

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht I – Aufklärung des Patienten, Behandlungsfehler und Beweiserleichterungen

Rechtsanwalt Rüdiger Martis, Rechtsanwälte Martis, Maier, Roman-Josse, Enslin, Schumm, Schwäbisch Gmünd

Der schwerpunktmäßig im Arzthaftungsrecht tätige Mitautor des Standardwerkes „Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht (3. Aufl. 2010) stellt die hierzu ergangene obergerichtliche Rechtsprechung aus den Jahren 2006 bis Juni 2009 dar. Eine gekürzte Fassung des Beitrages wurde in der Monatschrift für Deutsches Recht (MDR 2009, 611 – 617 und MDR 2009, 1082 – 1090) veröffentlicht.

I. Aufklärung des Patienten	Seite 01
1. Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	Seite 01
2. Aufklärung „im Großen und Ganzen“	Seite 02
3. Nur relativ indizierte Eingriffe	Seite 04
4. Kosmetische Operationen	Seite 04
5. Behandlungsalternativen	Seite 05
6. Rechtzeitigkeit der Aufklärung	Seite 11
7. Aufklärungspflichtiger	Seite 12
8. Aufklärungsadressat	Seite 14
9. Hypothetische Einwilligung und Entscheidungskonflikt	Seite 15
10. Kausalität	Seite 18
11. Verschulden	Seite 19
12. Aufklärungsgespräch und Dokumentation der Aufklärung	Seite 19
II. Behandlungsfehler	Seite 21
1. Vertragliche und deliktische Sorgfaltspflichten	Seite 21
2. Therapeutische Aufklärung (Sicherungsaufklärung)	Seite 21
3. Leitlinien und Richtlinien	Seite 23
4. Off-Label-Use und noch nicht zugelassene Medikamente	Seite 25
5. Diagnosefehler	Seite 26
6. Unterlassene Befunderhebung	Seite 28
III. Beweislastumkehr	Seite 29
1. Grober Behandlungsfehler	Seite 29
2. Fallgruppen des „groben Behandlungsfehlers“	Seite 32
3. Unterlassene Befunderhebung	Seite 37
4. Voll beherrschbare Risiken	Seite 43
5. Anscheinsbeweis	Seite 47
6. Anfängereingriffe	Seite 48
7. Dokumentationsversäumnisse	Seite 49
8. Verstoß gegen Leitlinien	Seite 51

I. Aufklärung des Patienten

1. Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Es entspricht der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass ärztliche Heileingriffe grundsätzlich der Einwilligung des Patienten bedürfen, um rechtmäßig zu sein. Die Einwilligung des Patienten ist nur dann wirksam, wenn er über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen, Chancen und Gefahren im Großen und Ganzen aufgeklärt worden ist. Nur so werden sein Selbstbestimmungsrecht und sein Recht auf körperliche Unversehrtheit gewahrt (OLG Oldenburg, Urt. v. 25.06.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496; auch OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2008 – 4 U 1857/07, OLGR 2008, 818, 820; Kern, GesR 2009, 1 ff., 5 f.; Fehn, GesR 2009, 11, ff.; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 2, 3, 3a; Martis / Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 81/82).

2. Aufklärung „im Großen und Ganzen“

Dem Patienten müssen aber nicht alle denkbaren medizinischen Risiken exakt oder in allen möglichen Erscheinungsformen dargestellt werden. Es genügt, wenn dem Patienten **ein allgemeines Bild von der Schwere und Richtung des Risikospektrums dargelegt, ihm die „Stoßrichtung“ der Risiken verdeutlicht wird** (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 258, Nr. 11 = GesR 2009, 154, 155; Urt. v. 14.03.2006 – VI ZR 279/04, VersR 2006, 838, 839; Urt. v. 13.06.2006 – VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477, 2478 = GesR 2006, 411, 412; OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr. 27; OLG Jena, Urt. v. 28.03.2007 – 4 U 1030/04, OLGR 2008, 677, 679; OLG Koblenz, Beschl. v. 22.10.2007 – 5 U 1288/07, VersR 2008, 690, 691 = OLGR 2008, 178, 179; OLG Köln, Urt. v. 25.04.2007 – 5 U 180/05, VersR 2008, 1072, 1073 = OLGR 2009, 769, 771; OLG München, Beschl. v. 12.03.2007 – 1 U 5826/06, juris, Nr. 5, 6; OLG Naumburg, Urt. v. 21.05.2007 – 1 U 33/06, juris, Nr. 36; OLG Naumburg, Urt. v. 14.02.2008 – 1 U 66/07, OLGR 2008, 503; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.06.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496, 1497; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 86, 90, 91; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 118 – 122).

Es ist **nicht erforderlich**, die Risiken in allen erdenkbaren Erscheinungsformen aufzuzählen oder dem Patienten die Risikohäufigkeit bzw. Komplikationsdichte im Einzelnen nach **statistischen Größen** zu beziffern. (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 258, Nr. 11 = GesR 2009, 154, 155; OLG Naumburg, Urt. v. 14.02.2008 – 1 U 66/07, OLGR 2008, 503, 504). Dem Patienten muss aber eine **zumindest ungefähre Vorstellung** von den Risiken und deren Umfang vermittelt werden (OLG Frankfurt, Urt. 5.8.2008 – 8 U 267/07, GesR 2009, 83: Seltenes Risiko von Nachblutungen nach Mandeloperation zu erwähnen). Je nach Gesprächssituation, etwa auf Nachfrage oder bei erkennbarem Interesse des Patienten an weiterer Information, kann eine verbale Einordnung als relativ häufiges, seltenes oder sehr seltenes Risiko erforderlich, aber ausreichend sein (OLG Naumburg, Urt. v. 14.02.2008 – 1 U 66/07, OLGR 2008, 503, 504; auch OLG Frankfurt, Urt. v. 14.01.2003 – 8 U 135/01, VersR 2004, 1053, 1054).

Seltene, sogar **äußerst seltene Risiken** aber stets zu erwähnen, wenn deren Realisierung die **Lebensführung des Patienten schwer belasten würde** und die entsprechenden Risiken trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien aber überraschend sind (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 258, Nr. 12 = GesR 2009, 154, 155; Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, NJW 2007, 217, 219 = VersR 2007, 66, 68; Urt. v. 14.03.2006 –

VI ZR 279/96, VersR 2006, 838, 839; OLG Köln, Urt. v. 25.04.2007 – 5 U 180/05, VersR 2008, 1072, 1073 = OLGR 2008, 769, 770: Risiko einer Gebärmutterverletzung bei Ausschabung von 1 : 10.000; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.06.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496, 1497: Gefäßverletzung mit nachfolgendem Hirninfarkt nach chiropraktischer Manipulation der HWS). Grundsätzlich reicht es dabei aus, wenn dem Patienten das **schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko** dargestellt wird (OLG Dresden, Urt. v. 28.02.2002, VersR 2003, 1257; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.07.2004 – 5 U 2383/03, OLGR 2004, 373, 374; Bergmann/Müller, MedR 2005, 650, 654).

Weist der Gynäkologe vor dem operativen Eingriff zur Entfernung einer Vaginalzyste und einer Rectocele darauf hin, dass man bei diesem Eingriff „in den Darm schneiden könnte“, so ist von dieser Aufklärung auch eine Schädigung der Rektumwand und das Entstehen einer Darm-Scheiden-Fistel mit nachfolgenden Thrombosen und Embolien erfasst (OLG Koblenz, Beschl. v. 22.10.2007 – 5 U 1288/07, OLGR 2008, 178, 179).

Vor einer Augenoperation ist die gesonderte Erwähnung des Risikos einer Kapselruptur entbehrlich, wenn der Patient auf das Risiko eines Glaskörpervorfalls als gegenüber der Kapselruptur kompliziertere Variante hingewiesen worden ist (OLG München, Beschl. v. 12.03.2007 – 1 U 5826/06, juris, Nr. 5, 6). Der Hinweis auf die Möglichkeit von Entzündungen und die Schädigung des Innenohrs im Rahmen einer Ohroperation umfasst auch das Auftreten einer chronischen Mittelohrentzündung mit nachfolgender Hörminderung (OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.12.2008 – 7 U 32/08, n.v.). Die dem Patienten erteilte Grundaufklärung über die mit jeder Operation typischerweise verbundenen Risiken „Wundheilungsstörungen, Nachblutungen, Nerven- und Gefäßverletzungen“ erfasst auch das sehr seltene Risiko der Verletzung des Nervus femoralis bei der Durchführung einer Leistenoperation (OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr. 27).

Andererseits genügt der Hinweis auf das **Risiko möglicher Nervenschädigungen**, Gefühlsstörungen und Muskelfunktionsstörungen nicht, wenn es bei einer offenen Biopsie eines Brustwirbelkörpers zum Eintritt einer **vorübergehenden Lähmung** kommen kann (OLG Naumburg, Urt. v. 21.05.2007 – 1 U 33/06, juris, Nr. 36). Der Hinweis auf eine „mögliche Nervschädigung“ erfasst auch nicht das, wenngleich äußerst seltene, Risiko des Eintritts **chronischer, unbeherrschbarer Schmerzen und dauerhafter Lähmungen** (BGH, Urt. v. 14.03.2006 – VI ZR 279/04, VersR 2006, 838, 840).

Auch das Risiko einer kompletten, nicht therapierbaren Unfruchtbarkeit aufgrund eines „Asherman-Syndroms“ in einem von tausend Fällen bei der Ausschabung der Gebärmutter wird von dem Hinweis auf das mit 1 : 10.000 äußerst seltene Risiko einer Verletzung der Gebärmutter und der möglichen Folge ihrer Entfernung nicht erfasst (OLG Köln, Urt. v. 25.04.2007 – 5 U 180/05, OLGR 2008, 769, 770 = VersR 2008, 1072, 1073).

Wenngleich der Arzt grundsätzlich nicht gehalten ist, den Patienten über die statistische Wahrscheinlichkeit einer möglichen Komplikation zu informieren, entbindet ihn dies nicht von der Verpflichtung, auf eine im konkreten Fall vorliegende **signifikante Erhöhung des Risikos eines Schlaganfalls** 0,5 % auf 1,0 % bei einer geplanten cerebralen angiographischen Untersuchung hinzuweisen. Die Erklärung, das Risiko sei „sehr selten“, genügt nicht (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 258, Nr. 15, 16; Vorinstanz OLG Oldenburg, Urt. v. 04.07.2007 – 5 U 106/06, VersR 2008, 124, 125; auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.11.2001 – 7 U 114/99, OLGR 2002, 407, 408: dem Patienten muss dargelegt werden, dass sich ein Risiko in seinem Fall häufiger als im Normalfall verwirklichen kann).

Auch über ein gegenüber dem Hauptrisiko des Eingriffs **weniger schweres Risiko ist aufzuklären**, wenn dieses dem Eingriff spezifisch anhaftet, es für den Laien überraschend ist und durch die Verwirklichung des Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belastet werden würde. So ist die Einwilligung des Patienten unwirksam, wenn er zwar auf das als äußerst gering beschriebene Risiko einer Querschnittlähmung, nicht aber über die Risiken Falschgelenkbildung und des operativen Zugangs (Verwachsungen im Brustraum und Rippeninstabilität), die sich nach dem Eingriff sämtlich realisiert haben, aufgeklärt wurde (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66, 68 = GesR 2007, 14, 15).

3. Nur relativ indizierte Eingriffe

Ist eine Operation oder ein diagnostischer Eingriff nur relativ indiziert, weil die Erforderlichkeit vom Sicherheitsbedürfnis des Patienten abhängt, so muss dies besprochen werden (OLG Bremen, Urt. v. 04.03.2003 – 3 U 65/02, VersR 2004, 911, 912 und OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.03.2002 – 8 U 117/01, VersR 2004, 386: Lasertherapie zur Korrektur einer Fehlsichtigkeit, LG Köln, Urt. v. 16.08.2006 – 25 O 335/03, NJW-RR 2006, 1614: Lasik-Operation bei nur geringfügiger Fehlsichtigkeit). Hat etwa eine nicht unter wesentlichen Beschwerden leidende Patientin in die operative (laparoskopische) **Entfernung eines Teils einer Zyste** Bereich des Eierstocks zum Zweck der Diagnostik eingewilligt, wurde aber tatsächlich während der Operation die **vorgefundene Endometriosezyste einschließlich sämtlicher intraoperativ angetroffener Endometrioseherde entfernt**, handelt es sich jedenfalls dem Umfang nach um einen rechtswidrigen Eingriff des Arztes. Führt der Eingriff zu einer Harnleiterverletzung, muss der Arzt beweisen, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten – also bei Durchführung des lediglich diagnostischen Eingriffs – eingetreten wäre, wenn der vom Gericht beauftragte Sachverständige ausführt, man könne sagen, dass der Harnleiter unverletzt geblieben wäre, wenn lediglich ein Teil der Zyste zum Zweck der Diagnostik entfernt worden wäre (OLG Köln, Urt. v. 29.01.2007 – 5 U 85/06, MedR 2008, 599, 601 = juris, Nr. 10, 13).

4. Kosmetische Operationen

Vor einer kosmetischen Operation ist der Patient über die Erfolgsaussichten und Risiken des Eingriffs wie bleibende Entstellungen und gesundheitliche Beeinträchtigungen besonders sorgfältig, **umfassend und ggf. schonungslos aufzuklären** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2003 – 8 U 18/02, VersR 2003, 1579; OLG Hamm, Urt. v. 29.03.2006 – 3 U 263/05, VersR 2006, 1511, 1512: hinreichend drastische und schonungslose Aufklärung).

So muss die Patientin schonungslos auf möglicherweise **bleibende Entstellungen und gesundheitliche Beeinträchtigungen** wie etwa der Gefahr einer deutlichen Vergrößerung der bereits vorhandenen Unterbauchnarbe bzw. längerfristige Sensibilitätsstörungen vor einer Bauchdeckenstraffung hingewiesen werden (OLG Frankfurt, Urt. v. 11.10.2005 – 8 U 47/04, OLGR 2006, 489, 490). Vor der Durchführung einer Fettabsaugung ist die Patientin eindringlich darüber zu belehren, dass bei großflächigen Fettabsaugungen **unregelmäßige Konturen („Dellen“)** entstehen können oder der gewünschte Erfolg nur durch weitere operative Maßnahmen wie einer Haut- und Bauchdeckenstraffung erreicht werden kann (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2003 – 8 U 18/02, VersR 2003, 1579). Das bestehende Risiko **lebenslanger Schmerzen bei implantatbedingten Brustmuskelüberdehnungen** mit der Erklärung, es könne nach der Operation „zu verstärkten Schmerzen“ bzw. „wie bei Sportlern zu längerfristigen Schmerzen“ kommen, nicht hinreichend drastisch und schonungslos dargestellt (OLG Hamm, Urt. v. 29.03.2006 – 3 U 263/05, VersR 2006, 1511, 1512).

Allerdings muss ein Arzt vor einer Augmentation (Brustvergrößerung) nicht ungefragt darüber aufklären, dass **Wundheilungsstörungen bei Rauchern** im statistischen Durchschnitt häufiger als bei Nichtrauchern auftreten (OLG Naumburg, Beschl. v. 8.7.2008 – 1 U 33/08, OLGR 2008, 983).

5. Behandlungsalternativen

Zur Behandlungsaufklärung gehört unter bestimmten Umständen auch, dass der Arzt den Patienten Kenntnis über Behandlungsalternativen beschaffen muss. Die Wahl der richtigen Behandlungsmethode ist zwar **grundsätzlich Sache des Arztes**. Diesem steht ein Ermessensspielraum zu. Er kann in aller Regel davon ausgehen, der Patient vertraue insoweit seiner ärztlichen Entscheidung und erwarte **keine eingehende fachliche Unterrichtung** über spezielle medizinische Fragen (BGH, Urt. v. 13.06.2006 – VI ZR 323/04, VersR 2006, 1073, 1074 = GesR 2006, 411, 412; Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 313/03, VersR 2005, 836 = NJW 2005, 1718; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl. 2006, Rz C 22, 23; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 151/152; Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Aufl. 2006, Rz C 30, 31).

Im Allgemeinen muss ein Arzt dem Patienten **nicht ungefragt erläutern**, welche Behandlungsmethoden oder Operationstechniken theoretisch in Betracht kommen und was für und gegen die eine oder die andere dieser Methoden spricht, solange er eine Therapie anwendet, die **medizinischen Standard genügt** (BGH, a.a.O.; OLG Frankfurt, Urt. v. 07.12.2004 – 8 U 194/03, NJW-RR 2005, 173, 174; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.2003 – 8 U 41/02, VersR 2005, 230, 231; OLG Karlsruhe, Urt. v. 08.12.2004 – 7 U 163/03, OLGR 2005, 189, 191; OLG München, Beschl. v. 17.10.2007 – 1 U 3573/07, BeckRS 2008, 04017, S. 2; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz. C 22).

Eine Aufklärung ist aber dann geboten, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie **mehrere Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, die zu jeweils wesentlich unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bieten** (BGH, Urt. v. 22.05.2007 – VI ZR 35/06, VersR 2007, 1273, 1275; Urt. v. 13.06.2006 – VI ZR 323/04, GesR 2006, 411, 412 = VersR 2006, 1073, 1074; OLG Braunschweig, Urt. v. 18.01.2007 – 1 U 24/06, OLGR 2008, 442; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.12.2005 – 1 W 85/05, OLGR 2006, 120; OLG Hamm, Urt. v. 11.10.2004 – 3 U 93/04, GesR 2006, 30, 31; OLG Koblenz, Urt. v. 12.10.2006 – 5 U 456/06, OLGR 2007, 47 = VersR 2007, 111; OLG Koblenz, Urt. v. 20.07.2006 – 5 U 180/06, OLGR 2007, 125, 126 = VersR 2007, 651; OLG Köln, Urt. v. 01.06.2005 – 5 U 91/03, VersR 2006, 124, 125; OLG München, Urt. v. 03.08.2006 – 1 U 5775/05, OLGR 2007, 205, 206; OLG Naumburg, Urt. v. 20.12.2007 – 1 U 95/06, OLGR 2008, 376, 378; OLG Oldenburg, Urt. v. 14.11.2007 – 5 U 61/07, GesR 2008, 539, 540; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.06.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496, 1497; OLG Stuttgart, Urt. v. 03.04.2007 – 1 U 115/06, S. 7/8; OLG Zweibrücken, Urt. v. 23.01.2007 – 5 U 35/05, MedR 2007, 549; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 21, 23; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, Rz 381). Kann etwa eine Operation durch eine konservative Behandlung oder deren Fortführung vermieden werden oder ist sie erst nach deren erfolgloser Vorschaltung indiziert und besteht für den Patienten eine **echte Wahlmöglichkeit mit zumindest gleichwertigen Chancen, aber andersartigen Risiken, so ist der Patient hierauf hinzuweisen** (OLG Braunschweig, Urt. v. 18.01.2007 – 1 U 24/06, OLGR 2008, 442; OLG Dresden, Urt. v. 23.10.2003 – 4 U 980/03, GesR 2004, 22, 23; OLG Hamm, Urt. v. 07.07.2004 – 3 U 264/03, VersR 2005, 942, 943; OLG Koblenz, Urt. v. 12.10.2006 – 5 U 456/06, OLGR 2007, 47; OLG München, Urt. v. 12.10.2006 – 1 U 2142/06, juris, Nr. 37, 38).

So kann etwa nach einem Bandscheibenvorfall die Behandlung bei **nicht vital indizierter Operation** falls nicht bereits Lähmungserscheinungen o.dgl. aufgetreten sind, regelmäßig durch **krankengymnastische Maßnahmen oder eine Therapie mit Opioiden** bzw. anderen Schmerzmitteln eingeleitet oder fortgesetzt werden (OLG Bremen, VersR 2001, 340, 341: Zuwarten nach Bandscheibenvorfall; OLG Dresden, Urt. v. 28.02.2002 – 4 U 2811/00, VersR 2003, 1257, 1259: Fortsetzung der konservativen Therapie; OLG Hamm, Urt. v. 07.07.2004 – 3 U 264/03, VersR 2005, 942, 943: konservative Therapie bzw. Schmerztherapie noch nicht ausgeschöpft). Die Einleitung oder Fortsetzung der konservativen Behandlung eines Bandscheibenleidens stellt jedoch **keine ernsthafte, aufklärungspflichtige Alternative** (mehr) dar, wenn sie seit mehreren Monaten kein befriedigendes Ergebnis hervorgebracht hat und bei der Aufnahmeuntersuchung zur Durchführung operativer Maßnahmen erhebliche Deformationen von zwei Bandscheiben und eine dadurch bedingte Verengung des Subarachnoidalraums festgestellt werden (OLG Naumburg, Urt. v. 14.02.2008 – 1 U 66/07, OLGR 2008, 503, 504).

Signifikant unterschiedliche Risiken bzw. signifikant unterschiedliche Erfolgschancen mit der Folge einer Aufklärungspflicht liegen bei einer Bandscheibenoperation nicht bereits deshalb vor, weil beim rechtsseitigen Zugang die höhere Gefahr der Verletzung des Nervus laryngeus recurrens besteht, der rechtsseitige Zugang bei Rechtshändern operationstechnisch aber besser und damit sicherer zu führen ist (OLG München, Beschl. v. 07.10.2007 – 1 U 3573/07, BeckRS 2008, 04017, S. 2).

Ein Aufklärungsmangel liegt dagegen vor, wenn der Arzt die Patientin, die einen schweren Mehrfachrümmerbruch des Oberarms erlitten hat, nicht über die Möglichkeit der zeitnahen operativen Therapie (Endoprothese) informiert und stattdessen eine riskante und **wenig erfolgversprechende konservative Therapie** durchführt, ohne die Patientin zuvor über deren erhebliche Nachteile und Risiken aufzuklären (OLG Braunschweig, Urt. v. 18.01.2007 – 1 U 24/06, OLGR 2008, 442 mit NZB-Beschl. BGH v. 30.10.2007 – VI ZR 45/07).

Kommen nach den Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Unfallchirurgie zur Korrektur einer dislozierten Radiusbasisfraktur (Handgelenk/Speichenbruch) grundsätzlich sowohl die **konservative Behandlung** als auch die mit der Gefahr einer Entzündung verbundenen, aber die besseren Wiederherstellungschancen bietende **chirurgische Versorgung** in Betracht, sind die unterschiedlichen Therapiemöglichkeiten sowie ihre jeweiligen Chancen und Risiken mit dem Patienten zu erörtern (OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.2003 – 8 U 41/02, VersR 2005, 230, 231; auch OLG Naumburg, Urt. v. 6.6.2005 – 1 U 7/05, OLGR 2005, 859 = AHRS III, 2440/330: OP bei Instabilität oder anderen funktionellen Beschränkungen des Handgelenks vorzuziehen; OLG Hamm, Urt. v. 13.4.2005 – 3 U 219/04, AHRS III, 2440/329: OP bei Instabilität eines Sprunggelenks oder rezidivierendem Umknicktrauma vorrangig).

Bei einem Bruch des Handgelenks ist der Arzt nicht nur verpflichtet, den Patienten davon in Kenntnis zu setzen, dass der Bruch in Fehlstellung verheilen könnte, sondern auch davon, dass eine bei Fortsetzung der konservativen Behandlung drohende **Funktionseinschränkung des Handgelenks** möglicherweise durch eine erneute (unblutige) Reposition oder durch **eine primäre operative Neueinrichtung des Bruchs** werden könnte (BGH, Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 313/03, VersR 2005, 836 = NJW 2005, 1718, 1719).

