



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft  
Medizinrecht

---

# 18. Herbsttagung

vom 26. bis 27. Oktober 2018 in Salzburg

---

Arbeitsgruppe Arzthaftungsrecht

**Aktuelle Rechtsprechung in der Arzt- und  
Krankenhaustaftpflicht 2018**

---

Rechtsanwalt Prof. Dr. Karl Otto Bergmann  
Hamm

---

# Aktuelle Rechtsprechung zum Arzt- und Krankenhausträgerhaftungsrecht

## I. Halbjahr 2018

**Professor Dr. Karl-Otto Bergmann, Fachanwalt für Medizin-, Versicherungs- und Verwaltungsrecht, Hamm/Münster**

Die Rechtsprechungsübersicht erfasst wichtige Urteile und Beschlüsse des 1. Halbjahres 2018, und zwar des BGH und der Obergerichte. Sie schließt an die früheren Übersichten im ZMGR 2018, 213 ff.; ZMGR 2015, 175 und ZMGR 2015, 293 an.

In den Berichtszeitraum fällt das grundlegende Urteil des BGH vom 13.03.2018 - VI ZR 151/17 - zum Gesamtschuldnerausgleich zweier Heilwesensversicherer. In mehreren Entscheidungen hat der BGH der Gehörsrüge zum Erfolg verholfen und gemäß § 544 Abs. 7 ZPO einen Nichtzulassungsbeschluss aufgehoben, wenn der Tatrichter den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt hat. Im Übrigen befassen sich vor allem die Entscheidungen der Obergerichte in gewohnten Bahnen mit den Grundfragen des Arzthaftungsrechts, vor allem Standardfragen, Haftung aus unterlassener Befunderhebung oder Verletzung der Aufklärungspflicht. Interessant sind vor allem zwei Entscheidungen des OLG Dresden und OLG Hamm zur Aufklärungspflicht bei Off-label-use und Neulandmethode, Verfahrens- und Verjährungsfragen runden die Übersicht für das 1. Halbjahr 2018 ab.

### Diagnosefehler

Das **OLG Frankfurt** nahm in einem **Urteil vom 06.03.2018<sup>1</sup>** zu den **notwendigen Diagnosemaßnahmen bei Wiedervorstellung** eines an Stuhlverhalt leidenden Patienten mit Querschnittslähmung Stellung. Die Ehefrau des verstorbenen Patienten forderte Ersatz der Beerdigungskosten und Zahlung eines angemessenen

---

<sup>1</sup> 8 U 198/15 – juris

Schmerzensgeldes wegen eines Behandlungsfehlers von dem beklagten Krankenhausträger. Der verstorbene Patient war bereits zuvor in der Klinik zur Behandlung eines Stuhlverhalts gewesen. Auch im Rahmen der streitgegenständlichen Behandlung klagte der Patient über Bauchschmerzen und hatte über mehrere Tage keinen Stuhlgang. Die Ärzte behandelten nach einer Magenspiegelung den Stuhlverhalt und veranlassten keine weiteren diagnostischen Maßnahmen. Nach Auffassung der Klägerin sei dies fehlerhaft, schon zu diesem Zeitpunkt wäre die später tödlich verlaufende Gallenblasenentzündung durch eine Sonografie oder ein Abdomen-CT erkennbar gewesen. Das Gericht ging dagegen nicht von einem Behandlungsfehler aus. Wenn ein querschnittsgelähmter Patient in der Vergangenheit schon mehrfach mit Stuhlverhalten sich in Behandlung begeben hat und auch am fraglichen Tag entsprechende Symptome hatte, konnten die Ärzte zulässigerweise von dem erneuten Vorliegen eines Stuhlverhalts ausgehen und mussten keine weiteren Diagnosemaßnahmen treffen, auch weil es keine weiterführenden Anhaltspunkte gab.

### **Standard**

Das **OLG Köln** hat mit **Beschluss v. 22.01.2018**<sup>2</sup> entschieden, dass auch ein Chefarzt „nur“ eine Behandlung nach dem Facharztstandard schuldet und ein darüberhinausgehender „**Chefarztstandard**“ nicht existiert. Die Klägerin wurde nach einem Fahrradunfall mittels RTW in das durch die Beklagte betriebene Krankenhaus mit einer Beckenringfraktur und einer Humerusmehrfragmentfraktur eingeliefert. Höhere Anforderungen an die Behandlung durch einen Chefarzt seien abzulehnen und ergaben sich auch nicht aus der Rechtsprechung des BGH. Zwar habe dieser in einer von der Klägerin zitierten Entscheidung<sup>3</sup> in Ziff. 25 eine dahingehend interpretierbare Aussage getroffen ("Dem Patienten geht es also darum, sich über den Facharztstand hinaus ... die Leistungen hochqualifizierter Spezialisten "hinzuzukaufen".) Der Kläger misst der Entscheidung aber eine Bedeutung zu, die sie ersichtlich nicht hat. Der BGH hat sich im Rahmen der Entscheidung vielmehr mit

---

<sup>2</sup> I-5 U 101/17 – juris

<sup>3</sup> Urteil vom 16.10.2014, III ZR 85/14 – juris

der Auslegung des §17 Abs.3 S. 1 KHEntgG beschäftigt und keineswegs einen „Chefarztstandard“ entwickeln wollen.

Nach einem **Urteil des OLG Hamm vom 09.01.2018<sup>4</sup>** ist es nicht behandlungsfehlerhaft, wenn zur Abklärung eines unklaren Herdbefundes in der Brust einer Patientin eine **offene Biopsie** erfolgt, wenn diese im Vergleich zur ebenfalls in Betracht kommenden **Stanzbiopsie** die größere diagnostische Sicherheit bietet. Nach Feststellungen des Gerichts ist eine entsprechende Stanzbiopsie angesichts mehrfacher Voroperationen der Klägerin im Bereich der Brust und wegen der geringen Größe des Befundes hochaufwändig gewesen und hätte nur durch einen hochspezialisierten Behandler erfolgen können, sodass kein Behandlungsfehler vorlag.

