

# **Aktuelle Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht**

**RA und FA für MedR Dr. Dirk Liebold  
Freiburg, den 08.04.2008**

## **I. Behandlungsfehler**

### **1. Pflichten des Arztes im ärztlichen Bereitschaftsdienst**

Ein Arzt im vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst kann bei differentialdiagnostischen Anzeichen einer coronaren Herzerkrankung (hier: akuter Herzinfarkt) zur Befunderhebung (Ausschlussdiagnostik) und damit zur Einweisung des Patienten in ein Krankenhaus verpflichtet sein.

*BGH, Beschl. v. 16.10.2007 – VI ZR 229/06, abgedr. ZMGR 2008, S. 47 - 49*

(Erg. vgl. zur Abgrenzung von Primär- und Sekundärschaden auch BGH, Urt. v. 12.02.2008 – VI ZR 221/06)

### **2. Zur Haftung eines H-Arztes bei Behandlungsfehlern**

Die Grundsätze zur Haftung der Unfallversicherungsträger gem. Art. 34 GG, § 839 BGB für Diagnosefehler, die dem Durchgangsarzt in der Ausübung eines öffentlichen Amtes bei der Entscheidung, ob der Verletzte in die besondere Heilbehandlung übernommen wird oder die allgemeine Heilbehandlung ausreichend ist, sind auf den H-Arzt (Heilbehandlungsarzt) gem. § 30 des Vertrags Ärzte/Unfallversicherungsträger (i.V.m. § 34 Abs. 3 SGB VII) nicht übertragbar.

Auch im Arzthaftungsprozess können Tatsachen, die Anlass für die Annahme eines Behandlungsfehlers geben, mit der den Wirkungen des § 288 ZPO zugestanden werden, obwohl besondere Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Gerichts gestellt werden und die Darlegungslast der Parteien geringer ist.

*OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.11.2007 – 7 U 101/06 – nicht rechtskräftig -, abgedr. ZMGR 2008, S. 92 - 99*

## **II. Aufklärungsfehler**

### **1. Nachweis der Führung eines Aufklärungsgesprächs**

Besteht Streit darüber, ob ein Aufklärungsgespräch überhaupt stattgefunden hat, und lassen sich in den Behandlungsunterlagen keine Hinweise finden, können Zweifel an der Durchführung eines solchen Gespräches nicht schon mit dem Verweis auf eine ständige Praxis ausgeräumt werden.

*Brandenburgisches OLG, Urt. v. 12.07.2007 – 12 U 207/06, abgedr. GesR 2007, S. 575*

## **2. Aufklärung bei Medikamentenwechsel und Anforderungen an die Darlegung eines Entscheidungskonflikts**

Der Arzt hat den Patienten vor dem ersten Einsatz eines Medikaments, dessen Wirksamkeit in der konkreten Behandlungssituation zunächst erprobt werden soll, über dessen Risiken vollständig aufzuklären, damit der Patient entscheiden kann, ob er in die Erprobung überhaupt einwilligen oder ob er wegen der möglichen Nebenwirkungen darauf verzichten will.

Kann ein Patient zu der Frage, ob er bei zutreffender ärztlicher Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, nicht persönlich angehört werden (hier: wegen schwerer Hirnschäden), so hat das Gericht aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob der Patient aus nachvollziehbaren Gründen in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten sein könnte.

*BGH, Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06, abgedr. MedR 2007, S. 718*

## **III. Kausalität**

### **1. Zum Zusammenhang zwischen Dokumentationsfehlern und dem Vorwurf unterlassener Befunderhebung**

Allein aufgrund eines Dokumentationsversäumnisses kann nicht schon auf das Vorliegen eines ärztlichen Fehlers geschlossen werden, wenn jedenfalls feststeht, dass Befunde erhoben wurden. Ein solches Dokumentationsversäumnis führt auch für sich nicht zu einer Beweiserleichterung für den Patienten bezüglich des Vorliegens eines ärztlichen Behandlungsfehlers.

*OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.07.2007 – I-8 U 32/06, abgedr. ZMRG 2008, S. 88 - 90*

### **2. Zu den beweisrechtlichen Folgen eines groben Behandlungsfehlers**

Ist ein grober Behandlungsfehler (hier: Hygienefehler bei intraartikulärer Injektion) festgestellt, muss der Arzt beweisen, dass die Schädigung des Patienten nicht auf dem Behandlungsfehler beruht, sondern durch eine hyperergisch-allergische Entzündungsreaktion verursacht ist.