Vor einer **chiropraktischen Manipulation** an der Halswirbelsäule ist der Patient über das Risiko der Verletzung der Arteria vertebralis mit der Folge von Durchblutungsstörungen einzelner Hirnareale und über die möglichen **Behandlungsalternativen (Schmerztherapien, konservative Behandlungsmethoden)** aufzuklären, auch wenn die weitaus gefährlichere

Chirotherapie effektiver ist (OLG Oldenburg, Urt. v. 25.06.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496, 1497). Vor der operativen Entfernung eines mit hoher Wahrscheinlichkeit gutartigen Lipoms (hier: oberflächliche Geschwulst) muss der Patient auf die Möglichkeit einer **abwartenden Haltung bzw. des „Nichtstuns“** hingewiesen werden (OLG Hamm, Urt. v. 11.10.2004 – 3 U 93/04, GesR 2006, 30, 31).

Begibt sich der Arzt mit der von ihm vorgeschlagenen **Behandlungsmethode auf „Neuland“ mit noch nicht vollständig geklärten Risiken**, muss der Patient über diese Tatsache sowie über die Vor- und Nachteile dieser und alternativer Verfahren aufgeklärt werden (BGH, Urt. v. 13.06.2006 – VI ZR 323/04, VersR 2006, 1073, 1075 = GesR 2006, 411, 413: „Robodoc“).

Gleiches gilt bei einem **„Off-Label-Use“**, also der indikationsfremden, zulassungsüberschreitenden Anwendung eines Medikaments. Hier muss der Patient über den zulassungsüberschreitenden Einsatz einschließlich damit verbundener, auch entfernterer Risiken und Nebenwirkungen, bei fehlenden bzw. lückenhaften klinischen Studien auch über die **Möglichkeit bislang unbekannter Nebenfolgen** aufklären (Koenig/Müller, MedR 2008, 190, 200 und 202).

Bei der Anwendung einer **„Außenseitermethode“**, also einer noch nicht allgemein anerkannten Heilmethode muss der Arzt nicht nur auf die **Gefahr eines Misserfolgs** des Eingriffs hinweisen, sondern auch darauf, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist und seine **Wirksamkeit statistisch (noch) nicht abgesichert** ist (BGH, Urt. v. 22.05.2007 – VI ZR 35/06, VersR 2007, 1273, 1275 = NJW 2007, 2774, 2775). Der Hinweis auf die schwerwiegenden Risiken einer Querschnittlähmung sowie einer Blasen- und Mastdarmstörung und die mögliche Erfolglosigkeit des Eingriffs reicht bei einer Therapie mit einem „Racz-Katheder“ nicht aus. Erforderlich ist vielmehr auch eine Belehrung, dass es sich bei dieser Methode um eine neuartige, wissenschaftlich umstrittene Art der Schmerztherapie handelt (BGH, a.a.O.).

Kann eine Ovarialzyste auf laparoskopischem Weg (Bauchspiegelung mit einem Spezialendoskop) oder durch Laparotomie (konventionelle operative Eröffnung der Bauchhöhle) beseitigt werden, muss der Arzt die Patientin darüber und über die spezifischen Risiken der beiden in Betracht kommenden Möglichkeiten aufklären. Bietet sich die **invasivere Laparotomie von vornherein als konkrete Alternative** an, muss die Patientin hierüber unterrichtet werden. Es reicht nicht aus, wenn der Arzt die Zyste auf laparoskopischem Weg entfernen und nur im Notfall auf eine Laparotomie „umstellen“ wollte (OLG Koblenz, Urt. v. 12.10.2006 – 5 U 456/06, OLGR 2007, 47, 48 = MedR 2007, 175, 176). Ist präoperativ die Diagnose der Bösartigkeit eines Tumors (hier: Verdacht auf Vorliegen einer Lymphknotenzyste eines Primärtumors) nicht gesichert, sondern nur überwiegend wahrscheinlich, muss dem Patienten nach entsprechender Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, ob er die **radikale Tumorentfernung** unter Inkaufnahme von zu Lähmungserscheinungen führenden Nervverletzungen oder aber eine **intraoperative Abklärung** mit den damit verbundenen Gefahren einer Streuung von etwa vorhandenen Krebszellen und einer dann bei Feststellung der Malignität erforderlich werdenden Zweitoperation wünscht, wenn der Tumor im Fall der Gutartigkeit nervenschonend (hier: ohne die Erforderlichkeit der Durchtrennung von Nervengewebe) entfernt werden kann (OLG Köln, Urt. v. 01.06.2005 – 5 U 91/03, VersR 2006, 124, 125).

Besteht bei einer Operation das erhebliche Risiko, dass die Krankheit nach dem Eingriff wieder ausbricht (hier: Befall des bislang gesunden Darmabschnitts mit Colitis ulcerosa nach Entfernung eines erkrankten Abschnitts), ist der Patient hierauf hinzuweisen.

In einem solchen Fall muss der Arzt den Patienten auch darüber aufklären, dass als ernsthafte Alternative die **Entfernung des gesamten Darms** die Anlage eines künstlichen Darmausgangs in Betracht kommt (OLG München, Urt. v. 03.08.2006 – 1 U 5775/05, OLGR 2007, 205, 206). Der vom Patienten behauptete **ernsthafte Entscheidungskonflikt ist jedoch nicht plausibel**, wenn er wegen der Erkrankung unter einem erheblichen Leidensdruck stand und/oder die nicht erwähnte Behandlungsalternative ganz erhebliche Nachteile aufweist, etwa die Anlage eines künstlichen Darmausgangs und ein Misserfolgsrisiko bis zu 50 % (OLG München, a.a.O.).

Die Entscheidung über das ärztliche Vorgehen, eine **Geburt vaginal oder mittels Kaiserschnitts (sectio) durchzuführen**, ist primär Sache des Arztes. Der geburtsleitende Arzt braucht daher in einer normalen Entbindungssituation ohne Risikofaktoren oder besondere Veranlassung nicht von sich aus die Möglichkeit einer Sectio zur Sprache bringen. Anders liegt es aber, wenn für den Fall, dass die Geburt vaginal erfolgt, für **das Kind ernst zu nehmende Gefahren** drohen, daher im Interesse des Kindes **gewichtige Gründe für eine Schnittentbindung** und diese unter Berücksichtigung auch der Konstitution und der Befindlichkeit der Mutter in der konkreten Situation eine medizinisch verantwortbare Alternative darstellt (BGH, Urt. v. 14.09.2004 – VI ZR 186/03, VersR 2005, 227, 228 = GesR 2005, 21, 22; Urt. v. 25.11.2003 – VI ZR 8/03, VersR 2004, 645, 647 = GesR 2004, 132, 135; OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2008 – I – 8 U 149/06, OLGR 2009, 137 f.; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2008 – 5 U 1198/07, OLGR 2008, 676, 677 und Urt. v. 18.05.2006 – 5 U 330/02, NJW-RR 2006, 1172, 1173; OLG München, Urt. v. 29.06.2006 – 1 U 2132/05, OLGR 2007, 266, 269; OLG Stuttgart, Urt. v. 29.05.2007 – 1 U 28/07, VersR 2007, 1417, 1418).

Liegen **keine weiteren Risikofaktoren**, ist eine entsprechende Aufklärung der Schwangeren über die Möglichkeit einer sectio nach der neueren Rechtsprechung erst bei einem **geschätzten Geburtsgewicht von 4.500 g** und mehr geboten (OLG Bamberg, Beschl. v. 28.07.2008 – 4 U 115/07, OLGR 2008, 784, 786 = GesR 2008, 594, 597; OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2008 – I – 8 U 149/06, OLGR 2009, 137 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.01.2002 – 8 U 49/01, OLGR 2002, 349, 350; OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2008 – 5 U 1198/07, VersR 2009, 70, 71; OLG München, Urt. v. 11.01.2007 – 1 U 3974/99, juris, Nr. 227, 230, 232, 233, 237, 342, 343, 344; OLG München, Urt. v. 29.06.2006 – 1 U 2132/05, OLGR 2007, 266, 267; OLG Stuttgart, Urt. v. 29.05.2007 – 1 U 28/07, VersR 2007, 1417, 1418).

Bestehen jedoch deutliche Anzeichen für eine Makrosomie, etwa bei einem zu erwartenden Geburtsgewicht von **4.500 g oder mehr**, liegt bei der **adipösen Schwangeren eine außergewöhnliche Gewichtszunahme** (hier: 28,7 kg) wegen der Schwangerschaft und/oder eine **schwere Gestose** (hier: massive Ödeme, stark erhöhte Eiweißwerte im Urin, deutlich erhöhter Blutdruck) vor, muss ein Hinweis auf die Möglichkeit einer sectio erfolgen (OLG Koblenz, Urt. v. 17.04.2001 – 3 U 1158/96, OLGR 2002, 69, 70; auch OLG München, Urt. v. 29.06.2006 – 1 U 2132/05, OLGR 2007, 266, 269: mehr als 4.500 g zu erwarten, erhebliches Übergewicht der Mutter, pathologisches CTG und/oder Gestose, im konkreten Fall aber verneint; OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2008 – I – 8 U 149/06, OLGR 2009, 137, 138: mehr als 4.500 g und mütterliche Diabetes oder verminderte Glukosetoleranz in der Schwangerschaft, im entschiedenen Fall verneint). Gleiches gilt bei bestehender **Beckenendlage bzw. Steiß-Fuß-Lage** (OLG Nürnberg, Urt. v. 15.2.2008 – 5 U 103/06, VersR 2009, 71, 72: rechtzeitige Aufklärung erforderlich; das Kind erlitt bei der vaginalen Entbindung eine hohe Querschnittslähmung; auch OLG München, Urt. v. 29.1.2009 – 1 U 3836/05, juris, Nr. 70, 71: im entschiedenen Fall nachgewiesene Aufklärung über sectio, wenn sich der Kopf in Beckenmitte befindet).

Der Hinweis auf die Möglichkeit einer Schnittentbindung ist aber nicht bereits deshalb erforderlich, wenn das tatsächliche Geburtsgewicht von 4.870 g mit der üblichen Messungenauigkeit von 10-20% auf 4.000 g geschätzt wird, die Gewichtszunahme der 1,65 m großen Mutter in der Schwangerschaft 17 kg auf 81 kg beträgt und eine objektiv vorliegende Gestationsdiabetes nicht bekannt war, ohne dass dies auf einem vorwerfbareren Versäumnis der Ärzte beruht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2008 – I – 8 U 149/06, OLGR 2009, 137, 138).

Die Aufklärung muss in dem Zeitpunkt erfolgen, in dem man erkennt bzw. hätte erkennen müssen, dass das Kind sehr groß (über 4.500 g) und eine vaginale Geburt deshalb riskant ist (OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.12.2004 – 7 U 4/03, VersR 2006, 515). Allerdings ist eine „vorsorgliche“ Aufklärung der werdenden Mutter über die Möglichkeit einer Sectio als Alternative zur vaginalen Geburt, bevor etwa nach Durchführung einer Ultraschalluntersuchung ein konkreter Anlass hierzu besteht, nicht erforderlich, da das Gespräch zu diesem Zeitpunkt weitgehend theoretisch bleibt (OLG Bamberg, Beschl. v. 28.07.2008 – 4 U 115/07, OLGR 2008, 784, 786; OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.12.2004 – 7 U 4/03, OLGR 2005, 273, 274).

Kommen nach einem Blasensprung in der laufenden 31. SSW sowohl das Abwarten mit der Förderung der Lungenreife als auch eine bewusst eingeleitete Frühgeburt in Betracht, muss die Schwangere über diese Behandlungsalternativen und vor allem über die typischen **Risiken einer vorzeitigen Einleitung der Geburt aufgeklärt** werden. Die Frage, ob eine Behandlungsalternative, auf die die Patientin nicht hingewiesen worden ist, zu einem besseren Ergebnis geführt hätte, betrifft dabei nicht die Kausalität der tatsächlich durchgeführten Entbindung für den eingetretenen Schaden (hier: Hirnblutung des Kindes), sondern einen hypothetischen Kausalverlauf, für den die Behandlungsseite beweispflichtig ist (OLG Naumburg, Urt. v. 20.12.2007 – 1 U 95/06, OLGR 2008, 376, 377).

Kommen zur **zahnärztlichen Versorgung von Zahnlücken** mehrere Alternativen des Zahnersatzes (z. B. bogenförmige Brücke, implantatgetragene Einzelbrücken oder herausnehmbare Prothese) in Betracht, die aus ex-ante-Sicht objektiv eine gleichwertige Versorgungschance bieten, aber insbesondere eine deutlich unterschiedliche Beanspruchung des Patienten durch die Behandlung zur Folge haben können, so hat der Zahnarzt den Patienten hierauf hinzuweisen (OLG Naumburg, Urt. v. 05.04.2004 – 1 U 105/03, VersR 2004, 1469).

Der Zahnarzt ist insbesondere verpflichtet, vor einer prothetischen Versorgung auf medizinisch gleichermaßen indizierte Alternativen hinzuweisen. Ist etwa eine Neuversorgung des Oberkiefers gegenüber einer bloßen Teilerneuerung überhaupt indiziert, bestehen regelmäßig verschiedene Optionen, etwa (a) die Entfernung wurzelbehandelter Zähne und damit die Reduktion auf wenige „Restzähne“ mit nachfolgender Einbringung einer ausgedehnten Teilprothese, (b) die Befestigung der Prothese über Klammern oder mit einem „Geschiebe“, (c) der Einsatz einer durch Teleskopkronen getragenen Teilprothese oder (d) der – mit höheren Kosten verbundene – Einsatz von Implantaten, insbesondere von implantatgestützten Brücken (OLG Koblenz, Urt. v. 20.07.2006 – 5 U 180/06, OLGR 2007, 125, 126).

Der Zahnarzt hat die bestehenden Alternativen mit dem Patienten auch dann zu erörtern, wenn eine einzelne der in Betracht kommenden Alternativen zu einer **höheren Kostenbelastung** führen. Er darf nicht einfach unterstellen, der Patient wünsche in jedem Fall die vom Zahnarzt entwickelte Lösung mit der Anlehnung an eine bestehende Prothese (OLG Koblenz, a.a.O.). Insbesondere dann, wenn eine **Teleskopprothese gegenüber einer Modellgussprothese höhere Erfolgchancen** bietet, muss der Zahnarzt auch einen Kassenpatienten auf die Möglichkeit hinweisen, gegen Zahlung eines höheren Eigenanteils eine zahnprothetische Versorgung zu wählen, die über den für gesetzlich Versicherte als Regelversorgung vorgesehenen Standard hinausgeht (OLG Oldenburg, Urt. v. 14.11.2007 – 5 U 61/07, GesR 2008, 539 = VersR 2008, 1652: „wirtschaftliche Aufklärung“, a. A. Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, Rz 385, 328 b: keine Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen, die nur dem Selbstzahler zur Verfügung steht).

Der Behandler hat den Patienten auf die **Versorgungsalternative einer implantatgetragenen Brücke** hinzuweisen, wenn diese Konstruktion zumindest gleichwertige Chancen und vergleichbare Risiken gegenüber der herkömmlichen Brückenkonstruktion oder Teleskopprothese darstellt (Zach, MDR 2007, 931, 933/934 mit Hinweis auf OLG Hamm, Urt. v. 11.01.1995 – 3 U 84/94, AHRS II, 4800/15).

Wenn **keine wesentlichen Unterschiede** der in Betracht kommenden Behandlungsmethoden mit gleichwertigen Chancen oder Risiken im konkreten Fall bestehen, muss über eine mögliche anderweitige Behandlungsmethode nicht aufgeklärt werden (BGH, Urt. v. 13.06.2006 – VI ZR 323/04, VersR 2006, 1073, 1074; OLG Hamm, Urt. v. 26.11.2003 – 7 U 63/02, OLGR 2004, 323, 325 und Beschl. v. 26.11.2007 – 3 U 174/07, MedR 2008, 508; OLG Koblenz, Urt. v. 12.10.2006 – 5 U 456/06, VersR 2007, 111 = MedR 2007, 175: verschiedene OP-Methoden ohne eindeutige Vorteile; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2008 – 5 U 1198/07, OLGR 2008, 676, 677; OLG Köln, Urt. v. 24.01.2007 – 5 U 142/03, OLGR 2007, 547, 548: konservative Behandlung bzw. Zuwarten statt Meniskusteilresektion).

So stellt bei der **Implantation einer Knieendoprothese** eine Arthrodesese (Versteifung) gegenüber der Endoprothese keine ernsthafte Behandlungsalternative dar. Während die Arthrodesese mit einer völligen Einsteifung des Knies verbunden ist, kann mit der Endoprothese die Beweglichkeit des Knies verbessert werden (OLG Oldenburg, Urt. v. 30.03.2005 – 5 U 66/03, VersR 2006, 517). Längsrisse im Meniskusgewebe bei degenerativer Veränderung des Gewebes rechtfertigen in Abhängigkeit vom Alter und dem Aktivitätsbedürfnis des Patienten auch dann eine **Meniskusteilresektion**, wenn der Patient nur über gelegentlich auftretende Kniegelenkbeschwerden klagt. In solchen Fällen stellen ein bloßes Zuwarten, eine konservative Behandlung sowie eine Meniskusnaht bzw. eine Meniskusrefixation keine ernsthafte, aufklärungspflichtige Alternative dar. Meniskusnaht oder Meniskusrefixation anstelle einer Teilresektion sind allenfalls bei nicht wesentlicher Degeneration des Meniskus bei Schädigung jüngerer Patienten im kapselnahen Drittel angezeigt (OLG Köln, Urt. v. 24.01.2007 – 5 U 142/03, OLGR 2007, 547, 548).

Über **einzelne Behandlungstechniken oder Behandlungsschritte** muss der Arzt grundsätzlich nicht aufklären (OLG Bamberg, Urt. v. 11.11.2002 – 4 U 99/02, OLGR 2003, 300: intraoperativ notwendig werdender Übergang von der Laparoskopie zur Laparotomie; OLG Hamm, Beschl. v. 26.11.2007 – 3 U 174/07, MedR 2008, 508: abdominale Vorgehensweise gegenüber der Hysterektomie/Gebärmutterentfernung nicht risikoärmer; OLG München, Beschl. v. 17.10.2007 – 1 U 3573/07, BeckRS 2008, 04017, S. 2: mehrer praktisch gleichwertige Methoden des Zugangs zum OP-Gebiet).

So muss der Arzt über die Möglichkeit der **Verwendung verschiedener Materialkombinationen** bei einer Totalendoprothese nicht von sich aus aufklären, denn hierbei handelt es sich regelmäßig nicht um Behandlungsalternativen mit jeweils wesentlich unterschiedlichen Belastungen des Patienten oder wesentlich unterschiedlichen Risiken und Erfolgchancen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.02.2002 – 7 U 159/01, OLGR 2002, 392, 393; OLG Stuttgart, Urt. v. 21.07.2008 – 1 U 25/08, S. 4: Materialkombination Keramik-Keramik einerseits und Keramik-Polyäthylen andererseits).

6. Rechtzeitigkeit der Aufklärung

Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert grundsätzlich, dass ein Arzt, der einem Patienten eine Entscheidung über die Duldung eines operativen Eingriffs abverlangt und für diesen Eingriff bereits einen Termin bestimmt, ihm schon zu diesem Zeitpunkt auch die Risiken aufzeigt, die mit dem Eingriff verbunden sein können. Eine erst später erfolgte Aufklärung ist zwar nicht in jedem Fall verspätet; eine hierauf erfolgte Einwilligung ist jedoch nur wirksam, wenn der Patient unter den jeweils gegebenen Umständen noch ausreichend Gelegenheit hat, sich innerlich frei zu entscheiden (BGH, Urt. v. 25.03.2003 – VI ZR 131/02, VersR 2003, 1441 = GesR 2003, 264, 265; OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr. 28; OLG Brandenburg, Urt. v. 17.7.2008 – 12 U 221/07, juris, Nr. 8: Aufklärung am Vortag einer Schilddrüsen-OP; OLG Koblenz, Beschl. v. 30.01.2008 – 5 U 1298/07, MDR 2008, 507; OLG Koblenz, Urt. v. 15.12.2005 – 5 U 676/05, MDR 2006, 992; OLG München, Urt. v. 21.09.2006 – 1 U 2175/06, OLGR 2007, 381, 382 = GesR 2007, 112, 114).

Je nach den Vorkenntnissen des Patienten von dem bevorstehenden Eingriff genügt eine **Aufklärung im Verlauf des Vortages vor dem Eingriff** regelmäßig, jedenfalls wenn sie zu einer Zeit erfolgt, zu der sie den Patienten die Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erlaubt (BGH, a.a.O.; OLG Brandenburg, a.a.O.; OLG Frankfurt, Urt. v. 11.10.2005 – 8 U 47/04, OLGR 2006, 489, 491; OLG München, a.a.O.).

Aufklärungsgespräche am Vorabend einer Operation sind jedoch stets verspätet, wenn der aufklärende Arzt den Patienten dabei erstmals und für diesen überraschend auf **gravierende Risiken** hinweist, die dessen persönliche zukünftige Lebensführung entscheidend beeinträchtigen können (BGH, Urt. v. 25.03.2003 – VI ZR 131/02, VersR 2003, 1441, 1443 = MedR 2003, 576, 577).

So reicht die erst **am Vortag einer Operation** zur Entfernung eines Tumors erfolgte Information des Patienten über das dabei bestehende Erblindungsrisiko (BGH, MDR 1998, 719; OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.06.2000 – 13 U 78/98, VersR 2001, 860, 861) oder die Möglichkeit erheblicher, kosmetischer Folgen (hier: Vergrößerung einer bereits bestehenden Unterbauchnarbe von 15 cm auf 45 cm) mit langfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen vor einer kosmetischen Operation (OLG Frankfurt, Urt. v. 1.10.2005 – 8 U 47/04, GesR 2006, 127) nicht aus, um die Entscheidungsfreiheit des Patienten zu gewährleisten.

Eine Aufklärung bei stationärer Behandlung, die erst **am Tag des operativen Eingriffs** erfolgt, ist – von Notfällen abgesehen – regelmäßig zu spät (BGH, MDR 1998, 716; OLG Koblenz, Urt. v. 15.02.2005 – 5 U 676/05, MDR 2006, 992, 993: Leistenoperation mit vorangegangenen Untersuchungen).

Bei einer **ambulanten Behandlung** kann je nach den Vorkenntnissen des Patienten eine Aufklärung **am Tag des Eingriffs** genügen, wenn nach den Gesamtumständen hinreichend Zeit bleibt, das Für und Wider eigenverantwortlich abzuwägen. So ist eine Aufklärung drei Stunden vor dem Eingriff, der mit dem Risiko von Nervenverletzungen verbunden ist, nicht zu beanstanden, wenn der Patient bereits mehrfach in vergleichbarer Weise operiert worden ist (OLG Koblenz, Beschl. v. 30.01.2008 – 5 U 1298/07, MDR 2008, 507; m. E. kann sich die Behandlungsseite in einem solchen Fall auch darauf berufen, eine Aufklärungspflicht bestehe bei einem derart „voraufgeklärten“ Patienten nicht).

Bei **Notoperationen** kann ein Aufklärungsgespräch naturgemäß nicht bzw. nur kurzfristig vor dem Eingriff durchgeführt werden. So reicht eine Aufklärung bei einer akuten Gallenblasenentzündung mit der Gefahr einer Gallenblasenperforation drei bis vier Stunden vor dem Eingriff aus (OLG München, Urt. v. 21.09.2006 – 1 U 2175/06, OLGR 2007, 381, 382 = GesR 2007, 112, 114). Im Übrigen ist regelmäßig von einer **mutmaßlichen Einwilligung** des Patienten zur Vornahme einer vitalindizierten Notoperation auszugehen (Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, Rz 63, 419; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 103; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 204, je m. w. N.).