### **Organisationsverschulden**

Ein niedergelassener Gynäkologe muss die **Praxisabläufe** so **organisieren**, dass entweder das nichtärztliche Personal, welches ein CTG bei einer Schwangeren durchführt, so geschult ist, dass es grobe Auffälligkeiten erkennt und entsprechend den behandelnden Arzt informiert oder der Arzt selbst zeitnah nach Beendigung des CTG eine Erstsicht auf grobe Pathologien vornimmt. Hieran ändert sich auch nichts, wenn das CTG ohne Indikation und in Abweichung zu den Mutterschaftsrichtlinien erfolgt ist. Zu diesem Ergebnis kam der 3. Zivilsenat des **OLG Hamm** in seinem **Urteil von 19.03.2018<sup>5</sup>**. Der Kläger machte gegen einen niedergelassenen Facharzt für Gynäkologie Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Behandlung seiner Mutter geltend, die bei ihm zu schweren, dauerhaften körperlichen und geistigen Schäden geführt haben sollen. Im Rahmen eines bei der Mutter geschriebenen CTG ergaben sich in Form eines „silenten CTG“ eindeutige Hinweise auf eine Sauerstoffunterversorgung des Kindes, die Befundung erfolgte jedoch erst etwa eine  $\frac{3}{4}$  Stunde später. Im Rahmen dieser Behandlung ist dem Gynäkologen zudem ein weiterer Behandlungsfehler unterlaufen. Nach Erkennen der

---

<sup>4</sup> 26 U 21/17 – juris

<sup>5</sup> I-3 U 63 /15, – juris

Sauerstoffunterversorgung des Kindes wäre ein sofortiger, schnellstmöglicher Transport der Mutter in eine geeignete Klinik mittels RTW erforderlich gewesen. Der Gynäkologe hat der Mutter dagegen ein eigenständiges Aufsuchen der Klinik angeraten, wobei die genauen Aussagen streitig geblieben sind. Im Rahmen dieser Einweisung der Mutter hat der Arzt zudem – wiederum behandlungsfehlerhaft – selbst bei Zugrundelegung des Vortrags des Arztes die Dringlichkeit des Aufsuchens der Klinik nicht ausreichend deutlich gemacht. Der bloße Hinweis darauf, dass es dem Kind nicht gut gehe, war nach Auffassung des Gerichts und der Sachverständigen nicht ausreichend, um die hohe Gefahr schwerer Schädigungen des Kindes zu verdeutlichen. Bei Gesamtbetrachtung dieser drei einzelnen Behandlungsfehler ist das Verhalten des Arztes insgesamt als grob behandlungsfehlerhaft zu bewerten. Infolge der Beweislastumkehr musste der Gynäkologe die fehlende Kausalität der Pflichtverletzung nachweisen, was diesem nicht gelungen ist. Dem geschädigten Kind wurde ein Schmerzensgeld von 400.000€ zugesprochen.

Es ist immer wieder fraglich, welche invasiven Maßnahmen allein durch einen Assistenzarzt unter Aufsicht eines Facharztes zulässigerweise erfolgen dürfen und inwieweit es diesbezüglich einer besonderen Aufklärung des Patienten bedarf. In Bezug auf die Durchführung einer Muskelbiopsie des Musculus quadriceps hat das **OLG Köln mit Urteil v. 29.01.2018<sup>6</sup>** entschieden, dass eine entsprechende **Biopsie** auch **durch einen Assistenzarzt unter Aufsicht** erfolgen darf und es hierfür keiner gesonderten Aufklärung bedarf. Der Eingriff sei niedrig-komplex und könne von daher auch durch Berufsanfänger erfolgen. Auch eine Aufklärung ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH nicht nötig. Soweit die zu fordernde Qualität der ärztlichen Behandlung wegen der Beteiligung eines Berufsanfängers nicht gewahrt ist, ist der Patient schon durch die Haftung für Behandlungsfehler geschützt.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> 5 U 50/17 – juris

<sup>7</sup> mit Verweis auf BGH, Urteil v. 27.09.1983, VI ZR 230/81 – juris

## Befunderhebungsfehler

Eine unter mehreren haftungsrechtlichen Aspekten lesenswerte Entscheidung des **OLG Karlsruhe vom 17.05.2018<sup>8</sup>**, beschäftigt sich mit der Abgrenzung der therapeutischen Aufklärung vom Befunderhebungsfehler und kommt zu dem Ergebnis, dass das **Unterlassen der Wiedereinbestellung eines Patienten zu einer medizinisch gebotenen weiteren Diagnostik** nicht nur einen Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung, sondern auch einen Befunderhebungsfehler darstellen kann. Das klagende Kind war der beklagten Ärztin von ihrer Mutter vorgestellt worden mit aufgetretenen hohen Fieber um die 39° C unter Gabe des fiebersenkenden Mittel Nurofen und dennoch bestehenden heftigen Ruheschmerzen. Der Senat hat nach erneuter Beweisaufnahme - anders als das Landgericht - die Auffassung vertreten, es sei eine kurzfristige Wiedervorstellung der Klägerin zur weiteren Befunderhebung und Abklärung, ob bei nicht hinreichend klarem Krankheitsbild die gegenüber dem Hüftschnupfen mögliche, erheblich schwerere Krankheit in Gestalt einer septischen Arthritis vorlag, geboten gewesen.<sup>9</sup>

Im Hinblick auf den Umstand, dass der Beklagten von Fieber berichtet worden war und das Fieber und Schmerzen durch die Gabe von Nurofen zu deren Zeitpunkt unterdrückt sein konnten, war es geboten, das Kind im Sinne einer weitergehenden Diagnostik kurzfristig noch am selben Mittag wiedereinzubestellen zur weiteren Abklärung. Die Ärztin hätte die Untersuchung vom Vormittag wiederholen müssen zur Prüfung der passiven Beweglichkeit der Hüfte und der Möglichkeit einer Rotation. Bei nicht eindeutiger klinischer Analyse hätte die Ärztin eine Labordiagnostik machen müssen. Infolgedessen hat sie die gebotene Befunderhebung am Nachmittag unterlassen und die Mutter der Klägerin unzutreffend über das medizinisch gebotene weitere Vorgehen informiert. Unterbleibt der gebotene Rat zu einer zweifelsfrei bzw. medizinisch gebotenen diagnostischen Maßnahme, ist das hierin liegende Unterlassen regelmäßig als Befunderhebungsfehler zu behandeln. Der Schwerpunkt