*BGH, Urt. v. 8.1. 2008 - VI ZR 118/06*

### **3. Reichweite der Beweislastumkehr nach groben Fehler des Arztes**

Ein grober Behandlungsfehler führt auch dann zur Umkehr der Beweislast für den Ursachenzusammenhang, wenn er die eingetretene Schädigung nur zusammen mit einer bereits vorhandenen anderen, der Behandlungsseite nicht anzulastenden Ursache herbeiführen geeignet ist (hier: wiederholte Ovarialzysten nach versäumter Antibiotikatherapie)

Beweiserleichterungen bis zur Umkehr der Beweislast sind nach einem groben Behandlungsfehler erst dann ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist.

*OLG Koblenz, Ur. V. 20.09.2007 – 5 U 899/07, abgedr. GesR 2008, S. 54*

## **IV. Prozessuales**

### **1. Zu den Anforderungen an die Berufungsschrift**

Ist im Arzthaftungsprozess die auf einen Behandlungs- sowie einen Aufklärungsfehler gestützte Klage unter beiden Gesichtspunkten abgewiesen worden, so muss die Berufungsbegründung erkennen lassen, ob das Urteil hinsichtlich beider Fehler angegriffen wird.

*BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05, abgedr. MedR 2007, S. 722*

### **2. Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts bei der Schmerzensgeldbemessung**

Beanstandet der Berufungsführer eine zu geringe Bemessung de von ihm verlangten Schmerzensgeldes auf der Grundlage der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen, rügt er rechtlich qualifiziert eine Rechtsverletzung i . S. v. §§ 513 Abs. 1 1. Alt., 546 ZPO.

Das Berufungsgericht ist an die im Anwendungsbereich der §§ 253 Abs. 2 BGB, 287 ZPO von dem Erstgericht getroffene Schätzung anders als das Revisionsgericht nicht gebunden.

*OLG Köln, Urt. v. 09.10.2007 – 15 U 106/07, abgedr. VersR 2008, S. 364 - 366*

## **V. Schadensumfang**

### **Zur Höhe des Verdienstschadens bei der Vereitelung einer Profifußballer-Karriere**

Einem 18-jährigen Jugendfußballer, der wegen eines Behandlungsfehlers an der Laufbahn eines Profifußballers gehindert wird, kann als Verdienstschaden ein Betrag von € 1,35 Millionen als Schadenersatz zustehen.

*LG Bielefeld, Urt. v. 19.02.2008 - 4 O 234/03*

## 1. Pflichten des Arztes im ärztlichen Bereitschaftsdienstes BGH, a.a.O.

### Sachverhalt:

Der Beklagte wurde in seinem vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst gegen 08:00 Uhr zu dem damals 34 Jahre alten Kläger in die Wohnung gerufen. Der Kläger litt unter Durchfall, Erbrechen, Schwindel und Übelkeit. Der Kläger berichtete auch über Schmerzen im Brustbereich. Die Frau des Klägers wies den Beklagten noch darauf hin, dass in der Familie des Klägers eine Herzinfarktgefährdung bestehe. Der Beklagte diagnostizierte einen grippalen Infekt, einen aus dem Rücken ausstrahlenden Reizschmerz und Durchfall. Der Beklagte fragte den Kläger noch, ob er ins Krankenhaus möchte, was dieser verneinte.

Gegen 12.00 Uhr desselben Tages fand die Ehefrau den Kläger dann leblos auf dem Boden liegend vor. Reanimationsmaßnahmen durch den herbeigerufenen Notarzt waren zwar erfolgreich, verblieben ist aber ein generalisierter hypoxischer Hirnschaden. Der Kläger hatte einen akuten Hinterwandinfarkt erlitten.

Der Kläger hat den Beklagten wegen unzureichender Diagnostik verklagt und verlangte materiellen sowie immateriellen Schadenersatz.

### Die Entscheidung des BGH:

Das LG hat die Klage abgewiesen, Das OLG die Berufung zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Auf die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde des KL. hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Und zwar insbesondere unter zwei Gesichtspunkten:

Zum einen deshalb, weil der klägerische Vortrag bei der Entscheidung nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Insbesondere hatte er noch weitere Beschwerden vorgetragen, die er am Morgen gegenüber dem beklagten Arzt geäußert haben soll. Auch finden sich in dem Gutachten keine Aussagen dazu, ob diese genannten Symptome typisch für einen Herzinfarkt seien. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Arzt die Symptome eines Herzinfarktes als naheliegend hätte berücksichtigen müssen. Der BGH sah daher einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtlichen Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG für gegeben an.