Der Operateur bzw. Anästhesist darf den Patienten ohne ausdrücklich erklärte Einwilligung behandeln, wenn sich das **Aufklärungsbedürfnis erst intraoperativ herausstellt** und er annehmen darf, dass der Patient bei entsprechender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben würde. Dabei darf sich der Arzt am Bild eines verständigen Patienten orientieren (BGH, VersR 1993, 703, 705; OLG Naumburg, Urt. v. 04.10.2007 – 1 U 11/07, VersR 2008, 224, 225). In den Fällen, in denen präoperativ keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete intraoperative Operationserweiterung vorliegen, reicht der zuvor erteilte pauschale Hinweis auf das Risiko von Operationserweiterungen bzw. Nachoperationen grundsätzlich aus (OLG Naumburg, Urt. v. 10.06.2003 – 1 U 4/02, OLGR 2003, 525).

Kann allerdings bei einer **Kropfoperation eine intraoperative Operationserweiterung** – etwa die Entfernung des gesamten Schilddrüsengewebes anstatt einer zunächst vorgesehenen Teilentfernung – ernsthaft in Betracht kommen, ist der Patient hierauf hinzuweisen. Hatte er nur in eine Teilentfernung von Schilddrüsengewebe wirksam eingewilligt, der behandelnde Arzt jedoch während der Operation das gesamte Schilddrüsengewebe entfernt, ist der Eingriff nicht mehr von der erteilten Einwilligung gedeckt (OLG Naumburg, a.a.O.). Der Patient hat dann jedoch **nachzuweisen**, dass eine überflüssige bzw. nicht von der Einwilligung gedeckte Operationserweiterung den konkreten Schaden verursacht hat (OLG Naumburg, a.a.O.: Lähmung der Stimmbandnerven nach Entfernung des Schilddrüsengewebes; OLG Koblenz, Urt. v. 07.08.2003 – 5 U 1284/02, MedR 2004, 690: überflüssige Operationserweiterung hat keinen vom Patienten nachzuweisenden, abgrenzbaren Nachteil verursacht).

7. Aufklärungspflichtiger

Jeder behandelnde Arzt ist verpflichtet, den Patienten hinsichtlich **der von ihm übernommenen Behandlungsaufgaben** aufzuklären (BGH, Urt. v. 07.11.2006 – VI ZR 206/05, NJW-RR 2007, 310, 311 = VersR 2007, 209). Grundsätzlich kann sich kein an der Behandlung beteiligter Arzt ohne entsprechende Verständigung oder sonstige sichere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass ein anderer Arzt die Aufklärung besorgt hat oder besorgen werde (OLG Koblenz, Beschl. v. 14.05.2005 – 5 U 1610/04, VersR 2006, 123 = GesR 2005, 407; OLG Karlsruhe, VersR 1998, 718, 719; Katzenmeier, MedR 2004, 34, 37; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 209/210).

So kann sich Operateur nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass in den vorausgegangenen Aufklärungsgesprächen eine ausreichende Risikoauflklärung des Patienten über gravierende Risiken, etwa einer Querschnittlähmung, einer Falschgelenkbildung (Pseudoarthrose) u. a. erfolgt ist (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66, 68 = NJW 2007, 217, 219). Ist etwa aus dem Aufklärungsbogen ersichtlich, dass bestimmte, nicht unerhebliche Risiken offensichtlich nicht angesprochen worden waren, obliegt es dem Operateur, die Aufklärung rechtzeitig, d. h. spätestens am Vortag vor dem Eingriff, hinreichend zu vervollständigen (BGH, a.a.O.). Allerdings stellen eventuelle Fehler der die Anästhesie betreffenden Aufklärung die Wirksamkeit einer ordnungsgemäßen Aufklärung über den vom Operateur (Chirurg, Gynäkologe o. a.) durchgeführten Eingriff – und umgekehrt – nicht in Frage, denn die Pflicht zur vollständigen und rechtzeitigen Aufklärung betrifft den Arzt nur für sein Fachgebiet (OLG Karlsruhe, Urt. v. 08.10.2003 – 7 U 6/02, OLGR 2004, 237; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 210/211).

Aufklärender Arzt und Operateur müssen nicht identisch sein. Der aufklärende Arzt muss jedoch ausreichend mit den medizinischen Gegebenheiten vertraut sein und jedenfalls für die Aufklärung die erforderliche Qualifikation besitzen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2006 – 7 U 242/05, OLGR 2006, 617, 619; OLG Dresden, Urt. v. 11.02.2002 – 4 U 574/02, GesR 2003, 157, 159: bejaht für Assistenzarzt nach 20-monatiger Tätigkeit im entsprechenden Fachgebiet).

Der Chefarzt, der die Risikoauflklärung eines Patienten einem nachgeordneten Arzt überträgt, muss zur Vermeidung seiner fortbestehenden eigenen Haftung darlegen und im Zweifelsfall beweisen, welche organisatorischen Maßnahmen er ergriffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherzustellen und deren Umsetzung zu kontrollieren. Hierzu gehört etwa ein eigenes Gespräch mit dem Patienten und/oder die **Überprüfung des vom Patienten unterzeichneten Aufklärungsformulars**. Vor schwierigen und seltenen Eingriffen ist es erforderlich, dass für solche Eingriffe entweder eine spezielle Aufklärungsanweisung existiert oder jedenfalls gewährleistet ist, dass sich der Operateur auf andere Weise, z. B. in einem Vorgespräch mit dem aufklärenden Arzt, vergewissert, dass dieser den Eingriff in seiner Gesamtheit erfasst hat und dem Patienten die erforderlichen Entscheidungshilfen im Rahmen der Aufklärung geben kann (BGH, Urt. v. 07.11.2006 – VI ZR 206/05, VersR 2007, 209, 210).

Bei Standardeingriffen müssen klare, **stichprobenweise kontrollierte Organisationsanweisungen** und darf **kein Anlass zu Zweifeln an der Qualifikation des für die Aufklärung eingeteilten Arztes** bestehen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2006 – 7 U 242/05, OLGR 2006, 617, 619 und NJW-RR 1998, 459, 460; BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66, 68: Überprüfung der Eintragungen im Aufklärungsbogen).

Der an einen Facharzt oder in ein Krankenhaus überweisende Arzt ist jedoch grundsätzlich nicht zur Aufklärung des Patienten über die dort vorzunehmenden Maßnahmen verpflichtet (OLG Koblenz, Beschl. v. 14.04.2005 – 5 U 1610/04, GesR 2005, 407 = VersR 2006, 123; Steffen/Pauge, Rz. 428; Katzenmeier, MedR 2004, 34, 37; Reborn, MDR 2000, 1101, 1106).

8. Aufklärungsadressat

Die Aufklärung muss demjenigen zuteil werden, der die Einwilligung in den Eingriff zu geben hat, also dem Patienten selbst, bei Minderjährigen oder willensunfähigen Kranken dem gesetzlichen Vertreter, also den Eltern, dem Vormund oder Pfleger (Geiß/Greiner, Rz C 113, 114; Steffen/Pauge, Rz 431; Martis/Winkhart, Seite 216, 217).

Minderjährigen Patienten steht bei einem nur relativ indizierten Eingriff mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für die künftige Lebensgestaltung (im entschiedenen Fall: Querschnittlähmung, Verwachsungen, Falschgelenkbildungen) ein **Vetorecht** gegen die Fremdbestimmung durch die gesetzlichen Vertreter zu, wenn sie im konkreten Fall über eine ausreichende Urteilsfähigkeit verfügen (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66, 67 = NJW 2007, 217, 218: im konkreten Fall bei einer 15-jährigen Schülerin bejaht; a.A. Kern, GesR 2009, 1, 3: Alleinzuständigkeit des einwilligungsfähigen Minderjährigen).

Um von diesem Vetorecht Gebrauch machen zu können, sind auch minderjährige Patienten entsprechend aufzuklären, wobei der Arzt allerdings im Allgemeinen darauf vertrauen kann, dass die Aufklärung und Einwilligung der Eltern genügt (BGH, a.a.O.; a.A. Kern, GesR 2009, 1, 3: dies wird den Grundrechten des Minderjährigen nicht gerecht).

Gegenüber **ausländischen bzw. schlecht deutsch sprechenden Patienten** besteht keine grundsätzliche Verpflichtung des aufklärenden Arztes, stets einen Dolmetscher bzw. Sprachmittler hinzuzuziehen (KG, Urt. v. 08.05.2008 – 20 U 202/06, OLGR 2008, 647, 649 = VersR 2008, 1649, 1650; OLG Hamm, Urt. v. 11.09.2000 – 3 U 109/99, VersR 2002, 192; OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.03.1997 – 13 U 42/96, VersR 1998, 718; Reborn, MDR 2004, 371, 373).

Eine **sprachkundige Person** ist jedoch dann hinzuzuziehen, wenn zu befürchten oder nicht ohne Weiteres sicher ist, dass der Patient die deutsche Sprache nicht genügend beherrscht bzw. die ärztlichen Erläuterungen nicht richtig versteht. Dem ausländischen Patienten muss in jedem Falle eine zutreffende Vorstellung vermittelt werden, welche Risiken er durch den beabsichtigten Eingriff eingeht (OLG München, Urt. v. 14.02.2002 – 1 U 3495/01; OLGR 2002, 255 = GesR 2003, 239, 240; nunmehr auch KG, Urt. v. 08.05.2008 – 20 U 202/06, OLGR 2008, 647, 649 unter Aufgabe von KG, Urt. v. 15.01.1998 – 20 U 3654/96, MedR 1999, 226).

Gibt der Patient jedoch nicht zu erkennen, dass er die Aufklärung nicht verstanden hat, verlangt er auch nicht die Zuziehung eines Dolmetschers oder wenigstens eines deutsch sprechenden Familienangehörigen, so können die Ärzte davon ausgehen, dass die erteilte Einwilligung in den Eingriff wirksam ist (OLG München, a.a.O.; KG a.a.O.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.09.2002 – 7 U 102/01, MedR 2002, 104, 105; OLG Hamm, Urt. v. 11.09.2003 – 3 U 109/99, VersR 2002, 193; Jorzig, GesR 2004, 410; Muschner, VersR 2003, 826, 829: kein Verschulden des Arztes).

9. Hypothetische Einwilligung und Entscheidungskonflikt

Eine unterlassene, unvollständige oder nicht rechtzeitige Aufklärung führt nicht zur Haftung des Arztes, wenn dieser darlegen und im Bestreitensfall beweisen kann, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den **konkreten, gerade durch den betreffenden Arzt bzw. in der betreffenden Abteilung des Krankenhauses vorgenommenen Eingriff eingewilligt hätte** (BGH, Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1000; Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 313/03, VersR 2005, 836, 837; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.03.2005 – 5 U 66/03, VersR 2006, 517; OLG Oldenburg, Urt. v. 04.07.2007 – 5 U 106/06, VersR 2008, 124, 125).

Erst wenn sich die **Behandlungsseite auf eine „hypothetische Einwilligung“ berufen** hat, muss der Patient darlegen und beweisen, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem ernsthaften **Entscheidungskonflikt** darüber befunden haben würde, ob er den Eingriff vornehmen lassen soll (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 259, Nr. 22 = GesR 2009, 154, 157; Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1000 = NJW 2007, 2771, 2772; Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66, 68 = GesR 2007, 14, 15; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.2.2008 – 1 W 4/08, GesR 2009, 41, 42; OLG Koblenz, Urt. v. 01.04.2005 – 5 U 1086/03, MedR 2005, 292).

Wird der Einwand der hypothetischen Einwilligung **erst in zweiter Instanz erhoben**, ist er gem. § 531 II Nr. 3 ZPO nur dann zu berücksichtigen, wenn die dem neuen Vorbringen zugrunde liegenden Tatsachen vom Patientenvertreter nicht bestritten werden (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 259, Nr. 24, 25 = GesR 2009, 154, 157).

Ob der Patient für den Fall der vollständigen und richtigen Aufklärung plausibel darlegen kann, dass er sich wegen seiner Einwilligung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hätte, lässt sich regelmäßig nur nach seiner **persönlichen Anhörung** beurteilen (BGH, Urt. v. 01.02.2005 – VI ZR 174/03, MDR 2005, 865 = GesR 2005, 259; Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 313/03, VersR 2005, 836, 837 = NJW 2005, 1718, 1719; Urt. v. 27.03.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995, 998).

Ist nicht auszuschließen, dass sich der Patient unter Berücksichtigung des zu behandelnden Leidens und der Risiken, über die aufzuklären war, aus vielleicht **nicht gerade „vernünftigen“, aber nachvollziehbaren Gründen** für eine Ablehnung der Behandlung entschieden haben könnte, ist ein „echter Entscheidungskonflikt“ regelmäßig plausibel dargelegt (BGH, Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1001).

Kann das Gericht die Plausibilität des behaupteten Entscheidungskonflikts nicht abschließend beurteilen, weil der **Patient zwischenzeitlich verstorben** ist oder einen Schlaganfall erlitten hat und hat der Arzt die Behauptung aufgestellt, der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die streitgegenständliche Behandlung eingewilligt, wurde bislang teilweise davon ausgegangen, dass ein „ernsthafter Entscheidungskonflikt“ nicht plausibel gemacht werden kann (OLG Bamberg, Urt. v. 15.09.2003 – 4 U 11703, OLGR 2004, 27, 28: Schlaganfall; OLG Hamm, Urt. v. 15.06.2005 – 3 U 289/04, GesR 2005, 401, 402; a.A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.04.2002 – 8 U 81/01, OLGR 2003, 387, 390; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.01.2003 – 8 U 135/01, OLGR 2003, 181, 184: Entscheidungskonflikt nach den Darlegungen der Tochter des verstorbenen Patienten bejaht; ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.10.2002 – 7 U 107/00, OLGR 2003, 233, 234).

Der BGH differenziert nunmehr wie folgt (Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1001 = MDR 2007, 1017, 1018):

Sofern aufgrund der objektiven Umstände ein echter Entscheidungskonflikt eher fern, eine haftungsrechtliche Ausnutzung der Aufklärungsversäumnisse eher nahe liegt, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Tatrichter eine hypothetische Einwilligung bejaht, obwohl der Patient hierzu nicht persönlich angehört werden konnte. Ist jedoch nicht auszuschließen, dass sich der Patient unter Berücksichtigung des zu behandelnden Leidens und der Risiken, über die aufzuklären war, aus vielleicht nicht gerade „vernünftigen“, aber nachvollziehbaren Gründen für eine Ablehnung der Behandlung entschieden haben könnte, kommt ein „echter Entscheidungskonflikt“ in Betracht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Patient nicht über mögliche, erhebliche Nebenwirkungen eines Medikaments (Schilddrüsenfunktionsstörung, schwere Lungenerkrankungen, Leberschäden, Neuropathien, Myopathien, Herzstillstand) zur Behandlung einer Herzrhythmie aufgeklärt worden war; hier liegt ein ernsthafter Entscheidungskonflikt „auf der Hand“ (BGH, a.a.O.; Wenzel, MedR 2007, 722).

a. In folgenden, aktuellen Fällen wurde das **Vorliegen eines ernsthaften Entscheidungskonflikts bejaht**:

Eine Patientin kann einen Entscheidungskonflikt **trotz erfolgter rechtzeitiger Aufklärung über das schwerstmögliche in Betracht kommende Risiko** einer Querschnittlähmung plausibel machen, wenn dieses Risiko vom aufklärenden Arzt als äußerst gering dargestellt worden ist und bei der Patientin der Eindruck entstanden sein kann, dass es zu vernachlässigen sei, eine **Aufklärung über die weniger schwerwiegenden, aber häufigeren Risiken** einer Falschgelenkbildung und der Entstehung von Verwachsungen im Brustraum mit Rippeninstabilitäten, die sich dann sämtlich realisiert haben, nicht erfolgt ist und dieses bei der Aufklärung unerwähnt gebliebenen Risiken auch aus ex-ante-Sicht die Lebensführung der (im vorliegenden Fall 15-jährigen) Patientin schwer belasten und ihr Leben nachhaltig beeinträchtigen (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66, 68 = NJW 2007, 217, 219).

Über die mit einer **Ausschabung der Gebärmutterhöhle** verbundenen Risiken, insbesondere das mit 1 : 1.000 sehr seltene Risiko eines Asherman-Syndroms (Verklebung des Uterus durch Bildung von Narbenzügen) mit der Folge einer Unfruchtbarkeit muss eine 28 Jahre alte Patientin aufgeklärt werden. Ein Entscheidungskonflikt ist zu bejahen, wenn die Patientin vorträgt, bei erteiltem Hinweis hätte sie zunächst Rücksprache mit ihrem behandelnden Gynäkologen gehalten, weil dieser ihr erklärt hatte, die Ausschabung der Gebärmutter sei bei ihr nicht zwingend erforderlich (OLG Köln, Urt. v. 25.04.2007 – 5 U 180/05, OLGR 2008, 769, 771 = VersR 2008, 1072, 1073).

Vor der **Entfernung einer Zyste und dem Lösen von Verwachsungen** muss die Patientin darauf hingewiesen werden, dass der Eingriff nicht dringend ist und es dabei zu einer Verletzung des Harnleiters kommen kann. Ein Entscheidungskonflikt der Patientin „liegt auf der Hand“, wenn die Patientin zuvor beschwerdefrei, zunächst nur eine Bauchspiegelung vereinbart war und die dann vorgenommene komplette Entfernung der sich dabei zeigenden Verwachsungen und mehrerer Endometrioseherde mit der entfernten Zyste im Rahmen des dann umfangreicheren und schwierigeren Eingriffes nur relativ indiziert war (OLG Köln, Urt. v. 29.01.2007 – 5 U 85/06, MedR 2007, 599, 601).

Besteht wegen jahrelanger Einnahme von Kortison vor einer beabsichtigten Operation ein **erhöhtes Infektionsrisiko**, reicht es nicht aus, den Patienten pauschal auf die Gefahr von Wundheilungsstörungen und Wundinfektionen aufmerksam zu machen. Ein erhöhtes

Infektionsrisiko wird von der Aufklärung über Wundheilungsstörungen und Wundinfektionen nicht erfasst. Behauptet die Behandlungsseite eine „hypothetische Einwilligung“, so ist ein Entscheidungskonflikt des Patienten plausibel dargelegt, wenn er vorbringt, bei ordnungsgemäßer Aufklärung über das erhöhte Infektionsrisiko hätte er zwar nicht gänzlich von der Operation zur Behebung eines Bruchspalts am Fuß Abstand genommen, er hätte jedoch auf die zusätzlich zugeführte „nur relativ indizierte“ Korrektur des Großzehs zur Behebung eines Hallux Valgus (Verbiegung der Großzehe) im Hinblick auf das erhöhte Infektionsrisiko verzichtet, weil die Beschwerden hier noch erträglich gewesen wären (OLG Oldenburg, Urt. v. 15.11.2006 – 5 U 68/05, juris, Nr. 29, 30, 37).

Eine Nervläsion kann auch bei ordnungsgemäßer **Zahnextraktion** nicht ausgeschlossen werden. Über solche typischen, wenngleich seltenen Risiken ist der Patient aufzuklären. Der Vortrag des Patienten, er hätte dann die Einwilligung in die Zahnextraktion verweigert oder noch zugewartet, ist dann plausibel, wenn er **keine Beschwerden** hatte und die **Extraktion nicht vital indiziert** war (OLG Koblenz, Urt. v. 13.05.2004 – 5 U 41/03, VersR 2005, 118, 119). Nach anderer Ansicht ist das Risiko einer Schädigung oder Durchtrennung des Nervus lingualis bei einer Zahnextraktion so extrem selten, dass jedenfalls für den Patienten, der **unter erheblichen Schmerzen leidet**, regelmäßig kein echter Entscheidungskonflikt vorliegt (OLG Zweibrücken, Urt. v. 22.02.2000 – 5 U 25/99, OLGR 2000, 549; OLG Jena, Urt. v. 26.04.2006 – 4 U 416/05, OLGR 2006, 710, 712/713; OLG Karlsruhe, VersR 1989, 808).

Beruft sich der Patient darauf, er hätte nach vollständiger Aufklärung auch über das in seinem Fall wegen bestehender Vernarbungen um den Faktor 10 bis 20 **erhöhte Risiko einer dauerhaften Stimmbandlähmung** (mit Heiserkeit, Sprach- und Atemstörungen) bei einer beidseitigen Schilddrüsenresektion zunächst nur die eine Seite operieren lassen, ist der Entscheidungskonflikt plausibel dargelegt, wenn die Operation (auch) auf der anderen Seite **nicht eilbedürftig** war (OLG Köln, Urt. v. 14.4.2008 – 5 U 135/07, VersR 2009, 261, 262).

b. In folgenden Fällen wurde ein ernsthafter Entscheidungskonflikt verneint:

Leidet der Patient unter starken, durch Einleitung oder Fortführung einer konservativen Behandlung **nicht beherrschbaren Schmerzen**, so ist sein Vorbringen, bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Risiken eines operativen Eingriffes hätte er sich in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden, in der Regel nicht plausibel (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.11.2001 – 7 U 114/99; OLGR 2002, 407, 408; OLG München, Urt. v. 03.08.2006 – 1 U 5775/05, OLGR 2007, 205, 206; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.03.2005 – 5 U 66/03, VersR 2006, 517, 518).

Leidet die Patientin laufend und zunehmend unter starken Blutungen und bieten andere Therapiemöglichkeiten keine Aussicht auf Heilung oder deutliche Besserung, so ist der Vortrag der Patientin, bei vollständiger und zutreffender Aufklärung über die Risiken einer **medizinisch indizierten, aber nicht dringlichen Hysterektomie** (Gebärmutterentfernung) hätte sie sich unter keinen Umständen hierfür entschieden, nicht plausibel (OLG Bamberg, Urt. v. 06.03.2006 – 4 U 236/05, OLGR 2006, 739, 741).

Über die Gefahr dauerhaft verbleibender Atembeschwerden (Atemnot) muss der Arzt den Patienten vor der operativen **Entfernung „kalter Knoten“ im Bereich der Schilddrüse** aufklären. Dieses Risiko wird von einem Hinweis auf Blutungen, Thrombose, Embolie, Wundinfektion, Wundheilungsstörungen, Verletzungen von Nerven und Gefäßen,

Stimmbandlähmung, Heiserkeit und Narbenbildung nicht erfasst. Der vom Patienten behauptete Entscheidungskonflikt ist jedoch im Hinblick auf die vorangegangene, erfolglose konservative Behandlung und den ex-ante nicht auszuschließenden Malignitätsverdacht nicht plausibel, wenn die Patientin mit dem Eingriff auch bei ihrer Mutter durch einen Kropf bedingt aufgetretene, starke optische und körperliche Beeinträchtigungen vermeiden wollte (OLG Koblenz, Urt. v. 01.04.2004 – 5 U 1086/03, OLG 2004, 537, 538 = MedR 2005, 292, 293).

Der Einwand der „hypothetischen Einwilligung“ greift auch durch, wenn die **Schilddrüsenoperation medizinisch indiziert** ist, eine echte Alternative (z.B. Radio-Jod-Behandlung oder medikamentöse Behandlung mit Thyroxin) nicht besteht und die Patientin ausführt, bei erfolgtem Hinweis auf eine ggf. dauerhafte Stimmbandlähmung hätte sie eine Zweitmeinung eingeholt. Es ist nicht plausibel, dass die Patientin bei fehlender Alternative dann ihre Zustimmung nicht erteilt hätte (OLG Brandenburg, Urt. v. 17.07.2008, 12 U 221/07, juris, Nr. 8; ebenso LG Ellwangen, Urt. v. 13.2.2009 – 5 O 480/07, S. 17/18: kein Entscheidungskonflikt, wenn eine Schilddrüsenoperation bei Zunahme der Atemnot absolut indiziert ist und auch vom Internisten dringend empfohlen wurde).