---

<sup>8</sup> 7 U 32/17 juris

<sup>9</sup> vgl. auch OLG Hamm, KHE 2016/18, juris Tz. 55; OLG Stuttgart, VersR 1991, 821 f., juris Tz 4 ff.; Staudinger/Hager (2009), BGB § 823 Rn. I 23 m. w. N.

der Vorwerfbarkeit des ärztlichen Fehlverhaltens liegt dann nicht in einer unterlassenen Befunderhebung als solcher, sondern in dem Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolges.<sup>10</sup> Auch eine nicht grob fehlerhafte Unterlassung der Befunderhebung führt gemäß § 631a Absatz 5 S. 2 BGB zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde und diese Fehler generell geeignet sind, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen.<sup>11</sup> Einen solchen fiktiven groben Behandlungsfehler bejaht der Senat sachverständig beraten, es hätte nämlich eine Einweisung in ein Krankenhaus vorgenommen werden müssen. Der Senat verkennt nicht, dass ausnahmsweise eine Beweislastumkehr nicht greift, wenn der Ursachenzusammenhang grundsätzlich, gänzlich bzw. in hohem Maße unwahrscheinlich ist, wobei die Beweislast dafür der Behandlerseite obliegt.<sup>12</sup> Diesen Beweis hat die beklagte Ärztin jedoch nicht geführt. Andererseits kann, so das OLG Karlsruhe, dem Patienten die Nichtbefolgung ärztlicher Anweisungen oder Empfehlungen mit Rücksicht auf den Wissens- und Informationsvorsprung des Arztes gegenüber dem medizinischen Laien als Obliegenheitsverletzung oder Mitverschulden angelastet werden, wenn er diese Anweisungen oder Empfehlungen auch verstanden hat.<sup>13</sup> Hier hatte die Ärztin lediglich erklärt, die Mutter solle mit dem Kind früher als in zwei Tagen wiederkommen, wenn eine Verschlechterung eintrete. Dies reicht nicht aus, die Ärztin hätte die Mutter der Klägerin darauf hinweisen müssen, für welchen Fall der Verschlimmerung der Beschwerden eine frühere Wiedervorstellung geboten war. Das Gericht stellt also strenge Sorgfaltsanforderungen an die Beratungspflicht des Arztes bei unklarem Gesundheitsbild.

---

<sup>10</sup> BGH VersR2017, 888; BGH NJW 2016, 563 f.; OLG Oldenburg VersR 2017, 1084; Martis/Winkhart/Martis, MDR 2017, 925, 929

<sup>11</sup> BGH VersR 2014, 247 ff.; Palandt/Sprau, BGB, 77. Auflage, 630h Rn. 12

<sup>12</sup> BGH NJW 2004, 2011; VersR 2004, 645, 647

<sup>13</sup> vgl. BGH NJW 2009, 2828 ff.

## Patientenaufklärung und Einwilligung

Das **OLG Dresden** beschäftigt sich in einem **Urteil vom 15.05.2018**<sup>14</sup> mit der **Indikation und Aufklärungspflicht** bei Verwendung für Kinder nicht zugelassener Medikamente in der Kindertherapie. Der 13 Jahre alte Kläger behauptet, eine für Kinder nicht zugelassene und auch in zu hoher Dosis vorgenommene Schmerztherapie habe zu dauerhaften Schädigungen, insbesondere in Form neurologischer Ausfälle, Zittern und Wortfindungsstörungen geführt. Auch bei der Schmerztherapie handelt es sich um eine ärztliche Behandlung, bei der der Arzt dem Patienten regelmäßig die fachgerechte, dem wissenschaftlichen Stand entsprechende Behandlung mit den dazugehörigen Sorgfaltspflichten schuldet. Was den „**Off-label-use**“ eines Arzneimittels betrifft, so kann das Arzneimittel dennoch angewandt werden, wenn entweder eine Erweiterung der Zulassung des jeweiligen Arzneimittels bereits beantragt ist und die Ergebnisse einer kontrollierten klinischen Prüfung der Phase 3 veröffentlicht sind oder aber außerhalb eines Zulassungsverfahrens gewonnenen Ergebnisses veröffentlicht sind, die über Qualität und Wirksamkeit des Arzneimittels in dem neuen Anwendungsgebiet zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen zulassen und aufgrund deren in den einschlägigen Fachkreisen Konsens über einen voraussichtlichen Nutzen im vorgenannten Sinne besteht. Vor allem wenn für Kinder zugelassene Alternativmedikamente fehlen und im Rahmen einer auf den Einzelfall bezogenen Abwägung das Risiko der Nichtanwendung des Medikaments die Risiken ihres Einsatzes überwiegt, ist eine Indikation zu bejahen.<sup>15</sup> U. U. kann dann sogar die Nichtverwendung des Off-label einzusetzenden Medikaments, das Mittel der Wahl ist, grob fehlerhaft sein.<sup>16</sup> Ist, wie in diesen Fällen häufiger, die Aufklärung defizitär, muss immer noch der Patient beweisen, dass der von ihm behauptete Gesundheitsschaden gerade auf der Behandlung beruht, die mangels

---

<sup>14</sup> 4 U 248/16 – juris

<sup>15</sup> OLG Naumburg, Urteil v. 11.07.2006, 1 U 1/06

<sup>16</sup> Martis/Winkhart Arzthaftungsrecht Rn. B37



ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrig war – hier also auf der Medikamentengabe.<sup>17</sup>

Gleich mehrere interessante Gesichtspunkte enthält der Beschluss des **OLG Dresden vom 28.03.2018**.<sup>18</sup> In prozessualer Hinsicht stellt der Beschluss klar, dass der Vorwurf eines **Aufklärungsfehlers** und der eines **Behandlungsfehlers** **zwei unterschiedliche Streitgegenstände** darstellen, sodass sich die Berufungsbegründung auch auf beide Streitgegenstände beziehen muss. Den Anforderungen an eine solche Begründung nach §520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 3 ZPO genügt dabei nicht die formelhafte Begründung, eine Behandlung habe „nicht dem Facharztstandard“ entsprochen. Weiterhin enthält der Beschluss mehrere rechtliche Aussagen über die Patientenaufklärung. Eine Aufklärung über ein bloßes Abwarten als Behandlungsalternative ist nur dann notwendig, wenn ein solches zumindest ähnliche Chancen hat wie die beabsichtigte invasive Maßnahme. Weiterhin ist eine Verletzung des Nervus tibialis/suralis von dem im Rahmen der Risikoaufklärung für ein arthroskopisches Débridements einer Kreuzbandruptur und der operativen Entfernung einer Bakerzyste erfolgten Hinweis auf die Gefahr einer Nervverletzung erfasst. Das Risiko einer entsprechenden Verletzung sei nach Bekundung des Sachverständigen bei beiden Eingriffen vergleichbar, sodass auch nicht näher auf das unterschiedliche Risiko der Verletzung in den miteinander verbundenen Eingriffen eingegangen werden musste.