Im Übrigen – und deswegen habe ich diesen Beschluss auch unter dem Stichwort „Behandlungsfehler“ gebracht - werden Aussagen zu den Pflichten des Arztes im vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst gemacht. Unterstellt, der Kläger hätte die bereits bezeichnete Symptomatik gezeigt (Durchfall, Erbrechen, Brust-Nacken-Schmerzen, Schwindel etc.), und dies seien typische Zeichen eines Herzinfarktes, trifft den Arzt vor allem die Pflicht

- einen Herzinfarkt durch geeignete Untersuchungen selbst auszuschließen
- oder, wenn er die diagnostischen Möglichkeiten nicht hat, den Kläger umgehend in ein Krankenhaus einzuweisen, damit die zum Ausschluss erforderlichen Befunde erhoben werden,
- schließlich trifft ihn eine dringliche Beratungspflicht gegenüber dem Patienten, eine umgehende Abklärung im Krankenhaus zu suchen.

Insoweit ist dem Arzt also vorzuwerfen, auf diese Symptome keine weiteren differential-diagnostische Untersuchungen durchgeführt oder initiiert zu haben müssen.

Diese Entscheidung dürfte vor allem nun deswegen interessant sein, da ab dem 01.01.2008 in Baden-Württemberg eine **neue Notfalldienstordnung** in Kraft getreten ist. Danach werden nun auch Fachärzte zur Sicherstellung des Notfalldienstes an **Werktagen** herangezogen. Nach der insoweit aktuellen Entscheidung des BSG von Februar diesen Jahres ist dies grundsätzlich auch **rechtmäßig und nicht zu beanstanden**, auch wenn ihnen im Gegensatz zu Internisten häufig die Kenntnisse fehlen, internistische Notfälle richtig zu beurteilen. Dem Facharzt ist daher zu raten, im Zweifelsfall den Patienten immer einzuweisen.

Im Weiteren macht der BGH schließlich noch Ausführungen zum Primärschaden. Zunächst möchte ich kurz noch einmal die Definition vom Primärschaden wiedergeben. Es ist der behauptete Schaden in seiner konkreten Ausprägung. Der BGH sieht im vorliegenden Fall als Primärschaden das Herz-Kreislauf-Versagen in seiner konkreten Ausprägung, nämlich Hirnschaden an. Sollte das OLG daher nun zu einer unterlassenen Befunderhebung kommen, dürften dem Kläger Beweiserleichterungen für die

Schadenskausalität seines Hirnschadens zugute kommen. Mit einer Verurteilung des Arztes ist daher zu rechnen.

Ich möchte mich jetzt einer ganz anderen Problematik widmen:

## **2. Zur Haftung eines H-Arztes bei Behandlungsfehlern OLG Karlsruhe, a.a.O.**

Jeder von Ihnen hat bestimmt schon einmal von einem sogenannten D-Arzt oder H-Arzt gehört. Aber was machen diese Ärzte eigentlich, haben Sie eine Sonderstellung unter den Ärzten und auch haftungsrechtlich? Diese Frage hat die obergerichtliche Rechtsprechung und den BGH bereits beschäftigt. Bevor ich hierauf aber eingehe, möchte ich auf die Tätigkeiten dieser Ärzte eingehen.

Zunächst zum **D-Arzt**: Ein **Durchgangsarzt** ist ein Facharzt für Chirurgie mit Schwerpunkt Unfallchirurgie oder ein Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie mit Zusatzbezeichnung „Spezielle Unfallchirurgie“, der von den Berufsgenossenschaften eine besondere Zulassung erhalten hat. Er ist für die Durchführung der Behandlung nach Arbeitsunfällen zuständig. Dem D-Arzt werden die Patienten nach einem Arbeitsunfall vorgestellt und er entscheidet, welche Art der Behandlung der Patient erhält. Ihn trifft also die Eingangsentscheidung über die Behandlungsart. Grundsätzlich gibt es zwei Arten:

- allgemeine Heilbehandlung beispielsweise durch den niedergelassenen Hausarzt oder
- besondere Heilbehandlung in einer BG-Unfallklinik, beispielsweise wenn eine schwerwiegende Verletzung vorliegt (für die Entscheidung, welche Verletzungen in die BG-Klinik kommen, gibt es ein sog. Verletztenartenverzeichnis)

Gewissermaßen eine light-Version des D-Arztes ist der **H-Arzt**. H“ steht für „an der besonderen Heilbehandlung beteiligt“. Der H-Arzt darf auch in den Fällen behandeln, in denen ein „normaler“ Arzt an den D-Arzt überweisen muss. Der H-Arzt ist aber nicht mit der Steuerung des Heilverfahrens beauftragt, sondern nimmt nur passiv Teil. Auch er muss einen Patienten bei schwerwiegenderen Erkrankungen an den D-Arzt überweisen.