10. Kausalität

Steht fest, dass der Arzt den Patienten nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig aufgeklärt hat, so hat der Patient darzulegen und zu beweisen (§ 286 ZPO), dass sein Gesundheitsschaden auf derjenigen Behandlung beruht, die mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrig gewesen ist (BGH, Urt. v. 27.03.2008 – VI ZR 69/07, NJW 2008, 2344, 2345; OLG München, Beschluss vom 05.02.2007 – 1 U 4946/06, juris; OLG Köln, Urt. v. 25.04.2007 – 5 U 180/05, OLG 2008, 769, 771). Gibt der Sachverständige den Grad der **Wahrscheinlichkeit mit 90 %** an, reicht dies für die Bejahung des Kausalzusammenhangs aber regelmäßig aus (OLG Köln, a.a.O.).

Wurde es vom Arzt versäumt, den Patienten vor der Durchführung eines Angiographie bzw. eines PTA über das Risiko einer nachfolgenden eingetretenen Embolie aufzuklären, so haftet er dennoch nicht, wenn auch eine Herzkatheteruntersuchung, über deren Risiken der Patient aufgeklärt worden ist, für die Beschwerden ursächlich geworden sein kann (OLG München, Beschl. v. 05.02.2007 – 1 U 4946/06, juris). Gleiches gilt, wenn die Verschlechterung der Schmerzsituation, worüber der Patient vor der Durchführung des Eingriffes nicht hingewiesen worden ist, **auch auf dem Grunderleiden beruhen kann** (OLG Hamm, Urt. v. 05.11.2003 – 3 U 102/03, AHRS III, 4100/319) oder wenn der Patient nicht beweisen kann, dass der eingetretene Körper- oder Gesundheitsschaden **durch den nicht rechtmäßigen Teil eines (überschießenden) Eingriffes verursacht** worden ist (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.02.2003 – 7 U 156/02, GesR 2003, 239; OLG Naumburg, Urt. v. 10.06.2003 – 1 U 4/02, OLG 2003, 525). Eine Haftung des Arztes wegen fehlender oder unzureichender Aufklärung scheidet auch aus, wenn der Patient nicht nachweisen kann, dass eine infolge mangelhafter Aufklärung unterbliebene Operation die Beschwerden (hier: Fehlstellung) nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit beseitigt hätte (OLG Oldenburg, Urt. v. 29.7.2004 – 5 U 112/03, AHRS III, 6370/303).

Hat sich andererseits gerade dasjenige Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und tatsächlich aufgeklärt worden ist, spielt es keine Rolle, ob bei der Aufklärung auch andere Risiken der Erwähnung bedürft hätten (BGH, Urteil vom 13.06.2006 – VI ZR 323/04, VersR 2006, 1073, 1075; Urt. v. 15.02.2000 – VI ZR 48/99, MDR 2000, 1012 = VersR 2000, 725,

726; Geiß/Greiner, Rz. C 157; Martis/Winkhart, Seite 253/254; vgl. auch Bender, VersR 2009, 176, 180 zum „Neulandrisiko“).

11. Verschulden

Liegt ein Aufklärungsmangel vor, hat dieser zu einem Schaden beim Patienten geführt und kann sich der Arzt nicht mit Erfolg auf eine „hypothetische Einwilligung“, ein „rechtmäßiges Alternativverhalten“ oder eine zuvor erfolgte Voraufklärung des Patienten berufen, haftet er dem Patienten auf Schadensersatz. In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass die Einstandspflicht des Arztes im Einzelfall bei fehlender oder unzureichender Aufklärung **mangels Verschuldens** entfallen kann (BGH, NJW 1989, 1533, 1535; BGH, Urt. v. 07.11.2006 – VI ZR 206/05, VersR 2008, 209, 210; OLG Naumburg, Urt. v. 28.02.2008 – 1 U 53/07, VersR 2008, 1494, 1496; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2008 – 5 U 1630/07, OLGR 2008, 796, 798 = MDR 2008, 1397 = VersR 2008, 1651, 1652 = MedR 2008, 672, 674).

So entfällt eine Haftung des Arztes mangels Verschuldens, wenn er das **Bestehen einer echten Behandlungsalternative nicht erkennen konnte**, weil es in der maßgeblichen Fachliteratur nicht beschrieben war (OLG Naumburg, Urt. v. 28.02.2008 – 1 U 53/07, VersR 2008, 1494, 1496). Ist die ärztliche ex-ante-Bewertung zweier alternativer Behandlungsmethoden zum Zeitpunkt des Eingriffes oder dessen Nichtvornahme als nicht gleichwertig vertretbar (und damit nicht aufklärungspflichtig), so stellt der darauf fußende Entschluss über die andere (Operations-) Methode nicht bzw. nicht im Einzelnen aufzuklären, keine schuldhafte Pflichtverletzung dar (OLG Naumburg, a.a.O.). Konnte der Arzt **davon ausgehen**, dass der Patient bereits einschlägig informiert war, etwa weil der Patient einen Aufklärungsbogen, der den Hinweis auf wesentliche Risiken des Eingriffes und die Passage enthielt, **alles gelesen und verstanden zu haben**, einige Tage in Besitz und unterzeichnet hatte, scheidet seine Haftung wegen eines Aufklärungsversäumnisses mangels Verschuldens aus, wenn sich ein im Bogen aufgeführtes Risiko realisiert (OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2008 – 5 U 1630/07, OLGR 2008, 796, 798 = MDR 2008, 1397).

12. Aufklärungsgespräch und Dokumentation der Aufklärung

Der von der Behandlungsseite zu führende Nachweis einer vollständigen und zutreffenden Aufklärung kann nicht allein mit Hilfe eines „Aufklärungsbogens“ oder der Eintragung in der Patientenakte geführt werden. Die Aushändigung und Unterzeichnung von Merkblättern ersetzen das grundsätzlich erforderliche Aufklärungsgespräch nicht (OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.2.2008 – 1 W 4/08, GesR 2009, 41, 42; Geiß/Greiner, Rz. C 87, C 134; Martis/Winkhart, Seite 270 ff).

Im Zweifel ist jedoch den Angaben des Arztes über eine erfolgte Risikoaufklärung zu glauben, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und „einiger Beweis“ für ein Aufklärungsgespräch erbracht worden ist (BGH, VersR 1985, 361 = MDR 1985, 923; OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris, Nr. 40, 42). Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Arzt erklärt, er könne sich an das konkrete Aufklärungsgespräch zwar nicht mehr erinnern, sei sich aber sicher, **ein bestimmtes Risiko bei derartigen Gesprächen stets zu erwähnen („ständige Übung“)** und er Patient einen **Aufklärungsbogen unterzeichnet** hat, in dem das Risiko, zumindest die **„Stoßrichtung“ des sich realisierenden Risikos genannt** ist (OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.03.2005 – I 8 U 56/04, OLGR 2006, 12, 14: unterzeichneter Aufklärungsbogen mit handschriftlichem Hinweis auf das Risiko; OLG Frankfurt, Urt. v. 5.8.2008 – 8 U 267/07, juris, Nr. 23, 26, 29: Risiko im Aufklärungsbogen erwähnt und Zeugenaussage der Arzthelferin; OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.06.2004 – 7 U

228/02, OLGR 2004, 520 f = GesR 2004, 469; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2008 – 5 U 1630/07, OLGR 2008, 796, 798: handschriftliche Eintragung im Aufklärungsbogen; OLG München, Beschl. v. 12.03.2007 – 1 U 5826/06, juris, Nr. 4, 9: unterzeichneter Aufklärungsbogen und schlüssige Darstellung des Arztes; OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris, Nr. 40, 42: unterzeichneter Aufklärungsbogen und Zeugenaussage einer Ärztin bzw. Arzthelferinnen; OLG München, Urt. v. 23.09.2004 – 1 U 5198/03, OLGR 2006, 90, 91; OLG Oldenburg, Urt. v. 26.1.2005 – 5 U 9/04, AHRS III, 4350/ 311: unterzeichneter Aufklärungsbogen und glaubhafte Bekundung des aufklärenden Arztes; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.11.2006 – 1 U 121/06: unterzeichneter Aufklärungsbogen mit handschriftlichen Ergänzungen und Darstellung der „ständigen Aufklärungsübung“; OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.10.2005 – 5 U 10/05, OLGR 2006, 154, 156: unterzeichneter Aufklärungsbogen oder entsprechende Eintragungen in der Patientenakte und schlüssige Darstellung einer „ständigen Aufklärungsübung“; weitergehend OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.12.2008 – 7 U 32/08, S. 4 und OLG Düsseldorf, VersR 1995, 1316, 1317 sowie OLG Frankfurt, VersR 1999, 758, 759: unterzeichneter Aufklärungsbogen streitet für die Richtigkeit der dort abgegebenen Erklärungen, Patient muss Gegenbeweis führen; hiergegen Geiß/Greiner, Rz. C 88, 134 m.w.N.: unterzeichneter Aufklärungsbogen nur Indiz).

Allein der Umstand, dass der Patient eine ordnungsgemäße Aufklärung in Abrede stellt, kann nicht dazu führen, den vom Arzt zu führenden Beweis eines behaupteten Aufklärungsgesprächs als nicht geführt anzusehen. Vielmehr müssen erhebliche, den Arzt belastende Indizien hinzukommen (OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris, Nr. 44; auch OLG Hamm, Urt. v. 18.4.2005 – 3 U 259/04 mit NZA-Beschl. BGH v. 16.5.2005 – VI 138/05, AHRS III, 6805/321: nur bei Anzeichen für nachträgliche Eintragungen, z.B. mit andersfarbigem Stift oder abweichender Handschrift).

Hat der Arzt an das Aufklärungsgespräch jedoch **keine konkrete Erinnerung** mehr und ist das sich realisierende, **aufklärungspflichtige Risiko im Aufklärungsbogen bzw. in der Patientenakte auch nicht beschrieben**, hat die Behandlungsseite den von ihr zu führenden Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung regelmäßig nicht erbracht (OLG Koblenz, Urt. v. 01.04.2004 – 5 U 1086/03, MedR 2005, 292 = NJW-RR 2004, 1166; OLG Hamm, Urt. v. 15.06.2005 – 3 U 289/04, GesR 2005, 401; OLG Oldenburg, Urt. v. 15.11.2006, 5 U 68/05, juris, Nr. 34; OLG Brandenburg, Urt. v. 12.07.2007 – 12 U 207/06, GesR 2007, 575).

Allein die Aussage des Arztes, er könne sich an das konkrete Aufklärungsgespräch mit dem Patienten nicht mehr erinnern, würde aber „normalerweise über das erhöhte Infektionsrisiko aufklären, das aus der Einnahme kortisonhaltiger Präparate resultiert“, genügt nicht für die glaubhafte Darstellung einer ständigen und ausnahmslosen Übung des Arztes, die stets eingehalten worden ist, wenn gerade nicht ausgeschlossen ist, dass er das konkrete – erhöhte – Risiko gegenüber dem bestimmten Patienten möglicherweise nicht erwähnt hat (OLG Oldenburg, Urt. v. 15.11.2006 – 5 U 68/05, juris, Nr. 34; auch OLG Brandenburg, Urt. v. 12.07.2007 – 12 U 207/06, GesR 2007, 575: kein Nachweis der „ständigen Übung“, wenn der Umfang der Aufklärung nicht immer gleich gewesen ist).

II. Behandlungsfehler (MDR 2009, 1082 – 1090)

1. Vertragliche und deliktische Sorgfaltspflichten

Bei dem zwischen den Patienten und dem Arzt geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen **Dienstvertrag**. Der Arzt schuldet dem Patienten regelmäßig nur eine fachgerechte, dem wissenschaftlichen Stand entsprechende Behandlung als Dienstleistung, keinen Behandlungs- oder Heilerfolg (OLG Brandenburg, Urt. v. 05.04.2005 – 1 U 34/04, OLGR 2005, 489, 492; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.02.2005 – 26 U 56/04, NJW-RR 2005, 701, 702; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.05.2005 – 1 W 85/05, MDR 2006, 873 und Urt. v. 25.11.2005 – 1 U 6/05, OLGR 2006, 128).

Als **Behandlungsfehler** ist jeder Verstoß gegen die Regeln und Standards der ärztlichen Wissenschaft zu verstehen. Ob ein Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat, beantwortet sich danach, ob er nach den von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnissen und Erfahrungen im konkreten Fall **diagnostisch und therapeutisch vertretbar und sorgfältig vorgegangen** ist oder nicht (OLG Brandenburg, Urt. v. 09.10.2002 – 1 U 7/02, VersR 2004, 199, 200; OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.10.2005 – 7 U 132/04, OLGR 2006, 8; OLG Naumburg, Urt. v. 11.07.2006 – 1 U 1/06, OLGR 2007, 396: Abweichung vom Standard der medizinischen Versorgung).

Ob ein Arzt seine berufsspezifische Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist nach medizinischen Maßstäben zu beurteilen. Demgemäß darf der Richter den medizinischen Standard nicht ohne **Einholung eines Sachverständigengutachtens** ermitteln (BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03, GesR 2004, 290; Urt. v. 25.11.2003 – VI ZR 8/03, NJW 2004, 1452, 1453).

2. Therapeutische Aufklärung (Sicherungsaufklärung)

Als „Sicherungsaufklärung“ oder „therapeutische Aufklärung“ wird – oft missverständlich – der Umstand umschrieben, dass der Arzt verpflichtet ist, seinen Patienten nicht nur zu behandeln, sondern ihn auch über **alle Umstände zu informieren, die zur Sicherung des Heilungserfolges und zu einem therapiegerechten Verhalten sowie zur Vermeidung möglicher Selbstgefährdungen** des Patienten erforderlich sind (BGH, Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 289/03, VersR 2005, 834; Stöhr, RiBGH, GesR 2006, 145, 146; Steffen/Pauge, Rz 325, 574 ff; Martis/Winkhart, 2. Aufl. 2007, Seite 92 – 110).

Versäumnisse im Bereich der therapeutischen Aufklärung sind **keine Aufklärungsfehler, sondern Behandlungsfehler** mit den für diese geltenden beweisrechtlichen Folgen. Der Patient hat also grundsätzlich den Beweis zu führen, dass ein – medizinisch erforderlicher – therapeutischer Hinweis nicht erteilt wurde und er hierdurch einen Körper- oder Gesundheitsschaden erlitten hat (BGH, Urt. v. 14.09.2004 – VI ZR 186/03, VersR 2005, 227, 228; Urt. v. 15.03.2005 – IV ZR 313/05, VersR 2005, 836; OLG München, Urt. v. 29.03.2007 – 1 U 5265/06, juris, Nr. 37, 39; OLG Stuttgart, Urt. v. 20.05.2008 – 1 U 122/07, OLGR 2008, 633 = VersR 2008, 927). Auch die therapeutische Aufklärung enthält eine Risikokomponente; bestimmte Risiken können gleichzeitig sowohl im Rahmen der therapeutischen als auch im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung (Risikoaufklärung) aufklärungspflichtig sein. Zur Abgrenzung ist deshalb auf den **Zweck der Aufklärung und nicht auf den Zeitpunkt, zudem die Aufklärung zu erfolgen hat, abzustellen** (OLG Stuttgart, a.a.O.; Hausch, VersR 2007, 167, 168).

Die Empfehlung einer Medikation mit **aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimitteln**, etwa einer östrogen- bzw. gestagenhaltigen „Pille“ zur Regulierung von Menstruationsbeschwerden, stellt nach Ansicht des BGH einen **„ärztlichen Eingriff“** im weiteren Sinne dar und fällt nicht nur unter die bloße Beratung über ein therapierichtiges Verhalten (therapeutische Aufklärung), sodass die Einwilligung der Patientin in die

Behandlung mit dem Medikament unwirksam ist, wenn sie nicht unabhängig von den Warnhinweisen in der Packungsbeilage im Rahmen einer - zur Beweislast des Arztes stehenden - „Eingriffsaufklärung“ über deren gefährlichen Nebenwirkungen, hier das erhöhte Risiko eines Herzinfarkts oder Schlaganfalles, aufgeklärt worden ist (BGH, Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 289/03, VersR 2005, 834, 835; ebenso BGH, Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1000). Nach Mitteilung von Stöhr (Mitglied des VI. Zivilsenats des BGH, GesR 2006, 145, 148) ist dem Urteil des BGH vom 15.03.2005 auch die Grundaussage zu entnehmen, bei unterlassener Aufklärung über die möglichen schwerwiegenden Nebenwirkungen eines Medikaments komme auch die Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung, hier insbesondere zur Vermeidung einer möglichen Selbstgefährdung der Patientin, in Betracht.

Im Rahmen der **Eingriffs- oder Risikoaufklärung** hat der Arzt, der ein **neues Medikament verschreibt**, auch über das äußerst seltene Risiko eines Herzstillstandes (BGH, Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1000) und auch darüber aufzuklären, dass **unbekannte Risiken** bei einem neuen, noch nicht zugelassenen Medikament derzeit nicht auszuschließen sind (BGH, Urt. v. 27.03.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995, 998).

Im Falle der Erforderlichkeit eines operativen oder sonstigen therapeutischen Eingriffes hat der Arzt dem Patienten im Rahmen der **therapeutischen Aufklärung** diesen in der gebotenen Form eindringlich nahe zu legen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.04.2007 – I 8 U 37/05, VersR 2008, 534, 536 = GesR 2008, 19, 20: erforderliche Mitwirkungshandlung einer Schwangeren; OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.10.2006 – 7 U 183/05, OLGR 2007, 258, 259; unverzügliche Vorstellung bei einem Neurologen). Der Arzt muss den Patienten vor Gefahren warnen, die durch das Unterlassen der ärztlichen Behandlung entstehen können (OLG Bamberg, Urt. v. 04.07.2005 – 4 U 126/03, VersR 2005, 1292, 1293; OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Karlsruhe, a.a.O.).

Die **Weigerung des Patienten**, einen Eingriff oder eine sonstige Behandlung durchführen zu lassen, ist rechtlich aber nur beachtlich, wenn der Arzt des Patienten auf dessen Dringlichkeit hingewiesen ist (OLG Bamberg, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Karlsruhe, a.a.O.). Eine **Behandlungsverweigerung** durch den Patienten ist im Krankenblatt **zu dokumentieren** (OLG Bamberg, a.a.O.; OLG Karlsruhe, a.a.O.; BGH, NJW 1998, 1782; Geiß/Greiner, Rz B 220; Martis/Winkhart, Seite 95, 98; zu Beweiserleichterungen bei nicht dokumentierten Maßnahmen s.u. und Hausch, VersR 2007, 167, 172).

Unterlässt es ein Augenarzt, den Patienten nach Abschluss einer Notfalluntersuchung darauf hinzuweisen, bei Fortschreiten der Symptome – im entschiedenen Fall dem Auftreten von „Lichtblitzen“ im Auge – sofort einen Augenarzt aufzusuchen, liegt ein zur Beweislastumkehr führender **„grober Behandlungsfehler“ (s.u.) in Form der unterlassenen therapeutischen Aufklärung** vor (BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 238/03, VersR 2005, 228, 229; auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.01.2006 – 7 U 36/05, OLGR 2006, 339).

Ein „grober Behandlungsfehler“ liegt auch vor, wenn eine Schwangere vor der 28. SSW bei einem geschätzten Geburtsgewicht von weniger als 1.000 g nicht **in ein Perinatalzentrum verlegt** bzw. dies der Schwangeren dringend empfohlen wird (OLG Oldenburg, Urt. v. 06.02.2008 – 5 U 30/07, OLGR 2008, 602, 604 = VersR 2008, 924, 925).

Nach einer **Sterilisation** mittels Durchtrennung der Samenleiter muss der Patient über die

bestehende **Misserfolgsquote und die Notwendigkeit regelmäßiger Nachuntersuchungen** (Anfertigung von Spermioogrammen) aufgeklärt werden, wobei das Unterbleiben einer ordnungsgemäßen Aufklärung bei Fehlschlägen der Sterilisation vom Patienten zu beweisen ist (BGH, Urt. v. 08.07.2008 – VI ZR 259/06, NJW 2008, 2846, 2849 = VersR 2008, 1265, 1267: deutlicher Hinweis auf Versagerquoten und Erhöhung des Versagerrisikos erforderlich; Geiß/Greiner, Rz B 96, 104; Martis/Winkhart, Seite 105/106). Die Behauptung eines auf die Fälle der Selbstbestimmungsaufklärung (Risikoaufklärung) beschränkten **Entscheidungskonflikts** ist bei einer unterlassenen oder fehlerhaften **Sicherungsaufklärung nicht erforderlich** (BGH a.a.O.).

Bei einer kieferorthopädischen Behandlung mit einer festen Zahnsperre ist im Rahmen der Sicherungsaufklärung auf das **erhöhte Kariesrisiko** und die deshalb erforderlichen Prophylaxemaßnahmen (ausreichende Zahnpflege) hinzuweisen. Die Beweislast für eine fehlende oder unzureichende Aufklärung liegt beim Patienten (OLG Stuttgart, Urt. v. 20.05.2008 - 1 U 122/07, OLGR 2008, 633, 634).

3. Leitlinien und Richtlinien

Richtlinien und Leitlinien erlangen im Rahmen von Gerichtsentscheidungen eine immer größer werdende Bedeutung. Haftungsrechtlich sind die Folgen von Verstößen gegen Richtlinien und Leitlinien oder Empfehlungen der Bundesärztekammer bzw. einzelner Berufsverbände noch nicht abschließend geklärt. **Leitlinien** sind systematisch entwickelte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen Problemen; es handelt sich um wissenschaftlich begründete und praxisorientierte Orientierungshilfen im Sinne von Handlungs- und Entscheidungskorridoren, von denen in begründeten Fällen abgewichen werden kann oder sogar muss (Definition der AWMF bei Bergmann, BADK-Information 2003, Seite 125 und Bergmann, GesR 2006, 337). Von folgenden Grundlagen ist auszugehen:

Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder ärztlicher Verbände können im Gegensatz zu den Richtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen nicht unbesehen mit dem zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers gebotenen medizinischen Standard gleichgesetzt werden (BGH, Beschl. v. 28.03.2008 – VI ZR 57/07, GesR 2008, 361; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.01.2007 – I 8 U 116705, GesR 2007, 110, 111; OLG Bamberg, Beschl. v. 28.7.2008 – 4 U 115/07, OLGR 2008, 784 = GesR 2008, 594, 595).

Ein **Verstoß gegen eine Leitlinie indiziert nicht das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, jedenfalls nicht eines groben Behandlungsfehlers** (OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.07.2008 – 4 U 115/07, OLGR 2008, 784 = GesR 2008, 594, 596: Verstoß nicht per se fehlerhaft; OLG Hamm, Urt. v. 09.05.2001 – 3 U 250/99, OLGR 2002, 176, 177; OLG Naumburg, Urt. v. 01.11.2007 – 1 U 13/07, OLGR 2008, 284, 286 = NJW-RR 2008, 408, 410: Verstoß gegen S 1-Leitlinie indiziert keinen Behandlungsfehler; OLG Naumburg, Urt. v. 11.07.2006 – 1 U 1/06, BeckRS 2007, 03103, Seite 11: Abweichung von S 2-Leitlinie kann geboten, zumindest aber vertretbar sein; Geiß/Greiner, Rz B 9a; Jorzig/Feifel, GesR 2004, 310, 315; Frahm, GesR 2005, 529 f; Müller, VPräsBGH, GesR 2004, 257, 260; Rehborn, MDR 2002, 1281, 1283; Spickhoff, NJW 2007, 1628, 1631; a.A. Ziegler, VersR 2003, 545, 546-549 und GesR 2006, 109, 110; differenzierend Bergmann, GesR 2006, 337, 342 m.w.N.: S 3-Leitlinien können den Haftungsmaßstab bestimmen).

Das OLG Naumburg (Urt. v. 25.03.2002 – 1 U 111/01, MedR 2002, 471, 472; Urt. v. 19.12.2001 – 1 U 46/01, MedR 2002, 1373, 1374; Urt. v. 11.07.2006 – 1 U 1/06, BeckRS

2007, 03103, Seite 11 und Urt. v. 01.11.2007 – 1 U 13/07, OLGR 2008, 284, 285) ist der Ansicht, jedenfalls S 1- und S 2-Leitlinien hätten derzeit **lediglich informatorischen bzw. deklaratorischen Charakter**.