Das **OLG Hamm** beschäftigte sich in einem **Urteil vom 23.03.2018**<sup>19</sup> im Rahmen eines Berufungsurteils mit den Anforderungen an die **therapeutische Sicherungsaufklärung** und deren Abgrenzung von der Risikoaufklärung. Der Kläger wurde durch einen bei der Beklagten beschäftigten Arzt im Bereich des Schultergelenks mittels Injektion mit Lederlon 20 und Bucain behandelt, wie es bereits zuvor mehrfach erfolgt war. Kurz nach der Injektion traten neurologische Symptome im Bereich des linken Beins auf, die der Sekretärin des behandelnden

---

<sup>17</sup> vgl. BGH, Urteil v. 27.03.2008 – VI ZR 69/07

<sup>18</sup> 4 U 23/18 – juris

<sup>19</sup> I-26 U 125/17 – juris

Arztes mitgeteilt worden seien. Diese habe ihm mitgeteilt, dass der Kläger nach einer zweistündigen Wartezeit ohne Wiedervorstellung selbstständig nach Hause fahren könne. Demgegenüber hat sich die Beklagte dahingehend eingelassen, dass nach Ablauf der Wartezeit eine erneute Vorstellung geplant war. Nachdem der Kläger die Klinik ohne erneute Vorstellung verlassen hatte, stürzte der Kläger und zog sich eine Außenknöchelfraktur zu. Die Aufklärung über eine **erneute Wiedervorstellung** nach Ablauf der Wartezeit stellt einen Fall der therapeutischen Sicherungsaufklärung dar, die der Sicherung des Heilerfolgs dient. Die davon abzugrenzende Risikoaufklärung, die vor der Behandlung zu erfolgen hat und die Entscheidung des Patienten über die Durchführung der Behandlung ermöglichen soll, ist in diesem Fall nicht relevant. Nach erneuter Beweisaufnahme kam das Gericht zu der Überzeugung, dass der Kläger nicht beweisen konnte, dass ihm die Notwendigkeit einer Wiedervorstellung nicht deutlich gemacht wurde. Eine Beweislastumkehr ist im Rahmen der therapeutischen Aufklärung nicht anzuerkennen, sodass den Kläger die volle Beweislast trifft. Die Berufung des Klägers wurde daher zurückgewiesen.

Die **wörtliche Risikobeschreibung in ärztlichen Aufklärungsbögen** muss nach einer Entscheidung des **OLG Frankfurt vom 20.02.2018<sup>20</sup>** nicht den Häufigkeitsdefinitionen des Medical Dictionary for Regulatory Activities (MedDRA), welche in Medikamentenbeipackzetteln Verwendung finden, orientieren. Das OLG nahm dabei Bezug auf das insoweit herrschende Schrifttum<sup>21</sup> und wandte sich gegen eine entsprechende Entscheidung des OLG Nürnberg.<sup>22</sup> Die Med-DRA Definitionen entsprechen hiernach nicht der Alltagssprache, sodass der Patient nicht zwischen einem seltenen Risiko (bis zu einem von 1000 Patienten) und einem sehr seltenen Risiko (bis zu einem von 10.000 Patienten) unterscheide. Die Bezeichnung eines Risikos als „gelegentlich“ in Rahmen eines Aufklärungsgesprächs ist von daher auch dann nicht verharmlosend, wenn das Risiko tatsächlich häufiger auftritt, als es bei Zugrundelegung der Med-DRA Definition zu erwarten gewesen wäre.

---

<sup>20</sup> 8 U 78/16 – juris

<sup>21</sup> Gödicke, MedR 2016, 347, 348; Martis/Winkhart-Martis, MDR 2017, 858, 866; Bergmann/Wever, MedR 2016, 37

<sup>22</sup> Urt. v. 30.4.2015, 5 U 2282/13 – juris

Das **OLG Hamm** hat mit **Urteil vom 23.01.2018**<sup>23</sup> eine interessante Entscheidung zum Umfang der **Aufklärungspflicht** bei Anwendung eines noch keine Standardmethode darstellenden Operationsverfahrens getroffen. Als Behandlung einer Belastungsharninkontinenz schlug der behandelnde Arzt die Einbringung eines Netzes als Behandlungsmethode vor, welche nicht die Standardbehandlung darstellt und zu diesem Zeitpunkt in Deutschland noch „**Neulandmethode**“ war. Infolge der Behandlung traten bei der späteren Klägerin deutliche Schmerzen und eine restliche Harninkontinenz auf. Daraufhin wurde das Netzgewebe zunächst gespalten und in weiteren vier Operationen weitere Teile des Netzes entfernt. Ein Aufklärungsfehler ergab sich hier nach den Feststellungen des Gerichts nicht schon dadurch, dass keine ausreichende Aufklärung über die Behandlungsalternativen erfolgt ist. Vielmehr wurden der Klägerin die Unterschiede zwischen den bisherigen Standardverfahren und dem beabsichtigtem neuen Verfahren deutlich gemacht. Allerdings fehlte im Rahmen der Risikoaufklärung ein Hinweis darauf, dass die OP zu diesem Zeitpunkt noch keine Standardoperation war und es bisher nur geringe Erfahrungen mit ihr gab und die klinische Erprobungsphase noch nicht abgeschlossen war. Aufgrund der zu diesem Zeitpunkt noch nicht absehbaren Operationsrisiken wäre ein expliziter Hinweis auf die Unsicherheit hinsichtlich etwaiger Komplikationen nötig gewesen. Infolge dieser mangelhaften Aufklärung bestand keine wirksame Einwilligung der Patientin, sodass ihr der Senat vor dem Hintergrund der massiven und dauerhaften gesundheitlichen Folgen ein Schmerzensgeld von 35.000 € zusprach.