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass der Durchgangsarzt bei seiner Entscheidung, ob und in welcher Weise ein Verletzter in die berufsgenossenschaftliche Heilbehandlung übernommen werden soll, eine der Berufsgenossenschaft obliegende Pflicht erfüllt. Diese Entscheidung und die sie vorbereitenden Maßnahmen seien als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu betrachten, für die die Berufsgenossenschaft nach Art. 34 GG, § 839 BGB einzustehen habe. Übernimmt dagegen der Durchgangsarzt im Rahmen der allgemeinen oder besonderen Heilbehandlung die Weiterbehandlung des Patienten und unterläuft ihm dann ein Behandlungsfehler, haftet er für diesen zivilrechtlich selbst, wie jeder andere Arzt. Denn **die unmittelbare Behandlung fällt nicht mehr in den Pflichtenkreis der Unfallversicherung**, sondern es wird ein zivilrechtliches Behandlungsverhältnis begründet. Die Entscheidung über das „ob und Wie“ der zu gewährenden Heilbehandlung bildet also die Zäsur für die unterschiedlichen Pflichtenkreise.

Fraglich war, ob diese Grundsätze auch auf den H-Arzt übertragbar waren.

### **Zum Sachverhalt:**

Ein H-Arzt (Facharzt für Unfallchirurgie) wurde persönlich von einem Patienten verklagt, der sich nach einem Arbeitsunfall wegen einer Handverletzung bei ihm vorgestellt hatte. Der H-Arzt röntgte ihn, schloss eine Fraktur aus und diagnostizierte lediglich eine Zerrung des Handgelenks. Das Röntgenbild hatte aber deutlich eine Fraktur mit Luxation gezeigt. Auch bei einer weiteren ambulanten Vorstellung, als der Patient mit einer Schwellung vorstellig war, leitete der H-Arzt keine weitergehende Diagnostik ein. Durch diese Versäumnisse wurde die Reposition des Handgelenks erst verspätet nach einigen Wochen durchgeführt.

### **Die Entscheidung des LG:**

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen unter Heranziehung der Rspr. des BGH zum D-Arzt, so dass nicht er selbst persönlich hafte, sondern die BG, für die er in öffentlich-rechtlicher Funktion tätig geworden sei. Dagegen wendete sich der Patient vor dem OLG und zwar mit dem Vortrag, die Grundsätze des BGH seien auf den H-Arzt nicht übertragbar.

## Entscheidung des OLG:

Das OLG sieht dies im Ergebnis genauso. Zunächst ging es eindeutig von einem Behandlungsfehler aus, dass der H-Arzt auf dem Röntgenbild als Facharzt für Unfallchirurgie die Fraktur nicht erkannt hat. Der H-Arzt hätte dann auch grundsätzlich den Patienten bei einem D-Arzt vorstellen müssen, da eine Verletzung nach dem sog. Verletztenartenverzeichnis vorlag. Dann wäre eine besondere Heilbehandlung in einer BG-Klinik durchgeführt worden.

Für diesen Fehler hafte der H-Arzt auch persönlich. Grundsätzlich sei das Verhältnis von Patient gegenüber der BG zwar öffentlich-rechtlich. Die Beteiligung des H-Arztes an der besonderen Heilbehandlung besagt aber noch nichts über seine Stellung im Verhältnis zum Unfallversicherungsträger einerseits und zum Patienten andererseits. Er ist gegenüber dem Patienten kein Repräsentant der Berufsgenossenschaft und zwar aus mehreren Gründen:

- Verstößt ein H-Arzt gegen die Vorstellungspflicht und behandelt den Patienten selbst, so mag er den Vertrag gegenüber der Unfallversicherung verletzen, trifft damit jedoch **keine Entscheidung in Ausübung einer Amtspflicht** gegenüber dem Patienten. Denn bei der Entscheidung, ob eine Vorstellung zum Durchgangsarzt notwendig ist oder nicht, tritt er gerade **nicht als Vertreter der Unfallversicherung** auf. Vielmehr erfüllt er gegenüber dem Patienten seine Pflichten aus dem privatrechtlichen Behandlungsvertrag. Der Patient hat den Beklagten als Facharzt für Unfallchirurgie aufgesucht und ist nicht an den Entscheidungsträger der Berufsgenossenschaften, den D-Arzt, überwiesen worden. **Die Entscheidung über das Verfahren trifft für die BG aber nur der D-Arzt.** Dementsprechend sei die Entscheidung über die Behandlung (hier: Durchführung einer allgemeinen Heilbehandlung) als solche nicht mit der eines D-Arztes vergleichbar.
- Ein H-Arzt habe im Übrigen **nicht die gleiche Entscheidungs- und Behandlungskompetenz** wie der D-Arzt, der eine höhere Qualifikation und weitere Anforderungen an die Praxis aufweisen muss. Der D-Arzt darf außerdem sowohl die allgemeine Heilbehandlung (grds. die beim Hausarzt) und die besondere bei schwerwiegenderen Verletzungen selbst durchführen. Der H-Arzt darf grundsätzlich nur die allgemeine Heilbehandlung und lediglich in Einzelfällen die besondere Heilbehandlung durchführen. Der H-Arzt muss in vielen Fällen die Patienten dem D-Arzt vorstellen. Nur, soweit er die Behandlung selbst übernehmen darf, ist er von der Vorstellungspflicht beim Durchgangsarzt befreit.
- **Als Ergebnis kann man festhalten:**