Leitlinien, Empfehlungen und insbesondere Richtlinien (s.u.) können sich jedoch zum medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebietes entwickeln (BGH, Urt. v. 15.02.2000 – VI ZR 48/99, VersR 2000, 725, 726; Geiß/Greiner, Rz B 9a; Steffen/Pauge, Rz 150a, 543 a: Abweichung bedarf besonderer Rechtfertigung). Im Einzelfall und mit Einschränkungen können **Leitlinien auch Indizwirkung für das Vorliegen eines Sorgfaltsverstößes** entfalten, etwa beim Verstoß gegen eine sogenannte **evidenzbasierte Konsensus-Leitlinie (S 3-Leitlinie)** als gewissermaßen höchster Entwicklungsstufe einer Leitlinie (Bergmann, GesR 2006, 337, 342/345; Deutsch/Spickhoff, MedR, 6. Aufl. 2008, Kap. VI. Rz 215, 217) sowie **Hygiene- oder Organisationsleitlinien** (LG München I, Urt. v. 07.07.2004 – 9 O 18834/00, GesR 2004, 512, 513; Frahm, GesR 2005, 529, 533; Jorzig/Feifel, GesR 2004, 310, 312/316; Ziegler, VersR 2003, 545, 546/548).

Richtlinien der Bundesausschüsse für Ärzte bzw. Zahnärzte und Krankenkassen (vgl. §§ 91 ff SGB V) sind Regelungen des Handelns oder Unterlassens, die von einer gesetzlich, berufsrechtlich, standesrechtlich oder satzungsrechtlich legitimierten Institution konsensiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht werden, für den Rechtsraum dieser Institution verbindlich sind und deren Nichtbeachtung definierte Sanktionen nach sich ziehen kann (Bergmann, GesR 2006, 337). Richtlinien finden sich ganz wesentlich im Sozialrecht, insbesondere im Vertragsarzt- und Vertragszahnarztrecht und erlangen dort eine **sozialrechtliche Verbindlichkeit** (Bergmann, GesR 2006, 337, 338; Frahm, GesR 2005, 529, 531; Müller, VPräsBGH, GesR 2004, 257, 260; Jorzig/Feifel, GesR 2004, 310, 311; Geiß/Greiner, Rz B 9 a). Richtlinien legen den Standard insoweit fest, als eine Unterschreitung jedenfalls im sozialrechtlichen Sinn unzulässig ist; der Standard kann aber mehr verlangen als die Richtlinien festlegen (Geiß/Greiner, a.a.O.; Müller a.a.O.).

Im Einzelfall können **Richtlinien wie die Mutterschaftsrichtlinien** auch den ärztlichen Standard wiedergeben und dürfen nicht unterschritten, müssen aber ohne Anlass auch nicht überschritten werden (KG, Urt. v. 02.10.2003 – 20 U 402/01, NJW 2004, 691; Butzer/Kaltenborn, MedR 2001, 335; a.A. aber Schmidt-Recla, GesR 2003, 138, 139: nur sozialversicherungsrechtliche Wirkung). Verstößt der Arzt im Einzelfall gegen diese oder eine andere Richtlinie der Bundesausschüsse der Ärzte bzw. der Zahnärzte und liegt hierfür keine besondere vom Arzt darzulegende medizinische Rechtfertigung vor, wird von der überwiegenden Ansicht ein haftungsrechtlich relevanter Verstoß gegen den medizinischen Standard bejaht (Müller, VPräsBGH, GesR 2004, 257, 260; auch BGH, Beschl. v. 28.03.2008 – VI ZR 57/07, GesR 2008, 361: Maßstab für den Standard; KG, Urt. v. 02.10.2003 – 20 U 402/01, NJW 2004, 691; Franke/Regenbogen, MedR 2002, 174, 175; Steffen/Pauge, Rz 150a, 543 a: Abweichung bedarf besonderer Rechtfertigung; Ziegler, VersR 2003, 545, 546: haftungsrechtliche Relevanz beim Verstoß gegen Leitlinien und Richtlinien).

4. Off-Label-Use und noch nicht zugelassene Medikamente

Unter einem „Off-Label-Use“ versteht man die Anwendung eines bestimmten Arzneimittels jenseits der vom Hersteller vorgegebenen Indikation (Deutsch/Spickhoff, 6. Aufl., Kap. XXVI, Rz 1782; Koenig/Müller, MedR 2008, 190, 199).

Ein Off-Label-Use entspricht nur dann dem medizinischen Standard, wenn Forschungsergebnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass das Off-Label eingesetzte Arzneimittel sowohl für das jeweilige Therapiegebiet als auch für die betreffenden Indikationen zugelassen werden kann und wenn es in der medizinischen Praxis zur Behandlung der jeweiligen gesundheitlichen Störung **anerkannt** ist. Hiervon kann nach einer Ansicht nur dann ausgegangen werden, wenn entweder eine Erweiterung der Zulassung des jeweiligen Arzneimittels bereits beantragt ist und die Ergebnisse einer kontrollierten klinischen Prüfung der Phase III veröffentlicht sind und eine klinisch relevante Wirksamkeit bzw. ein klinisch relevanter Nutzen bei vertretbaren Risiken festgestellt wurde oder wenn außerhalb eines Zulassungsverfahrens gewonnene Ergebnisse veröffentlicht sind, die über Qualität und Wirksamkeit des Arzneimittels in dem neuen Anwendungsgebiet zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen zulassen und aufgrund deren in den einschlägigen Fachkreises Konsens über einen voraussichtlichen Nutzen im vorgenannten Sinne besteht (Koenig/Müller, MedR 2008, 190, 199 mit Hinweis auf BSG, NJW 2003, 460, 463).

Danach entspricht der Off-Label-Use nur in Ausnahmefällen dem medizinischen Standard. Trifft ein Arzt gleichwohl eine Entscheidung zugunsten eines Off-Label-Use auf der Basis von Einzelfallbeobachtungen oder auf der Basis von Veröffentlichungen mit unzureichenden Aussagen über den wissenschaftlichen Stand, liegt regelmäßig ein Behandlungsfehler vor (Koenig/Müller, MedR 2008, 190, 198, 199).

Von gewichtigen Stimmen in der Literatur wird allerdings – u.E. zu Recht – eine Herabsetzung der Anforderungen für den Off-Label-Use erwartet (Deutsch/Spickhoff, Kap. XXVIII, Rz 1393, 1394, 1395; auch Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz. B 35). Danach muss die Wahl der risikoreicheren Off-Label-Therapie nach Abwägung der Risiken medizinisch-sachlich begründet sein. Der Patient muß über die möglichen Risiken informiert werden (Geiß/Greiner, Rz. B 35). Im Urteil vom 27.03.2007 (VI ZR 55/05, VersR 2007, 995, 996, Nr. 12) hat der BGH ausgeführt, allein in der Verabreichung eines in Deutschland **noch nicht zugelassenen Medikaments liege noch kein Behandlungsfehler**; dies gelte jedenfalls dann, wenn sich das Medikament in der klinischen Prüfung in Phase III befindet und kurz vor seiner Zulassung steht. Allerdings gehört es zu den Sorgfaltspflichten eines Arztes, sich vor einem Heilversuch mit einem noch nicht zugelassenen Medikament über die vom Hersteller bzw. vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte empfohlenen Vorsichtsmaßnahmen zu informieren (BGH, VersR 2007, 995, 997, Nr. 20).

Der Arzt muss den Patienten über den zulassungsüberschreitenden Einsatz einschl. damit verbundener, auch entfernterer Risiken und Nebenwirkungen, bei fehlenden bzw. lückenhaften Studien auch **über die Möglichkeit bislang unbekannter Nebenfolgen aufklären** (Koenig/Müller, MedR 2008, 190, 200 und 202).

So ist etwa der Einsatz eines in Deutschland noch nicht zugelassenen Medikaments über einen Zeitraum von sechs Monaten ohne Beachtung erteilter bzw. vorliegender Hinweise auf erforderliche Kontrolluntersuchungen, z.B. monatliche Kontrollen des Sehvermögens, fehlerhaft, unter Umständen sogar grob fehlerhaft (BGH, Urt. v. 27.03.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995, 997, Nr. 21, 22).

Die Anwendung von Medikamenten mit einer arzneimittelrechtlichen Zulassung lediglich für Erwachsene und Jugendliche zu einem bestimmten Zweck kann etwa im Bereich der Neonatologie gleichwohl Standard der kinderärztlichen Betreuung sein und den haftungsrechtlichen Maßstab bestimmen, wenn ausdrücklich 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 (OLG Naumburg, Urt. v. 11.07.2006 – 1 U 1/06, OLGR 2007, 396).

5. Diagnosefehler

Während bei einer unterlassenen Befunderhebung regelmäßig ein Behandlungsfehler, beim Vorliegen weiterer Voraussetzungen (s.u.) gar eine Beweislastumkehr zwischen dem Behandlungsfehler und dem beim Patienten eingetretenen Primärschaden angenommen wird, werden Diagnoseirrtümer, die lediglich auf eine Fehlinterpretation erhobener Befunde zurückzuführen sind, von der Rechtsprechung **nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet** (BGH, Urt. v. 08.07.2003, VI ZR 304/02, MDR 2003, 1290 = VersR 2003, 1256, 1257; aus der Instanzrechtsprechung zuletzt: OLG Jena, Urt. v. 15.10.2008 – 4 U 990/06, juris, Nr. 51, 52, 60; OLG Koblenz, Urt. v. 13.07.2006 – 5 U 17/06, OLGR 2007, 93, 94 = VersR 2007, 1001, 1002; Urt. v. 30.11.2006 – 5 U 209/06, OLGR 2007, 234, 236 = VersR 2007, 1565, 1566; Urt. v. 14.06.2007 – 5 U 1370/06, OLGR 2007, 852 = VersR 2008, 492; OLG München, Urt. v. 19.10.2006 – 1 U 2149/06, OLGR 2007, 303, 304; Urt. v. 06.04.2006 – 1 U 4142/05, GesR 2006, 266, 269; OLG Schleswig, Urt. v. 4.4.2008 – 4 U 172/07, OLGR 2009, 126, 130; LG Magdeburg, Urt. v. 20.06.2007 – 9 O 1393/05, NJW-RR 2008, 536, 537).

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung, ob ein Diagnoseirrtum überhaupt als Behandlungsfehler, bejahendenfalls als „einfacher“ oder als „grober“ Behandlungsfehler (fundamentaler Diagnoseirrtum) zu bewerten ist.

Die Oberlandesgerichte München (Urt. v. 06.04.2006 – 1 U 4142/05, NJW 2006, 1883, 1886 = GesR 2006, 266, 269), Jena (Urt. v. 15.10.2008 – 4 U 990/06, juris, Nr. 52, 60) und Hamm (Urt. v. 23.08.2000 – 3 U 229/99, VersR 2002, 315, 316 und Urt. v. 02.04.2001 – 3 U 160/00, VersR 2002, 578, 579) differenzieren wie folgt:

Dem Arzt steht grundsätzlich bei der Diagnose wie bei der Therapie ein gewisser Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nur völlig unvertretbare diagnostische Fehlleistungen überhaupt zu einer Haftung des Arztes führen können (so auch Steffen/Pauge, Rz 155a). Auch unter Beachtung des dem Arzt bei der Diagnose zustehenden Beurteilungsspielraumes liegt dann ein einfacher Behandlungsfehler vor, wenn das diagnostische Vorgehen und die Bewertung der durch diagnostische Hilfsmittel gewonnenen Ergebnisse **für einen gewissenhaften Arzt nicht mehr vertretbar** erscheinen. Ist die Interpretation eines Befundes **darüber hinaus als „unverständlich“** (OLG Hamm und OLG München a.a.O.) oder sogar **als „gänzlich unverständlich“** (OLG Jena a.a.O.) zu werten, rechtfertigt dies die Annahme eines **„groben Behandlungsfehlers“** (in der Form des „fundamentalen Diagnoseirrtums“), der zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem hierdurch eingetretenen Primärschaden beim Patienten führt.

Das OLG Schleswig (Urt. v. 13.02.2004 – 4 U 54/02, GesR 2004, 178, 179) schließt sich der bislang verwendeten Definition zahlreicher Oberlandesgerichte an. Danach kann ein Diagnoseirrtum dem Arzt nur dann als haftungsbegründender Behandlungsfehler vorgeworfen werden, wenn Krankheitserscheinungen in **völlig unvertretbarer, der Schulmedizin entgegenstehender Weise gedeutet, elementare Kontrollbefunde nicht erhoben werden oder eine Überprüfung der ersten Verdachtsdiagnose im weiteren Behandlungsverlauf**

unterbleibt (ebenso OLG Frankfurt, VersR 1997, 1358; OLG Köln, VersR 1999, 366; VersR 1991, 1288; VersR 1999, 631).

Ein haftungsbegründender (einfacher) Behandlungsfehler (zu groben Behandlungsfehlern s. u.) liegt etwa vor, wenn ein Unfallchirurg oder Orthopäde Röntgenaufnahmen der Hand bzw. Handwurzel in insgesamt vier Ebenen durchgeführt und auf den Bildern nicht erkannt hat, dass im Bereich von Mondbein/Kahnbein eine „Verkipfung“ der Handwurzelknochen vorliegt bzw. Verdachtsanzeichen für einen Bandschaden im Bereich des Kahnbeines/Mondbeines bestehen und er lediglich eine Distorsion (Verstauchung) diagnostiziert, wenn der später vom Gericht beauftragte Sachverständige **die Diagnose als „schwierig“ bezeichnet** (OLG München, Urt. v. 12.04.2007 – 1 U 2267/04, juris, Nr. 84, 100, 101, 102, 114, 130, 131).

Nur ein als einfacher Behandlungsfehler zu wertender Diagnoseirrtum liegt auch vor, wenn der vom Gericht beauftragte Sachverständige nicht feststellen kann, dass der niedergelassene Unfallchirurg eine Fehlstellung in den Gelenkflächen und die hieraus entspringende Operationsindikation nach der ihm vorliegenden Röntgenaufnahme nicht nur eindeutig, sondern darüber hinaus auch in einer Weise **zwingend hätte erkennen müssen**, dass alles andere für den entsprechenden Facharzt **schlichtweg nicht mehr verständlich** gewesen wäre (OLG Koblenz, Urt. v. 31.08.2006 – 5 U 588/06, VersR 2006, 1547, 1548; a.A. Jäger, VersR 2006, 1549: fundamentaler Diagnoseirrtum, da der Chirurg eine Fraktur übersehen hätte, die ohne Weiteres erkennbar gewesen wäre).

Kein grober, sondern nur ein einfacher Behandlungsfehler liegt auch vor, wenn ein Orthopäde die Fehlplatzierung eines bei der Wirbelkörperverblockung eingebrachten Spans nicht sofort erkennt, weil er zunächst übersieht, dass die postoperativ gefertigte **Röntgenaufnahme interpretierbar** ist und daher weitere Befunderhebungen mit bildgebenden Verfahren (CT, MRT) erfordert, wobei der Arzt aufgrund des vorhandenen (einfachen) Diagnoseirrtums von der Fertigung eines CT bzw. MRT absieht (OLG Koblenz, Urt. v. 13.07.2006 – 5 U 17/06, OLGR 2007, 93, 95).

Ebenfalls nur ein einfacher, kein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn ein Radiologe auf den von ihm gefertigten Mammographieaufnahmen nur eine „Strukturverdichtung im Sinne einer Mastopathie“ diagnostiziert und das Vorliegen eines Mammakarzinoms wegen vorhandener, als „Architekturstörungen“ der Brust bezeichneter herdförmiger Veränderungen mit unscharfer Begrenzung und bestehender Narben nach einer früheren Operation eines Muttermals verkennt (OLG Jena, Urt. v. 15.10.2008 – 4 U 990/06, juris, Nr. 52, 53, 57, 60).

Bei einem 34-Jahre alten Mann, der unter bewegungsabhängigen Thoraxschmerzen, Schwindel, Durchfall und Erbrechen leidet, ist die von einem Allgemeinmediziner im ärztlichen Notdienst gestellte **Diagnose „grippaler Infekt, Diarrhoe, Interkostalneuralgie (Wirbelsäulenschaden/Wirbelsäulenschmerzen)“** noch vertretbar. Drängt sich hierbei die (objektiv zutreffende) **Differentialdiagnose „Herzinfarkt“** (Leitsymptom: mehr als 15 – 20 Min. anhaltender, thorakaler drückender Schmerz hinter dem Brustbein, oft mit Ausstrahlung in den Hals und in den linken Arm unabhängig von Atmung oder Lage und Bewegung) nicht auf, ist ein Allgemeinmediziner auch nicht gehalten, aus Sicherheitsgründen auf die Durchführung weiterer Untersuchungen (EKG, Enzymuntersuchung) in einer Klinik zu drängen. Dass bei dem (objektiv bestehenden) Verdacht eines Herzinfarktes eine Krankenhauseinweisung und weitergehende Untersuchungen hätten erfolgen müssen, ist selbstverständlich, kann aber keinen vorwerfbaren Fehler des Allgemeinmediziners begründen, wenn er diesen Verdacht gerade nicht hatte (OLG München, Urt. v. 19.10.2006 – 1 U 2149/06, OLGR 2007, 303, 305: Behandlungsfehler verneint; Patient könnte auch den

Kausalzusammenhang zwischen einem Behandlungsfehler und dem Primärschaden in Form des Atem- und Kreislaufstillstandes nach Herzinfarkt nicht beweisen).

Hat ein niedergelassener Internist die Blutgerinnungswerte seines Patienten, der sich Jahre zuvor mit Hinweisen auf einen thrombotischen Prozess und aktuell mit Atemwegsproblemen nebst Herzstechen vorgestellt hat, ausreichend und engmaschig bestimmen lassen, dabei auch ein Krankenhaus in die Untersuchung einbezogen und hernach vertretbar von einer dauerhaften medikamentösen Therapie zur Blutverdünnung (hier: mit Marcumar) abgesehen, so haftet er trotz mehrerer Vorschädigungen (zwei frühere Bein-Venen-Thrombosen des Patienten u.a.) nicht für eine spätere Lungenembolie des Patienten, wenn sich herausstellt, dass die Diagnose des Arztes unzutreffend war und weitergehend hätte überprüft werden können (OLG Koblenz, Urt. v. 21.12.2006 – 5 U 1072/06, OLGR 2008, 100, 102).

Die Verkennung einer entzündlichen Darmkrankheit (hier: Morbus Crohn) ist nicht vorwerfbar fehlerhaft, wenn zwar eine solche Darmerkrankung differential-diagnostisch nicht ausgeschlossen werden kann, aber die vorliegenden Symptome zunächst für eine Blinddarmentzündung sprechen und deshalb eine Blinddarmoperation durchgeführt wird (LG Magdeburg, Urt. v. 20.06.2007 – 9 O 1393/05, NJW-RR 2008, 536, 537).

Hat der Arzt (hier: Allgemeinmediziner) den Patienten sorgfältig untersucht, ergänzend alle nach den seinerzeit bestehenden Erkenntnismöglichkeiten gebotenen weiteren diagnostischen Maßnahmen veranlasst und deren Ergebnis **zeitnah ausgewertet sowie vertretbar gedeutet**, scheidet die Haftung wegen eines Diagnoseirrtums aus, etwa wenn eine tatsächlich bestehende **Appendizitis (Blinddarmentzündung) nicht erkannt** wird. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Beschwerdebild des Patienten primär an eine Gastroenteritis denken lässt und zunächst weder der klinische Befund eines nicht angespannten, druckschmerzhaften Abdomens noch das Ergebnis der Sonographie auf eine Appendizitis hindeuten. Es ist auch nicht unvertretbar, wenn der Arzt anlässlich einer weiteren Vorstellung des Patienten aufgrund der angegebenen Klopfschmerzen im Nierenbereich dann einen Harnwegsinfekt diagnostiziert, wenn das klinische Bild und eine durchgeführte Ultraschalluntersuchung nicht für das Vorliegen eines Appendizitis sprechen (OLG Koblenz, Urt. v. 29.06.2006 – 5 U 1494/05, OLGR 2006, 911, 913; ebenso zur verkannten Blinddarmentzündung etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.01.2000 – 8 U 225/98, AHRS III, 2002/300 und OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.01.2001 – 8 U 72/00, AHRS III, 1820/302; Martis/Winkhart, Seite 423/424).

6. Unterlassene Befunderhebung

Ein Behandlungsfehler liegt auch vor, wenn der Arzt es unterlassen hat, **medizinisch gebotene bzw. zweifelsfrei gebotene Befunde zu erheben** (BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03, VersR 2004, 909, 911; Urt. v. 09.01.2007 – VI ZR 59/06, VersR 2007, 541 = GesR 2007, 233, 234; OLG Koblenz, Beschl. v. 02.04.2008 – 5 U 1412/07, VersR 2008, 1493, 1494; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.01.2008 – 5 U 1508/07, OLGR 2008, 225, 226 = VersR 2008, 923; OLG Koblenz, Urt. v. 30.10.2008 – 5 U 576/07, OLGR 2009, 97, 99; OLG Schleswig, Urt. v. 4.4.2008 – 4 U 172/07, OLGR 2009, 126, 128).

III. Beweislastumkehr (MDR 2009, 1082, 1084 – 1090)

Die Darlegungs- und Beweislast für eine Pflichtverletzung des Arztes, das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, den Eintritt eines Körper- oder Gesundheitsschadens, die Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Körper- und Gesundheitsschaden trägt grundsätzlich der Patient (vgl. BGH, VersR 1999, 716; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.07.2003 –

I 8 U 137/02, OLGR 2004, 335, 337; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.10.2004 – 7 U 122/03, OLGR 2005, 40; Geiß/Greiner, Rz B 200, 213, 218; Steffen/Pauge, Rz 492, 513, 513a).

Die Rechtsprechung hat jedoch insbesondere für die haftungsbegründende Kausalität Fallgruppen geschaffen, bei denen dem Patienten Beweiserleichterungen, regelmäßig sogar eine Beweislastumkehr zugute kommen können. Im Wesentlichen handelt es sich um die Fallgruppen des „groben Behandlungsfehlers“, der „unterlassenen Befunderhebung“, des „voll beherrschbaren Risikos“, den „Anfängereingriff“ und unter bestimmten Umständen auch einen Dokumentationsmangel (fehlende oder unzureichende Dokumentation, die aus medizinischen Gründen erforderlich ist).