Das **OLG Dresden** beschäftigte sich in einem **Beschluss vom 04.01.2018**<sup>24</sup> mit dem Umfang der Aufklärungspflichten hinsichtlich des Risikos eines Fehlschlags eines operativen Eingriffs. Die Hinweis auf das Risiko einer Re-Operation im Rahmen der präoperativen Aufklärung enthält auch einen **Hinweis auf das Risiko des Fehlschlags** der Erst-OP, setzt doch die Notwendigkeit einer Re-Operation den Fehlschlag der ersten voraus. Auch ist vor der Behandlung einer Thoraxwandhernie

---

<sup>23</sup> I-26 U 76/17 – juris

<sup>24</sup> 4 U 1079/17 – juris

keine Aufklärung darüber nötig, dass das Risiko einer Dislokation des eingesetzten Prolenennetzes besteht.

Das **OLG Saarbrücken** entschied mit **Urteil vom 11.04.2018**<sup>25</sup> über eine einwilligungsspezifische Frage. Die Klägerin begab sich bereits im Jahr 2011 zur Behandlung eines Hydrocephalus mit Liquorstörung in die Behandlung des bei der später beklagten Klinik beschäftigten Prof. Dr. K. Durch diesen wurde im Jahr 2011 eine Hirndruckmesssonde implantiert, die den Verdacht einer Überdrainage des bei der Klägerin schon zuvor errichteten ventriculoperitonealen Shuntsystems bestätigte. Zur Revision dieses Shuntsystems begab sich die gesetzlich versicherte Klägerin im Juli 2011 erneut in die Klinik der Beklagten. Anders als von der Klägerin erwartet, wurde die entsprechende Operation nicht durch Prof. Dr. K, sondern durch einen Assistenzarzt unter Aufsicht eines anderen Facharztes durchgeführt. Im August 2013 erstattete die Klägerin Strafanzeige gegen den Assistenzarzt wegen schwerer Körperverletzung und reichte eine Klage gegen den Klinikträger auf Zahlung eines Schmerzensgeldes von mindestens 30.000 € ein. Nach Ansicht der Klägerin sei die Behandlung durch den Assistenzarzt nicht von ihrer **Einwilligung** gedeckt gewesen, weil sie ausschließlich eine Behandlung bei Prof. Dr. K gewünscht habe. Dieser Wunsch wurde auch in der Behandlungsdokumentation vermerkt, nicht aber in der schriftlichen Einwilligungserklärung. Das im Rahmen der Berufung mit der Klage betraute Oberlandesgericht bestätigte die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.<sup>26</sup> Die Klägerin hat mit der Klinik einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag geschlossen, bei dem der Patient alleine zum Krankenhausträger in vertragliche Beziehungen eintritt. Bei einer solchen Vertragsgestaltung gibt es grundsätzlich keinen Anspruch, von einem bestimmten Arzt operiert zu werden. Anders ist dies nur, wenn der Patient den entsprechenden Wunsch eindeutig zum Ausdruck bringt. Hierfür reicht nach Ansicht des OLG die unverbindliche Absprache über den Operateur nicht aus, erst Recht nicht vor dem Hintergrund der später ohne diesbezügliche Einschränkungen erteilten schriftlichen Einwilligungserklärung.

---

<sup>25</sup> 1 U 111/17 – juris

<sup>26</sup> BGH Urteil v. 11.5.2010 VI ZR 252/08 – juris

Vor der Durchführung einer Implantation einer zementfreien Hüftprothese muss nach einem **Urteil des OLG Köln vom 10.01.2018**<sup>27</sup> über die Notwendigkeit einer Teilbelastung des Beins und über die Konsequenzen einer Nichtdurchführbarkeit einer entsprechenden Teilbelastung aufgeklärt werden. Eine entsprechende Aufklärung ist sowohl im Rahmen der **Sicherungsaufklärung** als auch im Rahmen der **Selbstbestimmungsaufklärung** nötig. Die Beklagten konnten den entsprechenden Aufklärungsnachweis jedoch nicht erbringen, sodass das Gericht von einem Aufklärungsmangel ausging.

Das **OLG Nürnberg** befasste sich in einem **Beschluss vom 25.04.2018**<sup>28</sup> mit der **Zulässigkeit eines Feststellungsantrags** bezüglich zukünftiger immaterieller Schäden neben einem Leistungsantrag auf Schmerzensgeld. Etwas ungewöhnlich ist hier die prozessuale Einkleidung: Das OLG entschied hier im Rahmen einer Beschwerde über die Ablehnung des Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe durch das Landgericht. Der Antragssteller beabsichtigte durch den Antrag Prozesskostenhilfe für die Inanspruchnahme der Trägerin eines Krankenhauses. Aus Sicht des Antragsstellers erfolgte die Behandlung einer linksseitigen Sprunggelenksfraktur im Krankenhaus fehlerhaft. Für den Fall der Bewilligung der Prozesskostenhilfe kündigte der Antragssteller die Erhebung einer Leistungsklage auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und auf Freistellung der vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten. Außerdem kündigte er eine Feststellungsklage dahingehend an, dass die Beklagte verpflichtet sei, zukünftige materielle und immaterielle Schäden zu ersetzen. Die Prozesskostenhilfe hinsichtlich des Feststellungsantrags wurde nur bezüglich der zukünftigen materiellen Schäden und nicht hinsichtlich der immateriellen Schäden bewilligt. Nach Auffassung des Landgerichts umfasse der bereits im Leistungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes auch die zukünftigen Schäden, soweit sie bereits vorhersehbar seien, sodass die Leistungsklage vorrangig sei und der Feststellungsantrag insoweit unzulässig. Hiergegen wandte sich der Antragsteller

