeführt worden

sei. Die Nackensteifigkeitsuntersuchung war unstrittig in den Behandlungsunterlagen nicht dokumentiert, vermerkt war lediglich der Befund „Ohren frei“. Der Beklagte hatte in seiner Parteianhörung erklärt, dass zu der durchgeführten Untersuchung routinemäßig auch die Prüfung der Nackensteife gehöre.

Der Senat ließ offen, ob hier eine Überprüfung auf eine Nackensteifigkeit überhaupt hätte dokumentiert werden müssen. Der Senat führte aus, dass die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB durch den Arzt dadurch entkräftet werden könne, dass er den Beweis des Gegenteils<sup>14</sup> führe. Dies könne auch durch Parteianhörung geschehen, wenn die Angaben des Arztes hinreichend glaubhaft und die Partei glaubwürdig erscheinen<sup>15</sup>. Ebenso wie bei einer streitigen Aufklärung, bei der es zur Überzeugungsbildung des Gerichts im Einzelfall ausreichen kann, wenn – etwa durch Zeugen, im Wege der Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO oder durch Parteianhörung nach § 141 ZPO – die ständige Praxis einer ordnungsgemäßen Aufklärung nachgewiesen wird, kann der Arzt auch durch den Nachweis einer gefestigten Untersuchungsroutine den Beweis für eine entsprechende Untersuchung im konkreten Einzelfall führen, wenn feststeht, dass es überhaupt eine solche Untersuchung gegeben hat.

Der Senat hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Berufungsgericht habe dem Kläger günstige Ausführungen des medizintechnischen und des urologischen Sachverständigen nicht berücksichtigt und unter Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs<sup>16</sup> angenommen, der Kläger habe einen Behandlungsfehler in Form fehlerhafter Lagerung nicht bewiesen. Der Kläger hatte geltend gemacht, dass es technisch nicht zu einer Verbrennung hätte kommen können, wenn er so gelagert worden wäre, wie die Beklagten behaupteten. Diese Behauptung wurde gestützt durch die Angaben des medizintechnischen Sachverständigen, wonach ein ungewollter Stromabfluss aus dem Körper des Patienten bei der Anwendung monopolarer HF-Chirurgie nur bei nicht ordnungsgemäßer Lagerung des Patienten zu Stande kommen könne, d. h. in Fällen, in denen der Patient Körperkontakt zu elektrisch leitfähigen geerdeten Teilen, entweder direkt oder indirekt über feuchtes Material habe. Auch der urologische Sachverständige hatte angegeben, dass eine Schädigung des Patienten nicht möglich sei, solange keine leitfähige Verbindung des Patienten zum Tisch und keine Ableitung von Strom erfolgen. Der Tisch sei hoch leitfähig, aber mit einer isolierenden Gel-Matte und Tüchern belegt, wodurch der Patient vor Stromabfluss gestützt werde. Es müsse physikalisch ein Strom geflossen sein, der durch das Laken in den Tisch abgeleitet worden ist. Bei dieser Sachlage lag für den BGH die Annahme nahe, dass die – vom Berufungsgericht als eine mögliche Schädigungsursache angenommen – Verbrennung des Klägers sicher hätte

vermieden werden können, wenn er auf einer dauerhaft nicht leitfähigen, das heißt auch nach dem Verbleiben von Spülflüssigkeit oder dem intraoperativen Austritt von Körperflüssigkeiten wie Schweiß nicht leitfähig bleibenden Unterlage gelagert worden wäre. Diese Frage hätte das Berufungsgericht aufklären müssen. Treffe diese Annahme zu, so hätte sich ein Risiko verwirklicht, dass von der Behandlungsseite voll hätte beherrscht werden können und müssen. Dann hätten die Beklagten beweisen müssen, dass sie alle erforderlichen organisatorischen und technischen Vorkehrungen ergriffen haben, um dieses Risiko zu vermeiden<sup>17</sup>. Rechtsfehlerhaft sei darüber hinaus die Alternativbeurteilung des Berufungsgerichts, ein Behandlungsfehler sei auch dann nicht feststellbar, wenn beim Kläger kein Verbrennungs-, sondern ein Lagerungsschaden im engeren Sinne aufgetreten sei. Das Berufungsgericht habe verkannt, dass nach Operationen entstandene Lagerungsschäden grundsätzlich als vollbeherrschbar gelten, mit der Folge, dass sich die Behandlungsseite von der Fehlervermutung entlasten muss. Die technisch richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch und die Beachtung der dabei zum Schutz des Patienten vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden ärztlichen Regeln sind Maßnahmen, die dem Risikobereich des Krankenhauses und dem ärztlichen Bereich zuzuordnen sind und von diesem vollbeherrschbar sind<sup>18</sup>.