1. Grober Behandlungsfehler

Für die haftungsbegründende (vgl. 286 ZPO) nicht jedoch für die haftungsausfüllende Kausalität (vgl. § 287 ZPO) greift **grundsätzlich eine Beweislastumkehr für den Kausalzusammenhang** ein, wenn ein grober Behandlungsfehler des behandelnden Arztes festgestellt werden kann. Liegt ein „grober Behandlungsfehler“ vor, der grundsätzlich geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, greift die Beweislastumkehr ein. Nahe legen oder Wahrscheinlich machen muss der grobe Behandlungsfehler den Schaden nicht (BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 14/03, NJW 2004, 2011, 2013 = VersR 2004, 909, 919; Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, MDR 2005, 572, 573 = NJW 2005, 427, 428; Urt. v. 08.01.2008 – VI ZR 118/06, VersR 2008, 490, 491; Urt. v. 27.03.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995, 997; OLG Koblenz, Beschl. v. 20.09.2007 – 5 U 899/07, VersR 2008, 646; OLG Jena, Urt. v. 19.12.2007 – 4 U 171/06, OLGR 2008, 378, 379; Martis/Winkhart, Seite 507 m.w.N.).

a. Beurteilung eines Fehlers als „grob“

Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Arzt **eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt des entsprechenden Fachs schlechterdings nicht unterlaufen darf** (BGH, a.a.O.; OLG Koblenz, a.a.O.; OLG Jena, a.a.O.; OLG Bremen, Urt. v. 13.01.2006 – 4 U 23/05, OLGR 2006, 745, 757; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.04.2007 – I 8 U 37/05, VersR 2008, 534, 536; OLG Oldenburg, Urt. v. 06.02.2008 – 5 U 30/07, VersR 2008, 924, 925; Beschl. v. 20.09.2007 – 5 U 899/07, VersR 2008, 646; Urteil vom 13.07.2006 – 5 U 17/06, OLGR 2007, 93/94; Urt. v. 06.12.2007 – 5 U 709/07, OLGR 2008, 922, 923; Urt. v. 9.7.2008 – 5 U 32/08, OLGR 2009, 14, 15; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.1.2008 – 5 U 92/06, NJW-RR 2009, 32, 34; OLG Köln, Urt. v. 26.5.2008 – 5 U 175/07, OLGR 2008, 798; OLG Naumburg, Urt. v. 29.04.2008 – 1 U 19/07, OLGR 2008, 649, 651; OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.11.2006 – 1 U 581/05-203, OLGR 2007, 91, 93).

Bei der Beurteilung eines Behandlungsfehlers als „grob“ handelt es sich um eine juristische Wertung, die den Tatrichter, beim Landgericht in der Regel in Kammerbesetzung obliegt (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.06.2005 – 7 W 28/05, OLGR 2005, 753 = GesR 2005, 555).

Es ist dem Tatgericht aber nicht gestattet, ohne entsprechende medizinische Darlegungen des Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler aus eigener Wertung zu bejahen (BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03, GesR 2004, 290 = NJW 2004, 2011; Urt. v. 12.02.2008 – VI ZR 2001/06, VersR 2008, 644, 646; Urt. v. 09.01.2007 – VI ZR 59/06, VersR 2007, 541;

OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.11.2007 – 7 U 101/06, OLGR 2008, 90/91; OLG Oldenburg, Urt. v. 06.02.2008 – 5 U 30/07, VersR 2008, 924, 925).

So kann das Gericht **keinen „groben Behandlungsfehler“** annehmen, wenn der vom Gericht beauftragte Sachverständige die Diagnose als „außerordentlich schwierig“ (BGH, Urt. v. 09.01.2007 – VI ZR 59/06, GesR 2007, 233, 234) bezeichnet oder ausführt, die Entscheidung des Arztes sei nach seiner persönlichen Auffassung nicht zu rechtfertigen, aber als „in der Praxis verbreitete Haltung nicht grob fahrlässig“ (BGH, Urt. v. 29.05.2001 – VI ZR 120/00, VersR 2001, 1030, 1031) oder erklärt, es läge ein Behandlungsfehler vor, der „eigentlich nicht passieren darf“ (OLG Naumburg, Urt. v. 26.04.2004 – 1 U 2/04, GesR 2004, 225).

b. Ausschluss der Beweislastumkehr

Stellt das Gericht einen „groben Behandlungsfehler“ fest, kommt es hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität trotz generellen Eignung des Fehlers, den eingetretenen Schaden herbeizuführen, **nicht zu einer Beweislastumkehr**, wenn der Eintritt des Primärschadens gerade aufgrund des konkreten, groben Behandlungsfehlers **„äußerst unwahrscheinlich“** bzw. **„gänzlich unwahrscheinlich“** ist (BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, VersR 2005, 228, 229; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2003 – 8 U 49/02, VersR 2005, 654, 655; OLG Jena, Urt. v. 19.12.2007 – 4 U 161/06, OLGR 2008, 378, 379; Urt. v. 26.04.2006 – 4 U 416/05, OLGR 2006, 710, 712; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2006 – 7 U 242/05, OLGR 2006, 617, 618; OLG Koblenz, Beschl. v. 20.09.2007 – 5 U 899/07, OLGR 2008, 48; OLG Oldenburg, Urt. v. 04.07.2007 – 5 U 31/05, OLGR 2007, 766, 767; OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.11.2006 – 1 U 582/05-203, OLGR 2007, 91/93).

Eine bei Hinwegdenken des groben Behandlungsfehlers bestehende **Heilungs- bzw. Erfolgschance von „nur“ 10 % ist jedoch nicht „äußerst unwahrscheinlich“** (OLG Hamm, Urt. v. 06.11.2002, 3 U 50/02, VersR 2004, 1321, 1322; OLG Brandenburg, Urt. v. 08.04.2003 – 1 U 26/00, VersR 2004, 1050, 1052; a.A. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2006 – 7 U 232/05, OLGR 2006, 617, 618: „10 % oder weniger“ sind „äußerst unwahrscheinlich“).

Eine Beweislastumkehr beim Vorliegen eines „groben Behandlungsfehlers“ scheidet auch aus, wenn durch das **Verhalten es Patienten eine selbständige Komponente für die Vereitelung des Heilungserfolges gesetzt** worden ist und der Patient dadurch in gleicher Weise wie ein grober Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens und insbesondere die Ursache der Schädigung nicht mehr aufgeklärt werden kann (BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, VersR 2005, 228, 229 = MDR 2005, 572, 573; OLG Jena, Urt. v. 26.04.2006 – 4 U 416/05, OLGR 2006, 710, 712; KG, Urt. v. 07.03.2005 – 20 U 398/01, OLGR 2006, 12, 13; OLG München, Urt. v. 23.09.2004 – 1 U 5198/03, OLGR 2006, 90).

So scheidet eine Beweislastumkehr etwa dann aus, wenn der Patient einen ihm erteilten eindringlichen Rat des Arztes nicht befolgt (KG, Urt. v. 27.11.2000 – 20 U 7753/98, OLGR 2002, 129, 131: Beweislast beim Arzt, Weigerung ist zu dokumentieren; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.07.2005 – I 8 U 33/05, GesR 2006, 70, 71; OLG München, a.a.O.) bzw. ein Krankenhaus entgegen dem ärztlichen Rat verlässt (KG, Urt. v. 07.03.2005 – 20 U 398/01, OLGR 2006, 12,13). Sofern bei einem noch unklaren Verdacht (hier: V.a. Gelenkinfektion) weiterer Klärungsbedarf besteht und eine engmaschige Kontrolle des Patienten erforderlich ist, muss ihm dies **klar und unmissverständlich mitgeteilt** werden; übliche Floskeln dahingehend, der Patient solle ggf. wiederkommen oder einen anderen Arzt aufsuchen, wenn

sich der Zustand verschlechtern sollte, reichen hierfür nicht aus (OLG München, Urt. v. 23.09.2004 – 1 U 5198/03, OLGR 2006, 90).

Die mit einem groben Behandlungsfehler verbundene Beweislastumkehr für die Kausalität zwischen der Unterlassung eines nochmaligen, eindringlichen Hinweises auf die Behandlungsbedürftigkeit und dem Gesundheitsschaden in Form der Unterschenkelamputation nach Entgleisung der Blutzuckerwerte und nicht mehr beherrschbarer Infektion ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Patient, selbst Arzt oder Zahnarzt, den behandelnden **Facharzt für Chirurgie über wesentliche Tatsachen täuscht oder solche ungefragt verschweigt**, etwa seinen langjährigen Alkoholabusus und bei ihm vorliegende, erhöhte Blutzuckerwerte (LG Dresden, Urt. v. 30.11.2007 – 6 O 266/06, MedR 2008, 223, 225).

Eine Beweislastumkehr scheidet auch dann aus, wenn ein Arzt, der nicht speziell für Notfalleinsätze ausgebildet ist, einem auf der Straße kollabierten Patienten **erste Hilfe** leistet. Erleidet ein Passant auf der Straße einen Herzinfarkt und sieht die zufällig hinzukommende Fachärztin für Allgemeinmedizin nach einer kurzen Untersuchung von der Einleitung objektiv zwingend gebotener Reanimationsmaßnahmen ab, weil sie den Patienten für tot hält, findet die Beweislastregel des „groben Behandlungsfehlers“ nach Ansicht des OLG Düsseldorf (Urt. v. 13.12.2007 – 8 U 27/07, NJW-RR 2008, 1474, 1475 = GesR 2008, 107, 109 = OLGR 2009, 106, 107) keine Anwendung. Nach Auffassung des OLG München (Urt. v. 06.04.2006 – 1 U 4142/05, NJW 2006, 1883, 1886) kann es in derartigen Fällen bereits an einem groben Behandlungsfehler in der Form des „fundamentalen Diagnoseirrtums“ fehlen bzw. die Haftungsbeschränkung des § 680 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eingreifen.

c. Umfang der Beweislastumkehr

Die Beweislastumkehr bei Vorliegen eines „groben Behandlungsfehlers“ gilt grundsätzlich auch **nur für den Primärschaden**, d.h. für den Schaden in seiner konkreten Ausprägung bzw. den Schaden, der als sogenannter „erster Verletzungserfolg“ geltend gemacht wird (BGH, Urt. v. 12.12.2008 – VI ZR 221/06, MDR 2008, 624, 625 = VersR 2008, 644, 645; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.11.2007 – 7 U 251/06, VersR 2008, 545, 546).

Kommt es etwa bei der Durchführung einer Laparoskopie (hier: zur Überprüfung der Durchgängigkeit der Eileiter) zu einer Perforation des Dünndarms, stellt die in der Folge eingetretene Baufellentzündung den „Primärschaden“ dar. Bei den durch eine verlängerte Entzündungszeit entstandenen Verwachsungen und deren von den Patienten behaupteten Folgen, insbesondere der Infertilität (Unfruchtbarkeit) durch Verschluss auch des linken, im Zeitpunkt der Operation noch durchlässigen Eileiters handelt es sich dagegen um den nach § 287 ZPO zu bewertenden, nicht der Beweislastumkehr unterfallenden „Sekundärschaden“ (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2006 – 7 U 242/05, OLGR 2006, 617, 618).

Übersieht ein Orthopäde oder Unfallchirurg auf einem Röntgenbild die eindeutig zu erkennende Fraktur eines Zeigefingerglieds, liegt regelmäßig ein grober Behandlungsfehler in Form des fundamentalen Diagnoseirrtums vor. Als **Primärschaden** ist die durch die unterbliebene Ruhigstellung und damit unsachgemäße Behandlung der Fraktur eingetretene gesundheitliche Befindlichkeit anzusehen, ein im Rahmen des Heilungsprozesses aufgetretener Morbus Sudeck (CRPS; Schmerzsyndrom) stellt dann regelmäßig einen **Sekundärschaden** dar, auf den – unabhängig vom Vorliegen eines „groben Behandlungsfehlers“ - das Beweismaß des § 287 ZPO anzuwenden ist (BGH, Urt. v. 12.02.2008 – VI ZR 221/06, MDR 2008, 624, 625).

Zur Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität des durch den Behandlungsfehler verursachten **Sekundärschadens** reicht gemäß § 287 ZPO zur Überzeugungsbildung des Gerichts eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** aus (BGH, Urt. v. 12.02.2008 – VI ZR 221/06, MDR 2008, 624, 625; BGH, NJW 2005, 3275, 3277: „deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit“ erforderlich; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2006 – 7 U 242/05, OLGR 2006, 617, 619: „überwiegende Wahrscheinlichkeit“). Die Anwendung des § 287 I ZPO ist aber nicht auf Folgeschäden einer Verletzung beschränkt, sondern umfasst neben einer festgestellten oder unstrittigen Verletzung des Körpers (hier: mehrere Knochenbrüche und Prellung beider Schultern) entstehende, weitere Körperschäden aus derselben Schädigungsursache (hier: Ruptur der Rotatorenmanschetten; BGH, Beschl. v. 14.10.2008 – VI ZR 7/08, VersR 2009, 69, 70).

2. Fallgruppen des „groben Behandlungsfehlers“

a. Fundamentaler Diagnoseirrtum

Ein Diagnosefehler wird nur dann als grober Behandlungsfehler bewertet, wenn sich um einen **fundamentalen Irrtum** handelt (BGH, Urt. v. 08.07.2003 – VI ZR 304/02, MDR 2003, 1290; Urt. v. 12.02.2008 – VI ZR 221/06, MDR 2008, 624 = GesR 2008, 250: Übersehen einer auf dem Röntgenbild nur schwer erkennbaren Fraktur – nur einfacher Diagnoseirrtum; OLG Jena, Urt. v. 15.10.2008 – 4 U 990/06, juris, Nr. 51, 52, 60: Brustkrebs vom Radiologen als Mastopathie fehlinterpretiert – nur einfacher Diagnoseirrtum; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.11.2007 – 7 U 101/06, OLGR 2008, 90, 91; OLG Koblenz, Urt. v. 29.06.2006 – 5 U 1494/05, OLGR 2006, 911: Appendizitis bei Verdacht auf Gastroenteritis nicht erkannt – nur einfacher Diagnoseirrtum; OLG Koblenz, Urt. v. 30.11.2006, 5 U 209/06, OLGR 2007, 234: Falschbefundung eines CT bei sehr seltener Erkrankung – nur einfacher Diagnoseirrtum; OLG München, Urt. v. 12.04.2007 – 1 U 2267/04, juris, Nr. 84, 100, 101, 102, 114, 130, 131: Verkipfung von Handwurzelknochen verkannt – nur einfacher Diagnoseirrtum).

Ein fundamentaler Diagnoseirrtum (grober Behandlungsfehler) wurde etwa bejaht, wenn ein Unfallchirurg oder Orthopäde die **auf einem Röntgenbild eindeutig erkennbare Fraktur übersieht** (OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.11.2007 – 7 U 101/06, OLGR 2008, 90/91), wenn ein Chirurg oder Orthopäde trotz beklagter Beschwerden im Hüftgelenk einen „Muskelriss“ diagnostiziert, die (zutreffende) **Verdachtsdiagnose „Abzess im Bereich des Hüftgelenks“ aber nicht stellt** und die Patientin ohne weiterführende diagnostische oder therapeutische Maßnahmen entlässt (OLG München, Urt. v. 23.09.2004 – 1 U 5198/03, MedR 2006, 174, 175), wenn ein Neurologe trotz der Angaben des Patienten, vor einigen Stunden erstmals unter Sprachstörungen und einem Taubheitsgefühl der rechten Hand gelitten zu haben, eine „klassische Migräne“ diagnostiziert und nicht wenigstens die (zutreffende) **Verdachtsdiagnose eines Schlaganfalles** stellt (OLG München, Urt. v. 03.06.2004 – 1 U 5250/03, VersR 2005, 657).

b. Unterlassene Befunderhebung

Ein grober Behandlungsfehler liegt auch dann vor, dann ein Arzt **in erheblichem Ausmaß Diagnose- und Kontrollbefunde zum Behandlungsgeschehen nicht erhoben** hat bzw. er es schuldhaft unterlässt, medizinisch zwingend gebotene Befunde zu erheben oder zu sichern (BGH, Urt. v. 23.02.2004 – VI ZR 428/02, MDR 2004, 1256 = NJW 2004, 1878; BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03, VersR 2004, 909, 911; OLG Köln, Urt. v. 23.08.2006 – 5 U 22/04, MedR 2008, 46; OLG Jena, Urt. v. 23.05.2007 – 4 U 437/05, OLGR 2007, 988, 991;

OLG Koblenz, Beschl. v. 10.01.2008 – 5 U 1508/07, OLGR 2008, 225, 226 = NJW-RR 2008, 1055).

So ist es grob fehlerhaft,

- eine **Röntgenaufnahme zur Abklärung eines etwaigen Kahnbeinknochenbruches** nach einer Handverletzung zu unterlassen (KG, Urt. v. 07.03.2005 – 20 U 398/01, OLGR 2006, 12, 13),
- bei stärksten Schmerzen im Magen-Darmbereich nach einer Darmoperation des Patienten die Untersuchung der Bauchdeckung und eine weitergehende, **bildgebende Diagnostik (Sonographie, MRT) zur Feststellung einer Anastomoseninsuffizienz** (Undichtigkeit der Verschlüsse) zu unterlassen (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.06.2005 – 7 W 28/05, OLGR 2005, 753 = GesR 2005, 555, 556),
- von **neurologischen Kontrolluntersuchungen** (Prüfung des Gefühls durch Streichen über die Haut, bestimmter Reflexe und der Motorik) bei aufgetretenen Sensibilitätsstörungen an den Füßen nach der operativen Entfernung eines Tumors im Bereich des Rückenmarks (hier LWK 3/4) in zeitlichen Abständen von zwei bis vier Stunden abzusehen (OLG Hamm, Urt. v. 19.11.2007 – 3 U 83/07, juris Nr. 26, 30, 36, 40), bei einer in der 34. SSW mit Wehentätigkeit und Verdacht auf vorzeitigen Blasensprung stationär aufgenommenen Schwangeren über einen Zeitraum von knapp 10 Stunden **keine Überwachung der Herzfrequenz des Kindes mittels CTG** durchzuführen (OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.11.2006 – 1 U 582/05-203, OLGR 2007, 91, 93: Kausalzusammenhang im entschiedenen Fall allerdings „äußerst unwahrscheinlich“),
- bei mehreren kritischen Abfällen der Herzfrequenz des Kindes im CTG über zwei Stunden keine **Blutgasanalyse und die rasche Einleitung der Geburt** zu veranlassen (OLG Koblenz, Urt. v. 03.05.2007 – 5 U 567/05, OLGR 2008, 6, 7),
- bei einem mangelgeborenen Kind in einer geburtshilflichen Abteilung **Blutzuckerkontrollen zur Feststellung einer Unterzuckerung** zu unterlassen (OLG Koblenz, Urt. v. 05.07.2004 – 12 U 572/97, VersR 2005, 1738, 1739),
- nach Feststellung einer stark wachsenden, unscharf begrenzten, verhärteten Struktur in einer weiblichen Brust (hier: Wachstum von 7 mm auf 13 mm innerhalb von ca. 4 Monaten) bei nicht eindeutigem, radiologischem Befund von der **histologischen Abklärung des Gewebes durch Stanz- oder Feinnadelbiopsie** abzusehen (OLG Jena, Urt. v. 23.05.2007 – 4 U 437/05, OLGR 2008, 988, 989 = GesR 2008, 49, 51),
- bei einem festgestellten „Schielen“ des Kindes im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung U 5 durch den Kinderarzt eine **unverzögliche Überweisung an einen Augenarzt** zu unterlassen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.11.2007 – 7 U 251/06, VersR 2008, 545, 546),

- von der umgehenden Überweisung des Patienten, der über starke Rückenschmerzen klagt und unter Unruhe- und Verwirrheitszuständen leidet, an einen Radiologen zur **Durchführung eines CT bzw. MRT, das ein Rückenmarksangiom gezeigt hätte**, abzusehen (OLG Koblenz, Urt. v. 26.08.2003 – 3 U 1840/00, NJW-RR 2004, 106, 108),
- bei Veränderungen im EKG und einer vom Patienten geschilderten Beschwerdesymptomatik im Bereich der linken Brust davon abzusehen, den Patienten **zur Abwendung der Gefahr eines unmittelbar bevorstehenden Herzinfarkts nicht unverzüglich in eine Klinik einzuweisen** (OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/03, VersR 2005, 1292; auch LG München I VersR 2004, 649),

- bei pathologischen Leberwerten des Patienten von der Veranlassung **serologischer Untersuchungen und einer Leberpunktion zur Feststellung einer Hepatitis B** abzusehen (OLG Hamm, Urteil vom 06.11.2002 – 3 U 50/05, VersR 2004, 1321, 1322),
- als Zahnarzt vor einer umfangreichen prothetischen Neuversorgung mit dem Einsatz von 18 Kronen und 3 Brückengliedern von einer vorhergehenden **funktionellen Befunderhebung bei bestehenden Kiefergelenksproblemen** abzusehen (OLG Köln, Urteil vom 23.08.2006 – 5 U 22/04, MedR 2008, 46, 47),
- bei beklagten Bauchschmerzen und festgestelltem Blut im Stuhl des Patienten nach einer umfangreichen Bypassoperation von der **Hinzuziehung eines Bauchchirurgen sowie nachfolgend bildgebender Diagnostik zur Feststellung eines durchgebrochenen Magengeschwürs** abzusehen (OLG Koblenz, Beschluss vom 10.01.2008 – 5 U 1508/07, OLGR 2008, 225, 226).

c. Grobe Therapiefehler

Im Therapiebereich kommen als „grobe Behandlungsfehler“ vor allem Fälle in Betracht, in denen auf erhobene, eindeutige Befunde nicht oder verspätet reagiert, eine Standardmethode zur Bekämpfung bekannter oder erkennbarer Risiken nicht angewendet oder die therapeutische Wirkung auf die Krankheit ohne Kontrolle gelassen wird (vgl. Geiß/Greiner, Rz. B 273-283; Steffen/Pauge, Rz 532-542a).

Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn nach Eröffnung des Bauchraumes im Rahmen einer Magen- Darm- oder Gallenoperation erhebliche Verwachsungen oder anatomische Anomalien festgestellt werden, eine intraoperative röntgendiagnostische Abklärung der Gallenwege durch eine Cholangiographie unterbleibt und es bei Fortführung des Eingriffes zu einer **Läsion des Hauptgallenganges** kommt (OLG Brandenburg, Urt. v. 10.03.1999, 1 U 54/98, VersR 2000, 489, 490; OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.12.1998 – 8 U 139/97, VersR 2000, 456; Bergmann/Müller, MedR 2005, 650, 651; a.A. OLG Hamburg, Urt. v. 19.11.2004 – 1 U 84/03, OLGR 2005, 195, 196: keine Cholangiographie, aber umfassende Freipräparation erforderlich; ebenso OLG Oldenburg, Urt. v. 21.06.2006 – 5 U 86/04, GesR 2006, 408 409: kein Behandlungsfehler, wenn ausreichende Freipräparation erfolgt ist).

Ein grober Behandlungsfehler eines Chirurgen liegt vor, wenn bei Verdacht auf ein Hodkin-Lymphom der cervikale Lymphknoten nicht entfernt und **keine Chemotherapie bzw. Chemo-Strahlentherapie eingeleitet** wird, statt dessen eine **maximal aggressive Tumorextirpation** (hier: radikale Thoraktomie mit Resektion von Nerven, des Herzbeutels sowie eines Lungenoberlappens) ohne weitere Ausbreitungsdiagnostik und ohne Konsultation eines in der Behandlung dieser Erkrankung versierten Spezialisten durchgeführt wird (OLG Naumburg, Urt. v. 29.04.2008 – 1 U 19/07, OLGR 2008, 649, 651).

Die **fehlerhafte Auswertung von entnommenen Gewebeteilen** (hier: aus einem Kalkareal mit ca. 15 punktförmigen Mikrokalzifikationen, wobei die maßgebliche Gruppe der zu entfernenden Kalkpartikel auf dem Röntgenbild nicht enthalten sind) und die unterbliebene radiologische Untersuchung des nach einer Brustoperation entnommenen Nachresektats beinhalten einen groben Behandlungsfehler (OLG Oldenburg, Urt. v. 9.7.2008 – 5 U 32/08, OLGR 2009, 14, 15).

Es ist auch grob fehlerhaft, im Rahmen einer Operation (hier: Fettabsaugung bei erheblicher Fettschürzenbildung) bei einer Raucherin mit einem BMI von mehr als 32 auf die **Gabe von Heparin zu verzichten** und nach dem Auftreten einer Infektion bei Wirkungslosigkeit des

zunächst verschriebenen Antibiotikums Ciprobay auf ein Antibiotikum der gleichen „Familie“ (hier: Tavanic) umzusteigen, anstatt ein anderes, **wirksames Antibiotikum** zu verabreichen (LG Dortmund, Urt. v. 23.01.2008 – 4 O 77/05, GesR 2008, 324, 326).