---

<sup>27</sup> 5 U 104/15 – juris

<sup>28</sup> (5 W 639/18 – juris)

durch die Einlegung der sofortigen Beschwerde. Nach seiner Auffassung sei aus der Ankündigung des Feststellungsantrags bezüglich der zukünftigen immateriellen Schäden erkennbar gewesen, dass die Leistungsklage nur als eine Teilklage bezüglich derjenigen Verletzungsfolgen, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten sind, anzusehen ist. Der sofortigen Beschwerde wurde durch das Landgericht nicht abgeholfen, weil die Erhebung nur einer Teilklage nicht deutlich geworden wäre. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde des Antragsstellers hatte Erfolg. Das OLG Nürnberg führte diesbezüglich aus: „Verlangt ein Kläger für eine erlittene Körperverletzung uneingeschränkt ein Schmerzensgeld, so werden durch den zuerkannten Betrag alle diejenigen Schadensfolgen abgegolten, die entweder bereits eingetreten sind und objektiv erkennbar waren oder deren (künftiger) Eintritt jedenfalls vorhergesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden konnte.“<sup>29</sup> Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes gebietet es, die Höhe des dem Geschädigten zustehenden Anspruchs aufgrund einer ganzheitlichen Betrachtung der den Schadensfall prägenden Umstände unter Einbeziehung der absehbaren künftigen Entwicklung des Schadensbildes zu bemessen. Solche Verletzungsfolgen dagegen, die zum Beurteilungszeitpunkt noch nicht eingetreten waren und deren Eintritt objektiv noch nicht vorhersehbar war, mit denen also nicht oder nicht ernstlich gerechnet werden musste und die deshalb zwangsläufig bei der Bemessung des Schmerzensgeldes unberücksichtigt bleiben mussten, werden von der vom Gericht ausgesprochenen Rechtsfolge nicht umfasst und können deshalb Grundlage für einen Anspruch auf weiteres Schmerzensgeld sein. Solche Spätschäden können aber Gegenstand einer (neben der Leistungsklage erhobenen) Feststellungsklage sein.“<sup>30</sup> Aus dem Entwurf der Klagebegründung, jedenfalls aber aus der Beschwerde ergibt sich, dass der Antragssteller nur die Erhebung einer Teilklage anstrebte. Bei einer solchen Teilklage ist daneben auch ein Feststellungsantrag bezüglich der zukünftigen Schäden möglich. „Somit hat der Anspruchsberechtigte die (freie) Wahl, ob er sich für eine unbeschränkte Schmerzensgeldklage entscheidet mit der Folge, dass bislang nicht eingetretene, aber absehbare, wenngleich nicht sichere, weitere

---

<sup>29</sup> ständige Rechtsprechung des BGH, Nachweise bei BGH, NJW-RR 2006, 712

<sup>30</sup> OLG Nürnberg a.a.O. Rn. 9

Schäden nur im Wege eines „Wahrscheinlichkeitszuschlages“ Berücksichtigung finden können, oder ob er den Eintritt derartiger Verletzungsfolgen abwartet und sich hieraus ergebende Erhöhungen des Schmerzensgeldes mittels Nachforderungsklage durchsetzen will, wobei er sich solche künftigen Ansprüche mittels einer Feststellungsklage sichern kann“.<sup>31</sup>

**Der BGH** musste sich **am 17.04.2018** erneut mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Rahmen des Arzthaftungsprozesses beschäftigen. Hierbei hat er entschieden, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wird, wenn das Gericht den durch eine Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift belegten Vortrag einer Partei zur Aufklärungspflicht des Arztes über Behandlungsalternativen nicht berücksichtigt.<sup>32</sup> Die Parteien stritten über die Indikation zur Einsetzung einer sog. Hüftkappe anstelle einer konventionellen Totalendoprothese und die Notwendigkeit einer Aufklärung über die Behandlungsalternativen. Im Rahmen der Berufungsbegründung wies der Kläger durch Hinweis auf einen entsprechenden Fachartikel in einer anerkannten Fachzeitschrift nach, dass die gewählte Hüftkappe im Vergleich zur konventionellen Therapie bereits zum Zeitpunkt der Operation in Verbindung mit einer höheren Komplikationsrate gebracht wurde. Das Berufungsgericht stellte diesbezüglich allerdings bloß fest, dass die zitierten Literaturfundstellen nicht relevant seien. Diese falsche Beurteilung des Berufungsgerichts kann nach Ansicht der BGH nur darauf beruhen, „dass das Berufungsgericht den Akteninhalt unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nur selektiv zur Kenntnis genommen hat“.<sup>33</sup>

### **Schmerzensgeld**

Das **LG Koblenz** sprach **mit Urteil v. 25.01.2018**<sup>34</sup> einem Kläger ein **Schmerzensgeld** von 5000 € zu, weil der behandelnde Arzt trotz erkennbarer nicht

---

<sup>31</sup> OLG Nürnberg a.a.O. Rn. 11

<sup>32</sup> Beschluss v. 17.04.2018, VI ZR 140/17 – juris

<sup>33</sup> BGH a.a.O, Rn. 6

<sup>34</sup> 1 O 359/16 – juris

ausreichender Knochendurchbauung nach einem Oberschenkelhalsbruch die stufenweise Wiedereingliederung verordnet hat. Damit wick das Gericht deutlich von den geforderten 16.000 € Schmerzensgeld ab, weil die im späteren Verlauf notwendig gewordene Hüftprothese nicht auf den Diagnosefehler des behandelnden Arztes zurückzuführen sei. Dagegen berücksichtigte das Gericht die deutlichen Schmerzen des Patienten über zwei Monate hinweg.

### Verfahrensfragen

Nichtzulassungsbeschwerden führen gemäß § 544 Abs. 7 ZPO beim **Bundesgerichtshof** zur Aufhebung des Nichtzulassungsbeschlusses des Oberlandesgericht und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, wenn im Prozess das Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt worden ist. Von dieser Möglichkeit der Gehörsrüge macht der Arzthaftungssenat des BGH, also der VI. Senat, häufiger Gebrauch. Er stärkt damit das Recht der Verfahrensbeteiligten, sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Worte kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können.<sup>35</sup> In einer **Entscheidung vom 15.05.2018**<sup>36</sup> sieht der BGH den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht nur dann verletzt, wenn das Gericht eine dem Beteiligten selbst gesetzte Frist zur Äußerung mit seiner Entscheidung nicht abwartet<sup>37</sup>, sondern auch dann, wenn das Gericht sofort entscheidet, ohne eine angemessene Frist abzuwarten, innerhalb deren eine evtl. beabsichtigte Stellungnahme unter normalen Umständen eingehen kann.<sup>38</sup> Gleiches gilt, wenn die vom Gericht gesetzte Frist objektiv nicht ausreicht, um innerhalb der Frist eine sachlich fundierte Äußerung zum Sachverhalt und zur Rechtslage zu erbringen.<sup>39</sup> Der Kläger hätte bei angemessener Frist darauf

---

<sup>35</sup> BVerfGE 84, 188, 190; 86, 133, 144f.