Das Urteil stellt klar, dass bei Lagerungsschaden grundsätzlich der Anwendungsbereich des vollbeherrschbaren Risikos eröffnet ist, wenn feststeht, dass die Schädigung bei Einhaltung der erforderlichen Maßnahmen zu verhindern gewesen wäre. Der BGH hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass etwaige erkennbare Risikofaktoren in der Konstitution des Patienten prä- und intraoperativ bei der Lagerung berücksichtigt werden müssen und die Behandlungsseite bei Eintritt eines Schadens nicht entlasten können.

### ***Schmerzensgeld***

Die Schmerzensgeld Diskussion in Deutschland ist durch ein interessantes Urteil des **OLG Hamm** vom 04.04.2017<sup>19</sup> bereichert worden. Die Entwicklung der Schmerzensgelder in Geburtsschadensfällen ist schon oft dargestellt<sup>20</sup>. Das Urteil des OLG Hamm spricht für eine wichtige Modifikation bei der Berechnung von Schmerzensgeldern bei Schwerstschäden, insbesondere Geburtsschäden. Der im Jahre 2007 geborene Kläger erlitt infolge fehlender dauernd gebotener CTG-Überwachung und Überschreiten der sogenannten EE-Zeit von 20 Minuten um fast das Doppelte einen fehlerbedingten hypoxischen Hirnschaden. Er kann allenfalls die Stufe eines sieben bis achten Jahre alten Kindes erreichen; es liegt eine expressive Sprachentwicklungsstörung mit Schwächen beim Sprachverständnis vor, ebenso bei Sprechvermögen. Motorisch wird der Kläger nicht einmal die Stufe eines sieben bis acht Jahre alten Kindes erreichen. Die feinmotorischen Abläufe und Motorik sind gestört; der

Kläger kann laufen und Fahrrad fahren; eine schadensbedingte Epilepsie ist medikamentös eingestellt. Der Kläger wird feststellen, dass er ein geistiges Defizit gegenüber anderen Menschen hat, was zu einem besonderen Leidensdruck führen wird. Es ist nicht vorstellbar, dass der Kläger jemals alleine leben können.

Der Senat hat ein Schmerzensgeld in Höhe von 250.000,00 € als angemessen angesehen, und zwar im Wesentlichen mit der Begründung, dass bei entsprechender Förderung die Stufe eines sieben bis acht jährigen Kindes erreicht werden kann. Jäger kritisiert<sup>21</sup>, dass der Senat die Rechtsprechung des BGH zu höheren Schmerzensgeldern, wenn der Verletzte sich seiner Beeinträchtigung bewusst ist und deshalb im besonderen Maße leide, nicht hinreichend berücksichtigt hat. Das Urteil kann entgegen der Auffassung von Jäger durchaus als angemessene Begrenzung des Schmerzensgeldanspruchs in Geburtsschadensfällen verstanden werden, wenn eine Persönlichkeitsstörung nicht eingetreten ist.

Mit Urteil vom 14.03.2017<sup>22</sup> hat der **Bundesgerichtshof** klargestellt, dass mehrere Behandlungsfehler, die Ärzten im Rahmen eines einheitlichen Behandlungsgeschehen (Operation und Nachbehandlung) unterlaufen, einen einzigen einheitlichen Schmerzensgeldanspruch begründen, der nicht in Teilbeträge zum Ausgleich einzelner Behandlungsfehler aufgespalten werden kann.

Der geltend gemachte Schmerzensgeldanspruch bilde auch keinen teilbaren Streitgegenstand in dem Sinne, dass auf die verschiedenen, den Ärzten bei der Operation unterlaufenden Behandlungsfehler unterschiedlichen Schmerzensgeldbeträge entfielen und diese einer gesonderten rechtlichen Beurteilung zugänglich wären. Nicht jeder Behandlungsfehler zieht einen eigenständigen Schmerzensgeldanspruch nach sich. Mehrere Behandlungsfehler, die den Ärzten im Rahmen derselben Operation unterlaufen, begründen vielmehr nur einen einzigen einheitlichen Schmerzensgeldanspruch, dessen Höhe aufgrund einer ganzheitlichen Betrachtung der prägenden Umstände zu bemessen ist.

### ***Gesamtschuldnerausgleich***

Das Urteil des **OLG Naumburg** vom 24.03.2017<sup>23</sup> beschäftigt sich mit einer in der Regulierungspraxis wichtigen Frage, nämlich mit dem Gesamtschuldnerausgleich zwischen Krankenhausträger und dessen Versicherer sowie Honorararzt und dessen Versicherer. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig<sup>24</sup>. Konkret behandelt das Urteil den Fall der fehlerhaften Indikationsstellung und Aufklärung des Patienten in der Praxis des Honorararztes und die daraufhin rechtswidrig, aber zusätzlich auch fehlerhaft ausgeführte Operation im Krankenhaus sowie die sich daraus ergebenden Rückgriffsprobleme für die

hinter den Leistungserbringern stehenden Haftpflichtversicherer. Aus Sicht des Senats bilden alle Elemente - Indikationsstellung, Operationsaufklärung und Operationsdurchführung - eine untrennbare Einheit, die ihren Schwerpunkt im operativen Teil hat. Ohne den späteren operativen Eingriff hätte weder eine behauptet fehlerhafte Indikationsstellung zugunsten einer Operation noch eine fehlerhafte Operationsaufklärung zu einer von der Klägerseite behaupteten primären Gesundheitsschädigung des Patienten führen können. Ein Rückgriff des Krankenhausträgers bzw. seines Versicherers gegenüber dem Honorararzt scheidet demnach im Gesamtschuldverhältnis der Leistungserbringer aus.