Liegt beim Patienten ein **hohes oder mittleres Thromboserisiko** vor, ist das Unterbleiben einer medikamentösen Thromboseprophylaxe bei einer die Muskelpumpe ausschaltenden zweiwöchigen **Ruhigstellung des Unterschenkels durch einen Gipsverband** grob fehlerhaft (OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.2.2008 – I – 8 U 82/06, OLGR 2009, 134, 135).

Die **Nichtverlegung einer Schwangeren** von einem Kreiskrankenhaus in ein Zentrum der Maximalversorgung (Peritalanzentrum) ist grob fehlerhaft, wenn mit der Geburt eines Kindes vor der 28. SSW und/oder mit einem Geburtsgewicht von weniger als 1.000 g gerechnet werden muss (OLG Oldenburg, Urt. v. 06.02.2008 – 5 U 30/07, OLGR 2008, 602, 605).

Auch die **Verordnung eines hochdosierten Östrogenpräparates („Wochenpille“)** an eine 42-jährige Patientin mit starken Regelblutungen ist grob fehlerhaft. Der grobe Behandlungsfehler führt auch dann zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes, wenn der Fehler nur geeignet ist, einen Schaden, wie er tatsächlich eingetreten ist, herbeizuführen (hier: migräneartige Kopfschmerzen, Wadenkrämpfe, Übelkeit, Haarausfall, Bauchschmerzen, Darmerkrankung). Nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den eingetretenen Schaden nicht (OLG Jena, Urt. v. 19.12.2007 – 4 U 161706, OLGR 2008, 378, 379).

Auch die **einstündige Nichtreaktion auf ein pathologisches CT** ist grob fehlerhaft. In der Regel ist bei nicht nur ganz kurzfristig pathologischem CTG, insbesondere bei einem Risikositus, unverzüglich eine Schnittentbindung einzuleiten (OLG Schleswig, Urteil vom 10.09.2004 – 4 U 31/97, OLG 2005, 273, 274: einstündige Nichtreaktion; OLG Frankfurt, VersR 1996, 584: Risikositus; OLG München, VersR 1996, 63: suspektes CTG und Risikositus; OLG Celle, Urt. v. 27.02.2006 – 1 U 68/05, VersR 2007, 543, 544: sectio erst eine Stunde nach Feststellung des pathologischen Wertes; OLG Koblenz, Urt. v. 03.05.2007 – 5 U 567/07, OLGR 2007, 6, 8 = VersR 2008, 222: sectio erst zwei Stunden nach pathologischen CT-Werten).

Die Beschleunigung des Geburtsvorganges durch den **„Kristeller-Handgriff“ vor dem Lösen der verkeilten Schulter** und der dadurch erfolgte Druck auf den Oberbauch ist bei Auftreten einer Schulterdystokie kontraindiziert und grob fehlerhaft, da er zu einer weiteren Verkeilung der kindlichen Schultern führt (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2003 – 8 U 49/02, VersR 2005, 654; Urt. v. 15.07.2004 – I 8 U 35/03, OLGR 2005, 707, 708).

Eine Hebamme ist von dem Moment an, in dem der Arzt bei der Geburt hinzukommt („Übernahme der Geburt“) lediglich dessen Gehilfin und hat seinen Anweisungen Folge zu leisten. Die Hebamme haftet – neben dem Arzt – jedoch dann selbst, wenn sie aufgrund ihrer eigenen geburtshilflichen Ausbildung erkennen muss, dass das Vorgehen des Arztes **vollkommen regelwidrig und unverständlich** ist (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.04.2007 – I 8 U 37/05, VersR 2008, 534, 536 = GesR 2008, 19, 20; ebenso bereits BGH, Urt. v. 07.12.2004 – VI ZR 212/03, GesR 2005, 161, 163 und OLG Hamm, Urt. v. 16.01.2001 – 3 U 207/02, VersR 2006, 512, 514).

Weisen Veränderungen im EKG sowie die vom Patienten geschilderte Beschwerdesymptomatik („enormer Druck in der Brust“, „kann kaum eine Treppe hochsteigen“) auf die Gefahr eines unmittelbar bevorstehenden Herzinfarkts hin, so ist es grob

fehlerhaft, wenn es der Arzt (Internist bzw. Allgemeinmediziner) unterlässt, den Patienten unverzüglich zu einer **Herzkatheteruntersuchung und zur weiteren Behandlung in eine Klinik einzuweisen** (OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/06, VersR 2005, 1292, 1293).

Extrahiert ein Zahnarzt einen Weisheitszahn, obwohl die Röntgenbefunde von mangelhafter technischer Qualität und nur auf einer Ebene gefertigt worden sind, kann der hierin liegende einfache Behandlungsfehler dennoch zu einer Beweislastumkehr führen, wenn auch die Nachsorge in mehrfacher Hinsicht derart mangelhaft war, dass das zahnärztliche Vorgehen **in der „Gesamtschau“ schlechterdings unverständlich** erscheint (OLG Koblenz, Ur. v. 06.12.2007 – 5 U 709/07, GesR 2008, 537, 538 = OLGR 2008, 922, 923).

d. Grobe Organisationsfehler

Auch grobe Organisationsfehler können als grobe Behandlungsfehler zu werten sein, etwa wenn

- die **Erstuntersuchung eines in problematischem Zustand in ein Krankenhaus der Regel- oder Maximalversorgung erst nach 90 Minuten** erfolgt (OLG Bremen, Ur. v. 13.01.2006 – 4 U 23/05, MedR 2008, 660),
- es in einer völlig unzureichend besetzter psychiatrischen Klinik zu einem **Suizidversuch des nicht ausreichend überwachten Patienten** kommt (OLG Frankfurt, Ur. v. 11.12.2002 – 13 U 199/98, GesR 2003, 159 und OLG Hamm, VersR 1994, 729),
- die **Geburtseinleitung durch einen hierfür eingeteilten, völlig unerfahrenen Assistenzarzt** erfolgt (OLG Hamm, Ur. v. 16.01.2006 – 3 U 207/02, OLGR 2006, 236, 238),
- die werdende Mutter nicht darauf hingewiesen wird, dass beim Auftreten von Problemen während der Geburt eine **Notsectio in der Praxis des Belegarztes nicht möglich** ist (OLG Hamm, Ur. v. 30.05.2005 – 3 U 297/04, GesR 2005, 462),
- die Klinikleitung bei **wiederholtem Auftreten von Streptokokkeninfektionen** von der Einleitung einer intensiven Ursachenforschung und der Information der Chefarzte der Klinik mit dem Hinweis auf die Erforderlichkeit der Verschiebung von elektiven Eingriffen bis zur Klärung der Ursache absieht (OLG Oldenburg, Ur. v. 03.12.2002 – 5 U 100/00, OLGR 2003, 82, 84).

e. Unterlassene therapeutische Aufklärung (Sicherungsaufklärung)

Versäumnisse im Bereich der therapeutischen Aufklärung (Sicherungsaufklärung) sind keine Aufklärungs- sondern Behandlungsfehler (s.o.). Im Einzelfall kann sich auch die unterlassene oder fehlerhafte therapeutische Aufklärung als „grober Behandlungsfehler“ darstellen, etwa bei **unterlassenem Hinweis auf dringend erforderliche Kontrolluntersuchungen** (BGH, Ur. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, MDR 2005, 572, 573; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1054: bei unterlassenem Hinweis auf die dringende Notwendigkeit weiterer Diagnosemaßnahmen, etwa der Durchführung einer Biopsie bei nicht eindeutiger Mammographie (OLG Düsseldorf, Ur. v. 06.03.2003 – 8 U 22/02, VersR 2003, 1310, 1311; OLG Jena, Ur. v. 23.04.2007 – 4 U 437/05, OLGR 2007, 988, 992).

Ist eine präoperative Aufklärung des Patienten über die Gefahren der Verabreichung von Blutprodukten und eine mögliche HIV-Infektion wegen der Notfallbehandlung oder der Unansprechbarkeit nicht möglich, so wandelt sich die Aufklärungsverpflichtung des Arztes zur alsbaldigen **nachträglichen Sicherungsaufklärung**. Besteht das Risiko einer HIV-Infektion mit verabreichten Blutprodukten, kommt ein „grober Behandlungsfehler“ insbesondere aber ein Anscheinsbeweis zu Gunsten des Patienten in Betracht (BGH, Urt. v. 14.06.2005 – VI ZR 179/04, GesR 2005, 403, 404).

3. Unterlassene Befunderhebung

Nach der Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte kann dem Patienten eine Beweislastumkehr im Falle der Nichterhebung von Befunden auch bei Vorliegen eines nur „einfachen Behandlungsfehlers“ zugute kommen, wenn der Arzt (a.) es unterlässt, gebotene bzw. dringend gebotene Befunde zu erheben oder zu sichern, (b.) sich bei Durchführung der versäumten Untersuchung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, (c.) dass sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder nicht Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen müsste (BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03, VersR 2004, 909, 911 = NJW 2004, 2011, 2013; Urt. v. 23.03.2004 – VI ZR 428/02, MDR 2004, 1056 1057 = VersR 2004, 790, 791; Urt. v. 09.01.2007 – VI ZR 59/06, VersR 2007, 541 = GesR 2007, 233, 234; OLG Frankfurt, Urt. v. 04.04.2006 – 8 U 98/05, VersR 2007, 1276; OLG Hamm, Urt. v. 31.08.2005 – 3 U 277/04, OLGR 2006, 386, 388 = GesR 2006, 31, 33; OLG Jena, Urt. v. 23.05.2007 – 4 U 437/05, OLGR 2007, 988, 991; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.11.2007 – 7 U 251/06, VersR 2008, 545, 546; KG, Urt. v. 10.03.2008 – 20 U 224/04, NJW-RR 2008, 1557, 1558; OLG Koblenz, Beschl. v. 02.04.2008 – 5 U 1412/07, VersR 2008, 1493; Beschl. v. 10.01.2008 – 5 U 1508/07, OLGR 2008, 225; Urt. v. 30.11.2006 – 5 U 784/06, OLGR 2007, 277, 278; OLG Koblenz, Urt. v. 03.05.2007 – 5 U 567/05, OLGR 2008, 6, 8; Beschl. v. 02.04.2008 – 5 U 1412/07, VersR 2008, 1493, 1494; OLG Köln, Urt. v. 20.07.2005 – 5 U 200/04, VersR 2005, 1740, 1741; OLG Köln, Urt. v. 26.5.2008 – 5 U 175/07, OLGR 2008, 798; OLG München, Urt. v. 23.09.2004 – 1 U 5198/03, MedR 2006, 174, 176; Urt. v. 24.02.2005 – 1 U 4624/03, OLGR 2006, 51; Urt. v. 01.03.2007 – 1 U 4028/06, VersR 2007, 652; OLG Naumburg, Urt. v. 13.03.2008 – 1 U 83/07, OLGR 2008, 573; OLG Nürnberg, Urt. v. 24.06.2005 – 5 U 1046/04, OLGR 2006, 10, 11; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.01.2008 – 5 U 92/06, NJW-RR 2009, 32, 34; OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.11.2006 – 1 U 582/05-203, MedR 2007, 486, 488; OLG Stuttgart, Urt. v. 29.05.2007 – 1 U 28/07, VersR 2007, 1417; OLG Zweibrücken, Urt. v. 20.11.2007 – 5 U 16/05, NJW-RR 2008, 539, 540; Urt. v. 24.04.2007 – 5 U 2/06, OLGR 2008, 98; GG Rz B 296; Gehrlein, Rz B 23, 156, 157; Martis/Winkhart, Seite 814 – 844).

Eine **verspätete Befunderhebung** steht der unterlassenen Befunderhebung dabei gleich (OLG Zweibrücken, Urt. v. 24.04.2007 – 5 U 2/06, OLGR 2008, 98, 100; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.01.2008 – 5 U 1508/07, OLGR 2008, 225, 226).

a. Unterlassung der Erhebung gebotener Befunde

Ein Behandlungsfehler in der Form der „unterlassenen Befunderhebung“ kommt etwa in Betracht, wenn

- ein Orthopäde bei **persistierenden Schmerzen des Patienten im Bereich der HWS manuelle Deblockierungen, aber keine Röntgenaufnahme durchführt** (OLG

Schleswig, Urt. v. 4.4.2008 – 4 U 172/07, OLGR 2009, 126, 128: noch kein „grober“ Fehler),

- in einem Krankenhaus beim Vorliegen von **Anzeichen für eine TIA** (Transitorisch-Ischämische-Attacke, d.h. cerebrale Durchblutungsstörung) die Durchführung eines **Sonographie sowie die Blutdruck- und Pulsmessung unterlassen** wird (OLG Frankfurt, Urt. v. 04.04.2006 – 8 U 98/05, VersR 2007, 1276),
- ein Allgemeinmediziner bei einem Patienten mit erheblichen **Risikofaktoren für einen Herzinfarkt** zunächst vertretbar eine Gallenblasenkolik diagnostiziert, es aber unterlässt, dessen umgehende **Überweisung in ein KKH** zur Überprüfung seiner Diagnose und zur Abklärung eines (tatsächlich vorliegenden) Herzinfarkts mittels ihm selbst nicht zur Verfügung stehender **Labordiagnostik (sowie eines Belastungs-EKG)** zu veranlassen (OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 419, 421),
- bei einem Patienten mit **Oberbauchbeschwerden und Durchblutungsstörungen im Bein keine Sonographie durchgeführt** wird und so ein Bypassverschluss unentdeckt bleibt (OLG Koblenz, Beschl. v. 02.04.2008 – 5 U 1412/07, VersR 2008, 1493),
- der Patient nach einer Herzoperation über Bauchschmerzen klagt, sich **Blut im Stuhl befindet und kein Abdominalchirurg hinzugezogen** und so ein perforiertes Magengeschwür verkannt wird (OLG Koblenz, Beschl. v. 10.01.2008 – 5 U 1508/07, OLGR 2008, 225, 226),
- nach einer Darmoperation die **Dichtigkeitsprüfung der Ananostomosennähte versäumt** wird (OLG Oldenburg, Urt. v. 30.01.2008 – 5 U 92/06, VersR 2008, 691, 693),
- bei differentialdiagnostisch möglichem Hodenkrebs die **Bestimmung des PSA-Wertes und anschließend eine Stanzbiopsie der Prostata unterlassen** wird (OLG Zweibrücken, Urt. v. 20.11.2007 – 5 U 16/05, NJW-RR 2008, 539, 540),
- die Nachtschwester einer Neugeborenenstation nach Feststellung einer auffälligen Unruhe und **Schreckhaftigkeit des knapp 40 Stunden alten Säuglings** keinen Arzt zur Feststellung weiterer Befunde hinzuzieht (OLG Koblenz, Urt. v. 30.10.2008 – 5 U 576/07, GesR 2009, 34, 36 = OLGR 2009, 97, 99: Schreckhaftigkeit ist signifikantes Leitmerkmal für eine Meningitis)
- bei einer entzündlichen Erkrankung der **CRP-Wert zwar erhoben, aber verspätet ausgewertet bzw. vorgelegt wird** (OLG Zweibrücken, Urt. v. 24.04.2007 – 5 U 2/06, OLGR 2008, 98).

b. Positiver Befund hinreichend wahrscheinlich

Das Merkmal der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ wurde in der neueren Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, dass ein positiver Befund nur dann zu vermuten ist, wenn er im Falle seiner Erhebung mit einer **Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 %** zu erwarten gewesen wäre (OLG Dresden, Urt. v. 06.06.2002, 4 U 3112/01, VersR 2004, 648; OLG Hamm, Urt. v. 31.08.2005 – 3 U 277/04, GesR 2006, 31, 33; OLG Koblenz, Urt. v. 05.07.2004 – 12 U 572/97, NJW 2005, 1200, 1202; OLG Köln, Urt. v. 28.05.2003 – 5 U 77/01, VersR 2004, 247; OLG Köln, Urt. v. 26.5.2008 – 5 U 175/07, OLGR 2008, 798; OLG München, Urt. v. 10.08.2006 – 1 U 2438/06, OLGR 2007, 305, 308; Gehrlein, VersR 2004, 1488, 1494; Martis/Winkhart, Seite 817 – 819).

Ist die **Messung von Blutdruck und Puls nicht dokumentiert** so ist davon auszugehen, dass diese Maßnahmen unterblieben sind. Die Unterlassung einer bei bestehenden Auffälligkeiten wie etwa Übelkeit und Unwohlsein gebotenen Blutdruck- und Pulsmessung durch den Pfleger oder Arzt für nicht zu einer Beweislastumkehr, wenn der Sachverständige feststellt, dass auch unmittelbar nach einer transitorisch-ischemischen Attacke (TIA-Schlaganfall), die beim Patienten tatsächlich eingetreten war, Blutdruck und Puls völlig normal sein könnten, sodass ein „positives Befundergebnis“ auch bei Durchführung dieser Untersuchungen nicht hinreichend wahrscheinlich gewesen wäre (OLG Frankfurt, Urt. v. 04.04.2006 – 8 U 98/05, VersR 2007, 1276, 1277).

Klagt ein 9-jähriger Patient über diffuse Magenbeschwerden, führt eine unvollständige oder um bis zu 6 Tage **verzögerte Befunderhebung zur Feststellung einer Blinddarmentzündung** nur dann zur Haftung des Arztes, wenn der Patient nachweist, dass die von ihm vermissten, verspätet ergriffenen Maßnahmen alsbald zur richtigen Diagnose und einem günstigeren Behandlungsverlauf geführt hätten. Eine Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ scheidet in seinem solchen Fall aus, wenn ungewiss ist, ob eine zügigere oder weitergehende diagnostische Vorgehensweise rechtzeitig zu anderen Erkenntnissen, etwa der Diagnose „Appendizitis“ anstatt einer „Gastroenteritis“ geführt hätte (OLG Koblenz, Urt. v. 03.11.2005 – 5 U 1560/04, GesR 2006, 16, 17).

Versäumt es der Arzt bei einem bestehenden Ammoniuminfektionssyndrom (Entzündung der Eihäute), das auf einem bakteriellen Befall der Scheide beruht, einen **Scheidenabstrich** zu nehmen, dessen Ergebnis vom Sachverständigen als „ungewiss“ bezeichnet wird, scheidet eine Beweislastumkehr aus dem Gesichtspunkt der „unterlassenen Befunderhebung“ aus (OLG Köln, Urt. v. 28.05.2003 – 5 U 77/01, VersR 2004, 247).

Hat der behandelnde Frauenarzt es (nicht grob) fehlerhaft unterlassen, bei geäußerten erheblichen vulvären Beschwerden der Patientin und vorhandenen Hautveränderungen eine **Biopsie** zu veranlassen, kann von einer „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ eines positiven Befundergebnisses der Biopsie nicht gesprochen werden, wenn das mutmaßliche Ergebnis des erhobenen Befundes völlig offen und die Wahrscheinlichkeit nicht höher als mit 50 % anzusehen ist (OLG Dresden, Urt. v. 06.06.2002 – 4 U 3112/01, VersR 2004, 648).

Ist ein positives Befundergebnis einer fehlerhaft unterlassenen Mammographie zur Feststellung einer Brustkrebserkrankung nach Auffassung des Sachverständigen (SV) „durchaus vorstellbar“, liegt eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ angesichts bestehender Unklarheiten über das Tumorstadium ebenfalls noch nicht vor (OLG Hamm, Urt. v. 31.08.2005, 3 U 277/04, OLGR 2006, 386, 388; ebenso OLG Hamburg, Urt. v. 14.11.2003 – 1 U 71/03, OLGR 2004, 328, 329 und OLG München, Urt. v. 20.09.2001 – 1 U 4502/00, OLGR 2003, 7, 8: keine Beweislastumkehr, wenn der SV es als „offen“, „möglich“ oder „spekulativ“ bezeichnet, dass eine Gewebeuntersuchung einen Tumornachweis erbracht hätte).

Gibt die Patientin bei ihrem Frauenarzt das Vorliegen einer irregulären Blutung an, ist regelmäßig die Durchführung eines Schwangerschaftstests geboten. In einem Frühstadium lässt sich aber nicht mit der erforderlichen, überwiegenden Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % sagen, dass die Frage an die Patientin nach der vorletzten Regelblutung eine verdächtige Verkürzung des Zeitraumes zwischen den Blutungen oder ein durchgeführter Schwangerschaftstest ein positives Resultat ergeben hätten (OLG München, Urt. v. 10.08.2006 – 1 U 2438/06, OLGR 2007, 305, 308).

Das OLG Zweibrücken (Urt. v. 20.11.2007 – 5 U 16/05, NJW-RR 2008, 539, 540) hält es zur Bejahung der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ für ausreichend, wenn die „Erfolgsquote an 50 % hinreicht“; es sei nicht erforderlich, dass dieses Maß von 50 % erreicht oder übertroffen wird.

c.Nichtreaktion auf den (fiktiv) erhobenen Befund wäre grob fehlerhaft; Einzelfälle

Klagt der nach einem Verkehrsunfall mit dort erkannten Rippenbrüchen und dem Bruch eines Lendenwirbelkörpers in die chirurgische Abteilung eines Krankenhauses eingelieferte Patient zwei Tage später nach dem Beginn der Mobilisierung über erhebliche Schmerzen beim Gehen, so ist die Anfertigung einer (weiteren) Röntgenaufnahme geboten. Wäre bei dieser Untersuchung ein weiterer Bruch, im entschiedenen Fall eine Beckenringfraktur, erkannt worden, so wäre die Fortsetzung der Mobilisierung des Patienten ohne gleichzeitige Teilentlastung durch Unterarmgehstützen schlechthin unverständlich und grob fehlerhaft. Es obliegt dann der Behandlungsseite, zu beweisen, dass eine beim Patienten aufgetretenen Pseudoarthrose sowie ständige Schmerzen in der rechten Leiste, der rechten Gesäßhälfte u.a. bei rechtzeitiger Fertigung des Röntgenbildes ebenfalls aufgetreten wären (BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03, VersR 2004, 909, 911: Röntgenaufnahme drei Wochen zu spät erfolgt).

Bei einer sich ausbreitenden Entzündung im Fußgelenk und festgestelltem CRP-Wert von 262 mg/l (Norm: bis 5 mg/l) muss der Gefahr einer irreversiblen Zerstörung des Sprunggelenks aktiv begegnet werden. In einem derartigen Fall sind sonographische und MRT-Untersuchungen, unter Umständen auch ein Ganzkörper-CT erforderlich, um zu ermitteln, ob Flüssigkeit im Gelenk ist. Bei entsprechender Feststellung ist anschließend eine Gelenkfunktion geboten. Hätte sich im Anschluss an diese Untersuchungen – spätestens aus dem Punktat – mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergeben, dass das Gelenk in die Infektion einbezogen war, wäre es grob fehlerhaft, den erforderlichen chirurgischen Eingriff (Debridement) nicht unverzüglich durchzuführen (OLG Hamm, Urt. v. 17.11.2004 – 3 U 277/03, GesR 2005, 70, 71: auch grober Behandlungsfehler bejaht; auch OLG München, Urt. v. 23.09.2004 – 1 U 5198/03, MedR 2006, 174, 176 zur unterlassenen Punktion bei einer Gelenkinfektion).

Stellt sich ein unter Morbus Crohn (entzündliche Darmerkrankung) leidender Patient mit ständigen Bauchschmerzen auf Überweisung des Hausarztes im Krankenhaus vor, muss sichergestellt werden, dass das Ergebnis der CRP-Bestimmung nach einer Blutentnahme innerhalb einer Frist von 24 Stunden vorliegt. Die verspätete Erhebung oder verspätete Vorlage des CRP-Wertes kann rechtlich nicht anders beurteilt werden, als das Unterlassen einer entsprechenden Befunderhebung. Bei entsprechender Erhebung und rechtzeitiger Vorlage ist ein positives Befundergebnis ohne Weiteres hinreichend wahrscheinlich, wenn der CRP-Wert mit 211 mg/l deutlich überhöht ist (Norm bis 5,0 mg/l). Die Verkennung eines so deutlichen und gravierenden Befundes oder die Nichtreaktion hierauf durch umgehende weiterführende Diagnostik (Ultraschalluntersuchung, ggf. MRT) würde sich als grob fehlerhaft darstellen (OLG Zweibrücken, Urt. v. 24.04.2007 – 5 U 2/06, OLG R 2008, 98, 100).