<sup>36</sup> VI ZR 287/17, juris

<sup>37</sup> BVerfGE 12, 110; 113

<sup>38</sup> vgl. BVerfGE 4, 190, 192

<sup>39</sup> vgl. BVerfGE 49, 212, 215



hingewiesen, dass bei der Auswahl des Sachverständigen nicht – wie das Berufungsgericht angenommen hat – auf die Sachkunde des Sachverständigen im medizinischen Fachgebiet abzustellen ist, dem die Beklagtenseite angehört, sondern in das der durchzuführende Eingriff bzw. die zu beurteilende medizinische Frage fällt. Zur weiteren Sachaufklärung hat der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das **OLG Dresden** beschäftigte sich in einem **Beschluss vom 15.05.2018**<sup>40</sup> mit den **Anforderungen an die Berufungsbegründung im Arzthaftungsprozess**. Die Erben des Patienten machen eine fehlerhafte Medikation und Überwachung des Verstorbenen geltend, der sich bei der Beklagten wegen einer akuten myeloischen Leukämie mit zahlreichen Tumoren im Spinalkanal an der Wirbelsäule in Behandlung befand. Im Rahmen dieser Behandlung erlitt der später Verstorbene mehrere Infektionen und schließlich einen apallischen Schock, der zu einem bis zum Tod andauernden Wachkoma führte. Das Landgericht wies in erster Instanz nach Einholung eines internistischen, hämatologischen und eines pflegerischen Gutachtens die Klage ab. Die dagegen erhobene, zulässige Berufung wurde zurückgewiesen. Für Anhaltspunkte, die Zweifel an der erstinstanzlichen Beweiswürdigung wecken sollen, reicht die Darlegung der eigenen medizinischen Auffassung der Klägerseite nicht aus. Vielmehr muss entweder ein Privatgutachten vorgelegt werden oder entsprechende Leitlinien oder medizinische Fundstellen, die die Auffassung der Klägerseite stützen, nachgewiesen werden. Die Kläger haben entsprechende Nachweise auch nach einem entsprechenden Hinweisbeschluss nicht erbracht. Weil auch im Übrigen keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der eingeholten Gutachten ersichtlich waren, hatte die Berufung keine Aussicht auf Erfolg.

Das **OLG Köln** hat im Rahmen eines **Beschlusses vom 21.03.2018**<sup>41</sup> den Umfang der notwendigen **Auseinandersetzung des Tatrichters mit telefonischen Erläuterungen eines Arztes gegenüber einer Partei dargelegt**. Entsprechende

---

<sup>40</sup> 4 U 750/17 – juris

<sup>41</sup> 5 U 150/16 – juris

telefonische Angaben haben nicht die Qualität eines Privatgutachtens, sodass der Tatrichter entsprechenden Angaben auch nicht die gleiche Bedeutung beimessen muss wie einem gerichtlichen Gutachten. „Dies folgt schon daraus, dass nicht überprüfbar ist, ob dem Arzt sämtliche für die Beurteilung maßgeblichen Behandlungsunterlagen vorgelegen haben, ob er den entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig zur Kenntnis genommen hat, ob seine mündlichen Ausführungen gegenüber der Partei oder deren Bevollmächtigten schlüssig und widerspruchsfrei waren und ob sie von der Partei in den eingereichten Schriftsätzen vollständig und zutreffend wieder gegeben worden sind“.<sup>42</sup>

9 Eine kurios anmutende Entscheidung hat das **OLG Koblenz** mit **Beschluss vom 08.01.2018**<sup>43</sup> getroffen. Die Klägerin wandte sich mit Ihrer Klage gegen einen Arztbericht des Leiters einer Wirbelsäulenchirurgie, in welchem dieser der Klägerin eine narzistische Persönlichkeitsstörung (F.60.8) attestierte. Das Gericht lehnte einen **Anspruch auf Abänderung des Arztberichtes** unter mehreren Gesichtspunkten ab. Die Erstellung eines fehlerhaften Arztberichtes stellt keine Verletzung einer Hauptleistungspflicht, sondern allenfalls einer Nebenpflicht zur Sicherung eines weitergehenden Leistungserfolges dar. Eine Abänderung kann zudem aufgrund des Charakters des Arztbriefs als Meinungsäußerung und eigenständige ärztliche Bewertung nicht ohne weiteres verlangt werden.

### Verjährung

Eine verjährungsrechtlich interessante Entscheidung hat das **OLG Koblenz am 10.01.2018**<sup>44</sup> getroffen. Hiernach reicht auch ein Arztbericht aus, um dem Patienten die erforderlichen Anhaltspunkte für die **Nachforschungsobliegenheit zur Vermeidung grob fahrlässiger Unkenntnis iSd. §199 Abs.1 Nr.2 BGB** auszulösen. Der Klägerin wurde im Jahr 2006 trotz bekannter Allergie gegen Silber,

---

<sup>42</sup> OLG Köln, a.a.O, Rn. 12

<sup>43</sup> 5 U 1184/17 – juris

<sup>44</sup> 5 U 1271/17 – juris; zur Problematik vgl. auch OLG Oldenburg; Urt. v. 13.12.2017 - 5 U 139/17; MedR 2018, 693

Kupfer und Zinn eine Normalprothese und keine Titanprothese implantiert. Die Beschwerden der Klägerin dauerten auch nach zwei Revisionseingriffen in den Jahren 2008 und 2010 noch an. Am 08.09.2011 wurde ein Arztbrief gefertigt, der vor dem Hintergrund des Verdachts auf eine allergische Komponente einen Prothesenwechsel auf eine Titanprothese vorschlug. Im Juni 2012 wurde in einer anderen Klinik die alte Prothese ausgebaut. Mit Klage aus dem Jahr 2015 machte die Klägerin geltend, dass die Implantation der Normalprothese behandlungsfehlerhaft gewesen sei. Die Beklagte hat begründeterweise die Einrede der Verjährung erhoben. Spätestens mit dem Arztbrief aus September 2011 muss von einer Kenntniserlangung der Klägerin bezüglich eines etwaigen Behandlungsfehlers ausgegangen werden, sodass mit Ablauf des 31.12.2014 Verjährung eingetreten ist. Es sei jedenfalls eine grobfahrlässige Unkenntnis anzunehmen, weil der Arztbrief konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines solchen Anspruchs enthielt.