**Der Durchgangsarzt ist der „verlängerte Arm“ der Unfallversicherungsträger mit weitgehenden Vollmachten, der H-Arzt nicht.**

Dementsprechend hafte für den Fehler, also das Verkennen der Fraktur und die Nicht-Vorstellung bei einem D-Arzt, der H-Arzt persönlich.

Diese Entscheidung liegt nun dem BGH vor. Man darf gespannt sein, ob der BGH diese Auffassung bestätigen wird.

Ich möchte mich nun aktuellen Entscheidungen widmen, die Aufklärungsversäumnisse betrafen.

## II. 1. Nachweis der Führung eines Aufklärungsgespräches, Brandenburgisches OLG, a.a.O.

### Sachverhalt:

Wegen eines verdächtigen Knotens in der Brust hatte ein niedergelassener Arzt eine Probeexzision mit Schnellschnittuntersuchung empfohlen. Diesen Eingriff nahm ein ärztlicher Mitarbeiter vor und stellte aufgrund dieser Probe bei der Schnellschnittuntersuchung die Diagnose eines Mammakarzinoms. Deswegen wurde die Patientin sofort in eine Klinik zur Nachresektion in eine Klinik überwiesen und dort noch an demselben Tag operiert. Die dort vorgenommene histologische Untersuchung entkräftete dann den Tumorverdacht.

Der Vorwurf des Patienten:

Die Patientin nahm unter anderem den Arzt auf Zahlung von Schmerzensgeld in Anspruch und machte geltend, vor der Probeexzision sei kein Aufklärungsgespräch geführt worden. Sie sei insbesondere nicht darauf hingewiesen worden, dass sie bei einem positiven Befund sogleich zur Nachresektion in eine Klinik überwiesen werde. Ihr sei auch nicht gesagt worden, dass die Möglichkeit bestehe, vor der Entscheidung über die weitere Behandlung das Ergebnis der vollständigen histologischen Untersuchung abzuwarten.

Die Verteidigung des Arztes:

Der Arzt behauptete demgegenüber, die Patientin umfassend aufgeklärt zu haben. In der **Behandlungsdokumentation fand sich kein Eintrag**. Er berief sich daher auf den ärztlichen Mitarbeiter als Zeugen

### **Die Entscheidung des OLG:**

Das LG hat den niedergelassenen Arzt antragsgemäß verurteilt. Auch die dagegen eingelegte Berufung vor dem OLG hatte keinen Erfolg.

Zunächst hat das OLG Aufklärungspflichten erkannt:

Das LG habe zurecht festgestellt, dass der Arzt im Rahmen des Vorgesprächs **über die Konsequenzen eines möglichen positiven Befundes** aufzuklären hatte, insbesondere dass auch zunächst das endgültige Ergebnis der Histologie **abgewartet** werden könne.

Die Aufklärung des Arztes sei aber nicht bewiesen:

Den **Beweis der Durchführung des Aufklärungsgesprächs**, für den bekanntlich der Arzt beweispflichtig ist, **habe der Arzt nicht geführt**. Zunächst lasse sich noch nicht einmal nachweisen, dass überhaupt ein Aufklärungsgespräch geführt worden sei. Insoweit lag noch nicht einmal ein Eintrag in der Behandlungsdokumentation vor. Er könne sich insbesondere nicht erfolgreich darauf berufen, dass er dies üblicherweise so mache. Zum Nachweis der Aufklärung reiche nämlich nach Auffassung des OLG (jedenfalls in dem konkreten Fall)

- der Verweis auf die übliche Praxis nicht aus, zumal der Arzt eingeräumt hatte, dass der Umfang der Aufklärung nicht immer gleich sei,
- insoweit bestehe gar keine generelle Übung,
- der ärztliche Mitarbeiter konnte sich im Übrigen nicht konkret erinnern.

Daraus ergab sich dann eine Haftung wegen Aufklärungsversäumnissen.

Da zeigt sich wieder einmal, dass vielen Niedergelassenen und Klinikärzten die weitreichende rechtliche Bedeutung der Patientenaufklärung noch immer nicht bewusst ist. Es sollte in den Behandlungsunterlagen eigentlich nicht mehr vorkommen, dass sich kein Eintrag findet, dass der Patient vor dem Eingriff über die Risiken und die Alternativen eingehend aufgeklärt wurde. Das Bestreiten des Aufklärungsgesprächs durch den Patienten kann den Arzt jedenfalls vor entscheidende Beweisprobleme stellen. Dies gilt es im Vorwege zu vermeiden.