Mit der Frage, wann die Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm erstatteten Urteils geboten ist, befasste sich der **Bundesgerichtshof** in einem Beschluss vom 30.05.2017<sup>25</sup>. Der Senat hat festgestellt, dass es nicht darauf ankomme, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob ein solcher von einer Partei nachvollziehbar dargetan ist. Jede Partei habe einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann. Hat das Erstgericht einem rechtzeitig gestellten Antrag auf Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens nicht entsprochen, so muss das Berufungsgericht dem im zweiten Rechtszug wiederholten Antrag stattgeben.

In dem entschiedenen Fall hatte die Klägerin bereits im ersten Rechtszug die Anhörung des Sachverständigen beantragt und aufgezeigt, worin sie Erläuterungsbedarf sah. In der Berufungsbegründung hat sie die unterlassene Anhörung des Sachverständigen gerügt und ihren Anhörungsantrag wiederholt. Das Berufungsgericht sah trotzdem keinen Grund, den Sachverständigen anzuhören. Diese Beurteilung hatte keinen Bestand. Der BGH hat die angefochtene Entscheidung wegen Verletzung rechtlichen Gehörs gemäß § 544 Abs. 7 aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der BGH bestätigt mit dieser Entscheidung vollumfänglich seine bisherige Rechtsprechung, wonach jeder Prozesspartei zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs gemäß §§ 307, 402 ZPO das Recht zusteht, einen Sachverständigen zu seinem schriftlichen Gutachten mündlich zu befragen. Dies gilt auch dann, wenn die schriftliche Begutachtung aus Sicht des Gerichts ausreichend überzeugend ist. Dementsprechend muss der Tatrichter einem Antrag der Partei, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, stattgeben, es sei denn, der Antrag ist verspätet oder rechtsmissbräuchlich gestellt.

## **Verjährung**

Eine bedeutende Entscheidung hat der **Bundesgerichtshof** mit Urteil vom 17.01.2017<sup>26</sup> getroffen. Seit geraumer Zeit war umstritten, ob der Eintritt der Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. eine Zustimmung des Arztes oder der Haftpflichtversicherung zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens voraussetzt. Der BGH hat diese Frage dahingehend entschieden, dass eine Zustimmung des Arztes bzw. des Haftpflichtversicherers zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens nicht erforderlich ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Schlichtungsverfahren nach der Verfahrensordnung der jeweiligen Schlichtungsstelle nur dann durchgeführt wird, wenn Arzt und Haftpflichtversicherer der Durchführung des Verfahrens zustimmen.

---

<sup>1</sup> VI ZR 203/16

<sup>2</sup> § 138 BGB, 228 StGB

<sup>3</sup> I-26 U 59/16

<sup>4</sup> 7 U 90/15

<sup>5</sup> Hinweisbeschluss vom 25.09.2017 - 5 U 427/17

<sup>6</sup> vgl. BGH, NJW 2012, 1730

<sup>7</sup> vgl. bereits BGH, MedR 1983, 107, 108 unter II. 2. b)

<sup>8</sup> OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 20.02.2017 – 3 U 1349/16

<sup>9</sup> VI ZR 173/17

<sup>10</sup> § 630c BGB

<sup>11</sup> VI ZR 576/15

<sup>12</sup> VI ZR 103/17

<sup>13</sup> 4 U 975/17

<sup>14</sup> § 292 ZPO

<sup>15</sup> OLG Koblenz, VersR 2017, 353

<sup>16</sup> Art. 103 Abs. 1 GG

<sup>17</sup> vgl. BGH, Beschluss vom 16.08.2016 – VI ZR 634/15

<sup>18</sup> vgl. bereits BGH, Urteil vom 24.01.1984 – VI ZR 203/82 und Beschluss vom 20.09.2011 – VI ZR 5/11

<sup>19</sup> 26 U 88/16, Beck RS 2017, 1088, 21 mit Anlage Jäger in VersR 2017, 1019

<sup>20</sup> vgl. zuletzt Höke, Die Schmerzengelddiskussion in Deutschland: Bestandsaufnahme und europäischer Vergleich, NZV 2014, 1

<sup>21</sup> VersR 2017, 1022 f.

<sup>22</sup> VI ZR 605/15

<sup>23</sup> 1 U 109/16, GesR 2017, 733 f.

<sup>24</sup> Az des BGH: VI ZR 151/17

<sup>25</sup> VI ZR 439/16

<sup>26</sup> VI ZR 239/15