### **„Gesamtschuldnerausgleich“ zwischen Versicherern**

In einem grundlegenden Urteil vom 13.03.2018<sup>45</sup> beschäftigt sich der Bundesgerichtshof mit einem Gesamtschuldnerregress zwischen dem Versicherer des Krankenhausträgers und dem Honorararzt. Das Urteil behandelt den Fall einer fehlerhaften Indikationsstellung und Aufklärung des Patienten in der Praxis des Honorararztes und der dann erfolgten rechtswidrigen, aber auch fehlerhaft ausgeführten Operation des Patienten durch den Honorararzt im Krankenhaus sowie die sich daraus ergebenden Rückgriffsprobleme für den Krankenhausversicherer. Die honorarärztliche Tätigkeit im Krankenhaus war von der Haftpflichtversicherung des Krankenhausträgers gedeckt, zusätzlich unterhält der Beklagte für seine Facharztpraxis für Neurochirurgie eine Haftpflichtversicherung als ambulant tätiger, niedergelassener Facharzt. Die Klägerin, also die Haftpflichtversicherung des Krankenhauses macht nunmehr gegenüber dem beklagten Honorararzt aus gem. § 86 VVG übergegangenem Recht einen Ausgleichsanspruch für Zahlungen geltend, die sie für die Patienten aufwendete, der zunächst für einige Monate vom Beklagten

---

<sup>45</sup> Aktenzeichen VI ZR 151/17

in dessen Praxis und sodann in dem Krankenhaus des Mitglieds der Klägerin operativ behandelt worden war. Nach den gutachterlichen Feststellungen hatte der Beklagte in seiner niedergelassenen Praxis zur Vorbereitung der vorgesehenen Operation die Patientenaufklärung durchgeführt und die Operationsentscheidung getroffen, also die Indikation gestellt. Die Operation selber wurde im Hause des Mitglieds der Klägerin durchgeführt. Ein Schlichtungsverfahren kam zu dem Ergebnis, dass die Patientenaufklärung insuffizient und die Operation nicht indiziert gewesen sei. Zudem sei an die Operation wie auch eine Revisionsoperation nicht fachgerecht durchgeführt worden. Die Klägerin schloss nun mit dem Patienten eine Abfindungsvereinbarung mit einer Abfindungssumme von 170.000,00 € und machten einen etwas mehr als hälftigen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Honorararzt mit der Begründung geltend, die Patientenaufklärung und die Stellung der Indikation sei in den Praxisräumen des Honorararztes erfolgt, ein Innenausgleich von 60 zu 40 % sei angemessen.

Das OLG Naumburg hat als Vorinstanz mit Urteil vom 24.03.2017<sup>46</sup> die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, Indikationsstellung und OP-Aufklärung des Honorararztes seien unteilbar mit der späteren Operation, auf die sie ausgerichtet seien, verbunden, es liege eine einheitliche Behandlung mit Operationsschwerpunkt vor, so dass allein der Krankenhausversicherer den Schaden auszugleichen habe. Nach Auffassung des Senats hätte ohne den späteren operativen Eingriff weder eine behauptete fehlerhafte Indikationsstellung zugunsten einer Operation noch eine fehlerhafte OP-Aufklärung zu einer von der Klägerseite behaupteten primären Gesundheitsschädigung des Patienten führen können.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 13.03.2018 eine gänzlich andere Begründung für die Klageabweisung gefunden und bereits die Passivlegitimation des Honorararztes verneint. Es hat die haftungsrechtlichen Erwägungen des OLG Naumburg dahingestellt sein lassen und die Passivlegitimation des Honorararztes aus versicherungsrechtlichen Erwägungen verneint. Ist nämlich das identische Interesse gegen die identische Gefahr mehrfach haftpflichtversichert, liegt ein Fall

---

<sup>46</sup> 1 U 109/16, GesR 2017, 733 f.

des § 78 Abs. 1, 2. Alternative VVG vor, der zu einem Innenausgleich zwischen den Haftpflichtversicherern führt. Dies gilt nach Auffassung des BGH auch dann, wenn sich die Mehrfachversicherung nur für eine Schnittmenge bestimmter Tätigkeiten, hier also ambulanter Vorbereitungsmaßnahmen des Honorararztes für die spätere Behandlung ergibt. Allein diese Teilidentität von Interesse und Gefahr reicht aus, dass der Versicherer den Ausgleich allein nach § 78 Abs. 1, 2. Alternative VVG mit dem anderen Versicherer vornehmen muss. Der Innenausgleich zwischen den Versicherern gem. § 78 Abs. 1 und 2 VVG hat den Vorrang vor einem Regress gegen den Versicherten nach § 86 Abs. 1 VVG. Der BGH verweist insoweit auf frühere Urteile zu den Vorgängervorschriften §§ 59, 67 VVG alte Fassung, nämlich Urteil vom 31.01.1976 - VI ZR 29/75, VersR 1976, 847, 848 und weitere Entscheidungen des BGH, des OLG Frankfurt und des OLG München. Der Honorararzt ist nicht Dritter im Sinne des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG. Die Ausführungen des BGH sind durchaus anwaltshaftungsträchtig, da prima vista, wie auch durch zwei Instanzen ohne Beanstandung durchgeführt, unter allein haftungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht der Innenausgleich der Haftpflichtversicherer im Vordergrund steht, sondern der Gesamtschuldnerregress zwischen den Handelnden. Eine spannende Frage ist dann, wie der BGH entschieden hätte, wenn sich die Klage gegen den Haftpflichtversicherer des Honorararztes gerichtet hätte. Es wird dann darauf ankommen, ob die Erwägungen des OLG Naumburg einer Prüfung standhalten.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> vgl. dazu Bergmann, Der Gesamtschuldnerregress und Innenausgleich in der Heilwesenversicherung, Festschrift 20 Jahre Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV, S. 125 f.