Die Entscheidung ist aber aus rechtlicher Sicht problematisch: Vorliegend handelt es sich laut Sachverhalt um den Bereich der Sicherungsaufklärung. Auf die Sicherungsaufklärung finden die Beweisregeln über die Behandlungsfehler Anwendung. Grundsätzlich ist für die Sicherungsaufklärung der Patient beweibelastet. Die Entscheidung des OLG, dem Arzt die Beweislast zu übertragen, ist daher unzutreffend, weil damit die im Arzthaftungsrecht geltenden Grundsätze missachtet wurden.

## **II. 2. Zur Aufklärung bei einem Medikamentenwechsel BGH, a.a.O.**

### **Zum Sachverhalt:**

Die Klägerin nahm wegen einer Herzrhythmie ein Medikament ein. Während einer stationären Behandlung in einer Universitätsklinik wurde ihr ein anderes Medikament gegen die Herzrhythmusstörungen verabreicht, ohne sie über den Medikamentenwechsel aufzuklären. Beide Medikamente hatten als typisches Risiko die Verursachung eines Herzstillstandes, wobei das erste sogar risikoreicher war. 8 Tage später erlitt sie einen Kreislaufstillstand, der auf die Einnahme des neuen Medikaments zurückzuführen war, wobei sie einen Hirnschaden davontrug. Die Klägerin erhob die Aufklärungsrüge.

### **Die Entscheidung des BGH:**

Der Arzt, **der ein Medikament**, das sich zur Behandlung der Beschwerden des Patienten als ungeeignet herausgestellt hat, **durch ein anderes Medikament ersetzt**, hat den Patienten über den beabsichtigten Einsatz des neuen Medikamentes und die damit verbundenen spezifischen Risiken **aufzuklären**.

Auch wenn das frühere Medikament **sogar ein höheres Risiko für einen Herzstillstand gehabt hatte**, musste über das Risiko umfassend aufgeklärt werden. Es handelte sich um ein Risiko, das dem **Medikament spezifisch anhaftete und bei dem bei sicherer Verwirklichung die Lebensführung den Patienten besonders belastete**. Auch wenn das Risiko äußerst selten war, war daher darüber aufzuklären. Unterschiedliche Risiken könnten im Übrigen nicht verrechnet werden. Der Patient sei vor jedem Einsatz eines neuen Medikaments aufzuklären.

Bedeutsam ist aber noch weiteres: Das OLG war der Auffassung, dass der Einsatz eines neuen Medikamentes auch ohne weitere Aufklärung zunächst zulässig sei, solange damit geprüft werde, ob das Medikament überhaupt anschlägt und sich dessen Risiken in der Erprobungsphase noch nicht ausgewirkt haben. Der BGH hat dieser Auffassung aber eine klare Absage erteilt. Der Patient sei auch in diesen Fällen vor der Verabreichung des Medikaments aufzuklären. Nur so werde vermieden, dass es eine haftungsrechtliche Grauzone für die Erprobungsphase eines neuen Medikaments gäbe.

Schließlich machte der Senat auch grundsätzliche Ausführungen zur hypothetischen Einwilligung. Bekanntlich ist der Einwand der Behandlungsseite, der Patient hätte sich auch bei zutreffender Aufklärung für die Behandlung entschieden, beachtlich. Den Arzt trifft insoweit die Behauptungs- und Beweislast. Er ist aber nur dann beweisbelastet, wenn der Patient zumindest plausibel macht, dass er vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte. **Dafür muss der Richter grundsätzlich den Patienten anhören**.

Dies war hier nicht mehr möglich, da die Klägerin einen irreversiblen Hirnschaden erlitten hatte. Das OLG hatte hierzu festgestellt, dass eine **fehlende Anhörung** grundsätzlich immer zu **Lasten der Patientin gehen würde**. Dieser schematischen Beurteilung widersprach der BGH ausdrücklich. Vielmehr sei eine Abwägung aus den **objektiven Umständen** zu treffen, **ob ein echter Entscheidungskonflikt in Frage gekommen wäre**. Führe diese Abwägung dazu, dass ein Entscheidungskonflikt in Betracht gekommen wäre, darf der Richter jedoch **nicht aufgrund der Unmöglichkeit der persönlichen Anhörung** eine dem Patienten nachteilige Wertung vornehmen. Im Ergebnis kommt es auf den **Einzelfall** an.

Vorliegend wurde ein Entscheidungskonflikt vom BGH bejaht, da das Medikament andere schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen konnte, die das frühere Medikament nicht hatte.

Nun möchte ich mich Kausalitätsproblemen widmen:

### **III. Zum Zusammenhang zwischen Dokumentationsfehlern und unterlassener Befunderhebung, OLG Düsseldorf, a.a.O.**

Das OLG Düsseldorf hat sich mit dem Zusammenhang zwischen Dokumentationsfehlern und dem Vorwurf unterlassener Befunderhebung beschäftigen müssen. Insbesondere hat es nochmals klargestellt, dass Dokumentationsmängel als solche nicht die Annahme eines Behandlungsfehlers rechtfertigen. Das pflichtwidrige Unterbleiben der Beschreibung eines dokumentationspflichtigen Befundes oder dokumentationspflichtiger Maßnahmen kann allerdings als Indiz dafür dienen,

- dass in diesem Fall gebotene Befunderhebungen nicht erfolgt sind, wenn sich hieraus eine unzumutbare Verschlechterung der Beweissituation für den Patienten ergibt.

Vorliegend konnte die **nicht dokumentierte Maßnahme** (Erhebung von Vitalparametern) **durch andere Indizien** belegt werden. Insbesondere sprachen andere Befunde dagegen, dass bereits ein reaktionspflichtiger pathologischer Befund vorgelegen hätte, auf den weitergehende Untersuchungen einzuleiten waren. Im Ergebnis waren also **hier keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme einer unterlassenen Befunderhebung gegeben**. Auf Beweiserleichterungen für den Kausalitätsnachweis konnte sich die Klägerin für den Schaden daher nicht aufgrund des Vorwurfs der unterlassenen Befunderhebung beziehen.



### III. 2. Zu den Beweisrechtlichen Folgen eines groben Behandlungsfehlers, BGH, a.a.O.

Der BGH hat Anfang diesen Jahres im Übrigen nochmals seine Rechtsprechung zu den beweisrechtlichen Folgen eines groben Behandlungsfehlers wiederholt. Mich hat schon verwundert, dass dieser Fall überhaupt zum BGH gehen musste und dass die Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler in der Praxis der Oberlandesgerichte immer noch Probleme macht.

Hier war dies das OLG Karlsruhe. Das OLG Karlsruhe hatte in diesem Verfahren bereits einen groben Behandlungsfehler bei der Durchführung einer intraartikulären Injektion aufgrund Hygienefehlern festgestellt, dann aber ausgeführt, der Kläger habe aber die Kausalität zum Schaden (einen Kniegelenksschaden) nicht bewiesen. Die **Eignung des Fehlers**, die Gesundheitsbeeinträchtigungen herbeigeführt zu haben, **lasse sich vorliegend nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit und Gewissheit feststellen**. Es kamen hier nämlich eine bakterielle Infektion oder ein Reizerguss nach einer allergischen Entzündungsreaktion für die körperlichen Beschwerden des Klägers in Frage. Es sei aber im Ergebnis nicht geklärt, was zu der Entzündung geführt habe. Dies ginge zu Lasten der klagenden Partei. Die Klage wurde abgewiesen.

Der BGH hat hierzu nun wiederholt:

Das OLG hätte einen Rechtsirrtum begangen, wenn es feststellt, dass es dem Kläger oblegen hätte, den Nachweis einer bakteriellen Infektion zu führen und dass nicht eine allergische Reaktion vorgelegen habe. Der grobe Behandlungsfehler führe bekanntlich zur Beweislastumkehr, wenn der Fehler geeignet ist, den Schaden herbeizuführen und nicht äußerst unwahrscheinlich ist. **Es muss sich um die generelle Eignung handeln**. Davon ging aber das Berufungsgericht selbst aus. Intraartikuläre Injektionen waren auch nach Auffassung des OLG generell geeignet, eine Infektion herbeizuführen! Es hielt aber eine allergische Reaktion für wahrscheinlicher. Es geht aber nicht um Wahrscheinlichkeit, sondern um die Eignung des Fehlers !

Folge: Vielmehr hätte der Arzt beweisen müssen, dass eine allergische Reaktion vorgelegen hätte und nicht der Patient, dass eine Infektion vorlag.

Zu den beweisrechtlichen Folgen eines groben Behandlungsfehlers hat sich auch das OLG Koblenz geäußert.

### III. 3. Zur Reichweite der Beweislastumkehr nach groben Behandlungsfehler, OLG Koblenz ,a.a.O.

Das OLG Koblenz hatte sich mit dem Zusammenwirken von groben Behandlungsfehler und anderer Ursachen für den Gesamtschaden beschäftigen müssen und hat die Rechtsprechung des BGH aufgegriffen:

Das OLG Koblenz entschied hierzu im September 2007, dass ein grober Behandlungsfehler auch dann zur Umkehr der Beweislast führt, wenn der Behandlungsfehler die eingetretene Schädigung

- nur zusammen mit einer – möglicherweise auch bereits vorhandenen - anderen, der Behandlungsseite nicht anzulastenden Ursache herbeizuführen geeignet ist.
- In den Fällen, in denen die Verursachungsbeiträge nicht abgrenzbar sind, sind daher die Regeln zum groben Behandlungsfehler ebenfalls anzuwenden, so dass der Arzt bei fehlendem Nachweis, dass der Schaden durch eine regelrechte Behandlung ausgeblieben wäre, in der Haftung für die eingetretenen Folgen ist.
- Erst dann, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist, sei der Arzt dann entlastet.

Ich möchte mich nun prozessualen Fragestellungen zuwenden:

## IV. 1. Zu den Anforderungen an die Berufungsschrift, BGH, a.a.O.

Der BGH hat im Dezember 2006 m. E. weitreichende Voraussetzungen an die Berufungsschrift festgelegt. Speziell in der Berufung wird bekanntlich **verlangt**, dass in der Berufungsschrift ausdrücklich erklärt wird, **in welchem Umfang** das erstinstanzliche Urteil **angefochten** wird. Zudem ist eine nähere Bezeichnung der **rechtlichen und tatsächlichen Umstände** erforderlich, die die Unrichtigkeit der angegriffenen Entscheidung ergeben können.

Stützt also ein Kläger seinen Schadensersatzanspruch auf einen Behandlungsfehler und daneben auch auf einen Aufklärungsfehler liegen nach Auffassung des vorinstanzlichen OLG **zwei Streitgegenstände** vor. Der Berufungskläger muss mit seinem Antrag und der Darlegung der einzelnen Umstände auch **beide prozessualen Ansprüche** angreifen. Andernfalls ist eine Überprüfung in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr möglich.

Auch wenn der BGH offen gelassen hat, ob es zwei Streitgegenstände sind, liegen Aufklärung und Behandlungsfehler räumlich und zeitlich verschieden gelagerte Sachverhalte zugrunde, an denen unterschiedliche Personen beteiligt sein können, so dass es sich **um zwei verschiedene rechtliche Gesichtspunkte** handelte. Insoweit musste auch die **Berufungsschrift** klar erkennen lassen, ob die Berufung **auch diese beiden Sachverhalte** umfassen will. Vorliegend hatte die Berufungsschrift aber **nur Ausführungen zum Aufklärungsversäumnis** enthalten. Mit dem Behandlungsfehlervorwurf hat sich das Berufungsgericht erst gar nicht mehr beschäftigt. Dies war nach dem BGH zutreffend.

## IV. 2. Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts bei der Schmerzensgeldbemessung, OLG Köln, a.a.O.

In prozessualer Sicht möchte ich noch auf eine Entscheidung des OLG Köln aufmerksam machen, die nicht im Arzthaftungsbereich erging, aber deren Aussagen übertragbar sein dürften. **Hintergrund ist der, dass ein Kläger mit seiner Berufung ein höheres Schmerzensgeld durchsetzen wollte.** Der Beklagte trug vor, das Schmerzensgeld sei in der Berufungsinstanz nicht mehr überprüfbar. Es handele sich um eine Tatsachenfeststellung des Erstgerichts. Das Berufungsgericht sei keine zweite Tatsacheninstanz mehr, so dass das SchMG nicht mehr geändert werden dürfe.

Dieser Behauptung widersprach das OLG deutlich. Es stellte fest, Die **Bemessung des Schmerzensgeldes** sei **keine Tatsache** im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, sondern das **Ergebnis einer umfassenden rechtlichen Würdigung** der Umstände des Einzelfalls. Insoweit rügt der Kläger eine **entscheidungserhebliche Rechtsverletzung**, nämlich eine **unzureichende Billigkeitserwägung**. Das Berufungsgericht ist nicht an die vom LG im Wege des Ermessens gem. § 287 ZPO festgelegte Schmerzensgeldhöhe gebunden **und kann auch einen höheren Schmerzensgeldbetrag** ausurteilen.

## V. Schluss LG Bielefeld

Ein jugendlicher Fußballspieler macht nach einem Behandlungsfehler, der ihm die angestrebte Profikarriere verbaut hat, einen fiktiven Verdienstschaden geltend. Das LG Bielefeld hat ihm einen fiktiven **Verdienstschaden in Höhe von 1,35 Millionen Euro** zuerkannt. Dies mag Veranlassung für die entsprechenden Ärzte (insb. Orthopäden) sein, bei der Diagnostik jugendlicher Fußballspieler besonders sorgfältig vorzugehen und die Behandlungsschritte eingehend zu dokumentieren. Bei derartigen Beträgen kann man auch verstehen, wieso so viele Jugendliche von einer Profikarriere träumen.