Schreibt das CTG nur eingeschränkt vitale Herztöne bei über 100 Schläge pro Minute und wird der Abgang von grünem Schleim aus der Vagina festgestellt, ist die unverzügliche Durchführung einer Mikrobiotuntersuchung geboten. Ist es hinreichend wahrscheinlich, dass sich dabei ein pathologischer pH-Wert (weniger als 7,2 bzw. 7,37) ergeben hätte, wäre es grob fehlerhaft, hierauf nicht mit der Durchführung einer noch möglichen sectio nach entsprechender Aufklärung der Mutter zu reagieren (OLG Oldenburg, Urt. v. 28.05.2008 – 5 U 28/06, juris, Nr. 23, 24: pH-Wert von weniger als 7,20 hinreichend wahrscheinlich; OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.08.2001, 7 U 129/99, AHRS III, 3750/300: weniger als 7,37).

d. Kausalität „äußerst unwahrscheinlich“

Liegen die obigen Voraussetzungen der Rechtsfigur der „unterlassenen Befunderhebung“ vor, ist die Annahme einer Beweislastumkehr aber dennoch ausgeschlossen, wenn der Kausalzusammenhang zwischen einem Behandlungsfehler in der Form der Unterlassung von Befunden und dem beim Patienten eingetretenen Körper- oder Gesundheitsschaden (Primärschaden) „äußerst unwahrscheinlich“ ist (BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 35703, VersR 2004, 909, 911; OLG Jena, Urt. v. 23.05.2007 – 4 U 437/05, GesR 2008, 49, 53; OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.11.2006 – 1 U 582/05-203, MedR 2007, 486, 488).

e. Abgrenzung zum Diagnoseirrtum

Die Mitte der 90er-Jahre vom BGH kreierte Rechtsfigur der „unterlassenen Befunderhebung“ unterläuft oftmals den weniger strengen Haftungsmaßstab des BGH bei Diagnoseirrtümern (s.o.).

Von der Rechtsprechung wird ein Irrtum des Arztes bei der Stellung einer Diagnose nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet (vgl. BGH, Urt. v. 08.07.2003 – VI ZR 304/02, VersR 2003, 1256 = GesR 2003, 352, s.o.). Liegt der Fehler des Arztes jedoch darin, dass er es unterlassen hat, die erforderlichen Untersuchungen vorzunehmen und die notwendigen Befunde zu erheben, handelt es sich nicht um einen Diagnose- sondern um einen - zumindest einfachen - Behandlungsfehler (vgl. OLG Zweibrücken, Urt. v. 20.11.2007 – 5 U 16/05, NJW-RR 2008, 539, 540; OLG Jena, Urt. v. 23.05.2007 – 4 U 437/05, GesR 2008, 49, 51/53).

Die Abgrenzungsproblematik stellt sich insbesondere dann, wenn das Unterlassen des Erhebens von (weiteren) Befunden darauf beruht, dass der Arzt eine (noch) **vertretbare Diagnose** stellt oder ihm ein **nicht als grober Behandlungsfehler** zu qualifizierender Diagnoseirrtum unterläuft und er sich der von ihm gestellten Diagnose so sicher war, dass er eine weitere Befunderhebung unterlässt (vgl. BGH, Urt. v. 09.01.2007 – VI ZR 59/06, VersR 2007, 541, 542; OLG Koblenz, Urt. v. 30.11.2006 – 5 U 209/06, OLGR 2007, 234, 235; OLG Köln, Urt. v. 20.07.2005 – 5 U 200/04, NJW 2006, 69, 70; OLG München, Urt. v. 19.10.2006 – 1 U 2149/06, OLGR 2007, 303, 304; Hausch, VersR 2003, 1489, 1493).

Teilweise wird – ausdrücklich oder stillschweigend – darauf abgestellt, ob der „Schwerpunkt“ **beim bloßen Diagnoseirrtum oder aber bei der unterlassenen Befunderhebung bzw. Befundsicherung** liegt (OLG Schleswig, Urt. v. 28.3.2008 – 4 U 34/07, OLGR 2009, 296, 297; OLG Brandenburg, Urt. v. 14.11.2001 – 1 U 12/01, MedR

2002, 149, 150: „Schwerpunkt“; KG, Urt. v. 13.11.2003 – 20 U 111/02, GesR 2004, 136, 137; OLG München, Urt. v. 03.06.2004 – 1 U 5250/03, OLGR 2006, 790, 791).

Geradezu typisch tritt das Abgrenzungsproblem bei den Fällen **nicht erkannter – und deshalb nicht behandelter – Frakturen** auf. So kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass klinische Symptome von den Ärzten nicht als Anzeichen für eine vorhandene Fraktur erkannt oder auf den angefertigten Röntgenaufnahmen Hinweise auf das Vorliegen einer Fraktur übersehen werden (vgl. Hausch, VersR 2003, 1489, 1494). Bei Frakturen besteht aber regelmäßig die Möglichkeit, weitere Befunde (z.B. Röntgen-Schichtaufnahmen, CT, MRT) zu erheben, um das Vorliegen einer Fraktur zu überprüfen (KG, Urt. v. 13.11.2003 – 20 U 111/02, GesR 2004, 136, 137). In derartigen Fällen differenziert die neuere Rechtsprechung wie folgt.

Hat der Arzt **eindeutig gebotene Befunde nicht erhoben** und kommt es deshalb zu einem Diagnosefehler, richtet sich die Haftung nach den Regeln zum „Befunderhebungsfehler“, beim Übersehen einer eindeutig erkennbaren Fraktur liegt regelmäßig auch ein „fundamentaler Diagnoseirrtum“ vor. Ist dem Arzt dagegen ein – nicht fundamentaler – **Diagnoseirrtum** unterlaufen und hat er deshalb bestimmte Befunde nicht erhoben, so kann ihm die aufgrund der unrichtigen Diagnose dann **unterlassene Befunderhebung nicht zur Last gelegt** werden (OLG München, Urt. v. 12.04.2007 – 1 U 2267/04, juris, Nr. 106, 107: Fraktur bzw. Verkippung von Knochen verkannt; OLG Köln, Urt. v. 20.07.2005 – 5 U 200/04, NJW 2006, 69, 70: Tumor mit niedrigerer Tumorindikation befundet; OLG Koblenz, Urt. v. 30.11.2006 – 5 U 209/06, OLGR 2007, 234, 236: bösartiger Befund im CT verkannt; OLG Koblenz, Urt. v. 13.07.2006 – 5 U 17/06, OLGR 2007, 93, 95: Fehlplatzierung eines eingebrachten Spans im Röntgenbild nicht erkannt; OLG München, Urt. v. 19.10.2006 – 1 U 2149/06, OLGR 2007, 303, 305: Anzeichen für Herzinfarkt verkannt).

Hat ein Unfallchirurg Röntgenaufnahmen der Hand bzw. Handwurzel in insgesamt vier Ebenen durchgeführt und auf den Bildern nicht erkannt, dass im Bereich von Mondbein/Kahnbein eine „Verkippung“ der Handwurzelknochen vorlag bzw. Verdachtsanzeichen für einen Bandschaden im Bereich des Kahnbeins/Mondbeins übersehen und lediglich eine Distorsion (Verstauchung) diagnostiziert, liegt **nur ein einfacher, kein fundamentaler Diagnoseirrtum** vor. Ein einfacher Diagnosefehler kann dem Arzt nicht als „unterlassene Befunderhebung“ vorgeworfen werden, wenn er seine Diagnose für zutreffend hält (OLG München, Urt. v. 12.04.2007 – 1 U 2267/04, juris, Nr. 84, 100, 101, 102, 106, 107, 114, 130, 131).

Ist der Fehler des Arztes nicht als „grob“ zu bewerten und hat er die medizinisch gebotenen Befunde erhoben, kann eine objektiv gebotene, aber wegen eines Diagnoseirrtums folgerichtig unterlassene Befunderhebung nicht Anknüpfungspunkt für eine Beweislastumkehr sein. Andernfalls würden sich Wertungswidersprüche mit der Rechtsfigur des „Diagnoseirrtums“ und der hiermit verbundenen Privilegierung des Arztes ergeben (OLG Köln, Urt. v. 20.07.2005 – 5 U 200/04, NJW 2006, 69, 70; OLG München, a.a.O.; OLG Koblenz, Urt. v. 30.11.2006 – 5 U 209/06, OLGR 2007, 234, 236).

Der BGH hat die Problematik erkannt und in seinem Urteil vom 09.01.2007 (BGH – VI ZR 59/06, VersR 2007, 541 542) ausgeführt, ein einfacher Diagnosefehler – im entschiedenen Fall eines Pathologen – werde nicht deshalb bereits zum Befunderhebungsfehler, weil der Arzt es unterlassen hat, die im entschiedenen Fall äußerst schwierige Beurteilung des von ihm erhobenen Befundes durch Einholung einer zweiten Meinung zu überprüfen.

4. Voll beherrschbare Risiken

Ausnahmsweise hat die Behandlungsseite die **Vermutung der objektiven Pflichtwidrigkeit bzw. des Verschuldens zu widerlegen**, wenn feststeht, dass die Primärschädigung des Patienten aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren von der Behandlungsseite voll beherrscht bzw. ausgeschlossen werden können und müssen (BGH, Urt. v. 20.03.2007 – VI ZR 158/06, VersR 2007, 847, 848; OLG Braunschweig, Besch. v. 07.10.2008, 1 U 93/07, juris, Nr. 6, 7, 8; OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2008 – 4 U 1857/07, OLGR 2008, 818, 820; OLG Hamm, Urt. v. 13.12.2004 – 3 U 135/04, GesR 2005, 164, 165; OLG Hamm, Urt. v. 18.10.2005 – 24 U 13/05, OLGR 2006, 569, 571; OLG Hamm, Urt. v. 20.08.2007 – 3 U 274/06, MedR 2008, 217, 219; OLG Jena, Urt. v. 12.07.2006 – 4 U 705/05, VersR 2007, 69 = OLGR 2006, 799, 801; OLG Jena, Urt. v. 28.03.2007 – 4 U 1030/04, OLGR 2007, 677; KG, Urt. v. 20.01.2005 – 20 U 401/01, OLGR 2005, 903; KG, Beschl. v. 10.09.2007 – 12 U 145/06, OLGR 2008, 505; OLG München, Urt. v. 18.09.2008 – 1 U 4837/07, juris, Nr. 33; OLG Zweibrücken, Urt. v. 16.01.2007 – 5 U 48/06, OLGR 2007, 447; LG Kassel, Urt. v. 30.11.2007 – 5 O 1488/06, NJW-RR 2008, 898; Steffen/Pauge, Rz 500; Martis/Winkhart, Seite 892/893).

Wenngleich die Beweisregel des § 280 I 2 BGB im Bereich des ärztlichen Handelns keine generelle Anwendung findet, muss sich der Arzt bzw. Krankenträger in Umkehr der Beweislast analog § 282 BGB a.F. Entlasten, wenn sich der Gesundheitsschaden des Patienten in einem vollbeherrschbaren Bereich ereignet hat (BGH, Urt. v. 20.03.2007 – VI ZR 158/06, GesR 2007, 254; OLG Jena, Urt. v. 28.03.2007 – 4 U 1030/04, OLGR 2008, 677).

Die Beweiserleichterungen für den Patienten beziehen sich sowohl auf die **Vermutung der objektiven Pflichtverletzung** beim Eintritt eines Schadens im voll beherrschbaren Bereich als auch des **Verschuldens der Behandlungsseite** (OLG Jena, Urt. v. 12.07.2006 – 4 U 705/05, OLGR 2006, 799, 800, bestätigt von BGH, Beschl. v. 13.02.2007 – VI ZR 174/06, VersR 2007, 1416; KG, Beschl. v. 10.09.2007 – 12 U 145/06, OLGR 2008, 505; OLG Naumburg, Urt. v. 31.01.2007 – 6 U 98/06, OLGR 2008, 200, 201; OLG Hamm, Urt. v. 18.10.2005 – 24 U 13/05, OLGR 2006, 569, 570: Nichtvorliegen einer Obhutspflichtverletzung von der Behandlungsseite zu beweisen; OLG Zweibrücken, Urt. v. 16.01.2007 – 5 U 48/06, OLGR 2007, 447: die Behandlungsseite muss sich dann sowohl hinsichtlich der Behandlungsfehlervermutung als auch des Verschuldens exkulpieren; Steffen/Pauge, Rz 500, 501).

Allerdings ist der Patient auch im Bereich der Haftung für voll beherrschbare Risiken nicht davon befreit, den Vollbeweis (§ 286 ZPO), dass der Schaden in einem „voll beherrschbaren Bereich“ verursacht worden ist bzw. den Kausalitätsnachweis zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt des Primärschadens zu führen (OLG Braunschweig, Beschl. v. 07.10.2008 - 1 U 93/07, juris, Nr. 10; OLG Köln, Urt. v. 4.8.2008 – 5 U 228/07, OLGR 2008, 796). So genügt zur Beweisführung nicht die bloße Feststellung, dass es bei einem stationären Krankenhausaufenthalt zu einer Wadenprellung (o.a.) gekommen ist, wenn bei mehrtägiger Verweildauer nicht mehr festgestellt werden kann, ob der Schaden (hier: Kompartmentsyndrom) durch das möglicherweise heftige Ablegen oder die Lagerung auf dem OP-Tisch verursacht worden ist (OLG Köln a.a.O.).

Für den Bereich der „voll beherrschbaren Risiken“ haben sich folgende Fallgruppen herausgebildet:

a) Medizinische Geräte und Materialien

Immer dann, wenn es allein um den Einsatz eines medizinischen Geräts, das von der Behandlungsseite uneingeschränkt gesteuert und damit voll beherrscht werden kann, zur Erreichung eines bestimmten Behandlungserfolges geht, ist es gerechtfertigt, der Behandlungsseite den Entlastungsbeweis dafür aufzubürden, dass eine Schädigung des Patienten im Zusammenhang mit dem **Einsatz eines medizinischen Gerätes nicht auf einem organisatorischen Fehlverhalten oder einem Fehlverhalten des Personals** beruht (OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.02.2003 – 7 U 173/01, OLGR 2003, 310; OLG Jena, Urt. v. 12.07.2006 – 4 U 705/05, OLGR 2006, 799, 800).

Kommt es bei einer übermäßig langen Verweildauer der Patientin bei einer Infrarot-Bestrahlung zu Verbrennungen oder Hautschäden, ist davon auszugehen, dass dies auf einer unzureichenden Belehrung des Patienten über die Funktionsweise des Geräts oder ein Fehlverhalten des eingesetzten Personals zurückzuführen ist (OLG Karlsruhe, a.a.O.). Der Krankenhausträger hat auch zu beweisen, dass ihn bzw. seine Erfüllungsgehilfen an der **Funktionsuntüchtigkeit eines zum Einsatz kommenden Gerätes kein Verschulden** tritt, etwa einem Narkosegerät, Röntgengerät oder Infusionssystem (BGH, Beschl. v. 13.02.2007 – VI ZR 174/06, VersR 2007, 1416; Vorinstanz OLG Jena, Urt. v. 12.07.2006 – 4 U 705/05, OLGR 2006, 799, 800).

Auch die Verabreichung eines Klysmas (Klystier, Darmeinlauf) unterliegt dem Bereich des „voll beherrschbaren Behandlungsgeschehens“. Bei einer hierbei erfolgten Verletzung der Darmwand obliegt es der Behandlungsseite, sich hinsichtlich der Behandlungsfehlervermutung und des Verschuldens zu entlasten. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Patient in Folge einer **Prädisposition bzw. Vorschädigung** einen Risikofaktor in ein Behandlungsgeschehen einbringt, der den betreffenden Gefahrenbereich vom Arzt bzw. vom Pflegepersonal nicht mehr uneingeschränkt beherrschbar macht (OLG Zweibrücken, Urt. v. 16.01.2007 – 5 U 48/06, OLGR 2007, 447).

Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt des „voll beherrschbaren Risikos“ kommen aber nicht bereits dann in Betracht, wenn der Patient im Rahmen einer Knieoperation im **Gesäßbereich zwei Verbrennungen** erlitten hat, wenn der vom Gericht beauftragte Sachverständige ausführt, die Verbrennungen des Patienten könnten auch auf eine geringfügige, intraoperativ nicht bemerkbare Flüssigkeitsansammlung zurückgeführt werden; auch ein Anscheinsbeweis greift hierbei nicht ein (LG Bonn, Urt. v. 30.10.2007 – 8 S 130/07, GesR 2008, 248, 249).

Auch das **Auftreten von Druckgeschwüren** gehört nicht zum voll beherrschbaren Risikobereich eines Pflegeheims oder Krankenhauses. Vorgänge im lebenden Organismus können nicht ausnahmslos vom Personal beherrscht werden; dies gilt insbesondere dann, wenn der Patient wegen eines bereits bestehenden Druckgeschwürs aufgenommen wird (OLG Braunschweig, Beschl. v. 07.10.2008 – 1 U 93/07, juris, Nr. 6, 8, 10).

b) Lagerungsschäden

Der Krankenhausträger und die behandelnden Ärzte tragen grundsätzlich die Beweislast dafür, dass der Patient zur Vermeidung von **Lagerungsschäden** sorgfältig und richtig auf dem Operationstisch gelagert wurde und dass die Operateure dies auch kontrolliert haben (BGH, NJW 1984, 1408; OLG Jena, Urt. v. 28.03.2007 – 4 U 1030/04, OLGR 2007, 677; OLG Schleswig, Urt. v. 16.05.2003 – 4 U 139/01, OLGR 2003, 389, 390). Allerdings schließen Vorschädigungen des Patienten im Halswirbelsäulenbereich bei einem möglichen Lagerungsschaden, der auch bei geringerer Neigung bzw. einem anderen, korrekten Winkel

möglich gewesen wäre, eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten aus (OLG Schleswig, a.a.O.). Gleiches gilt bei seltenen, vor dem Eingriff nicht ohne Weiteres erkennbaren körperlichen **Anomalien des Patienten**, etwa bei einem „Engpasssyndrom“ im Bereich des oberen Thorax oder einer unbekanntem Anomalie des Querfortsatzes des siebten Halswirbels (OLG Jena, Urt. v. 28.03.2007 – 4 U 1030/04, OLGR 2007, 677, 679; BGH, NJW 1995, 1618, 1619: Engpasssyndrom).

c) Pflegedienste, Sturz des Patienten

Zur Vermeidung von Stürzen des Patienten bzw. Heimbewohners während der Durchführung konkreter Bewegungs- und Transport- sowie sonstigen pflegerischen Maßnahmen, an denen das **Pflegepersonal unmittelbar beteiligt** ist, bestehen gesteigerte Obhutspflichten, die dem Bereich des „voll beherrschbaren Risikos“ zuzuweisen sind. Bekommt ein Patient im Krankenhaus bei einer Bewegungs- oder Transportmaßnahme der ihn betreuenden Pflegeperson aus ungeklärten Gründen das Übergewicht und stürzt, so ist es Sache des Krankenhausträgers, darzulegen und zu beweisen, dass der Vorfall nicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten der Pflegekraft bzw. unterlassenen Hinzuziehung einer weiteren Pflegekraft beruht (BGH, Urt. v. 28.04.2005 – III ZR 399/04, GesR 2005, 208: im konkreten Fall verneint; OLG Hamm, Urt. v. 18.10.2005 – 24 U 13/05, OLGR 2006, 569, 570: Sturz während einer konkreten Pflege- oder Betreuungsmaßnahme durch Altenpflegerin; KG, Beschluss vom 10.09.2007 – 12 U 145/06, OLGR 2008, 505, 506 und Beschl. v. 11.01.2007 – 12 U 63/06, OLGR 2007, 538; OLG Zweibrücken, Urt. v. 01.06.2006 – 4 U 68/05, OLGR 2006, 677, 678: Sturz einer dementen Pflegeheimbewohnerin in Anwesenheit der Pflegerin; OLG Koblenz, Urt. v. 28.5.2008 – 5 U 280/08, GesR 2009, 85: Anbringen von Bettgittern aber nur unter besonderen Umständen und nicht gegen den Willen des bewusstseinsklaren Patienten angezeigt).

Die Beweiserleichterung greift aber nicht ein, wenn sich ein Sturz des Patienten oder Heimbewohners **nicht während einer konkreten Bewegungs-, Transport-, oder sonstigen pflegerischen Maßnahme**, an denen das Pflegepersonal unmittelbar beteiligt ist, sondern im Korridor, im privaten Wohnbereich eines Pflegeheims oder in einem Krankenzimmer ereignet (OLG Schleswig, Urt. v. 06.06.2003 – 4 U 70/02, OLGR 2004, 3, 5: Sturz aus dem Krankenbett; OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.03.2006 – I 8 U 163/04, GesR 2006, 214, 216: Sturz aus dem Rollstuhl beim Kaffeetrinken im Zimmer; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.03.2008 – I - 24 U 166/07, OLGR 2008, 585, 586: Sturz nach dem Lösen eines Sicherheitsgurtes; OLG Naumburg, Urt. v. 31.01.2007 – 6 U 98/06, OLGR 2008, 200, 201; KG, Beschl. v. 10.09.2007 – 12 U 145/06, OLGR 2008, 505 und Beschluss vom 11.01.2007 – 12 U 63/06, OLGR 2007, 538 zum Sturz im Krankenhaus bzw. im Pflegeheim im Zusammenhang mit einer konkret geschuldeten Hilfeleistung; OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.01.2008 – 4 U 318/07-115, OLGR 2008, 336, 339: Sturz im Pflegeheim).

d) Infektionen

Die allgemeine und spezifische Hygiene gehört zum pflegerischen Bereich, für dessen Einhaltung und Überwachung und Kontrolle nicht der ärztliche Dienst, sondern der Krankenhausträger bzw. dessen pflegerische Leitung zuständig und für Fehler haftbar ist. Insoweit findet der Rechtsgedanke des § 280 I 2 BGB Anwendung, als es um den Bereich der allgemeinen Gewährung hygienischer Verhältnisse geht (BGH, Urt. v. 20.03.2007 – VI ZR 158/06, GesR 2007, 254 = VersR 2007, 847, 848; OLG Zweibrücken, Urt. v. 27.07.2004 – 5 U 15/02, NJW-RR 2004, 1607 = OLGR 2004 – 598, 600).

Die absolute Keimfreiheit des ärztlichen Personals und weiterer Operationsbeteiligter kann allerdings nicht erreicht werden, so dass Keimübertragungen, die sich trotz Einhaltung der gebotenen hygienischen Vorkehrungen ereignen, zum entschädigungslos bleibenden Krankheitsrisiko des Patienten gehören. Nur wenn feststeht, dass die **Infektion aus einem hygienisch beherrschbaren Bereich hervorgegangen** sein muss, hat der Krankenhausträger bzw. Arzt für die Folgen der Infektion einzustehen, sofern er sich nicht entsprechend § 280 I 2 BGB entlasten kann (BGH, Urt. v. 20.03.2007 – VI ZR 158/06, VersR 2007, 847, 848: Keimträgerin stand hier fest; BGH, VersR 1991, 467: Identität des Keimträgers konnte nicht ermittelt werden; OLG München, Urt. v. 18.09.2008 – 1 U 4837/07, juris, Nr. 33: Infektion eines Neugeborenen mit Rota-Viren nicht voll beherrschbar).

Kommt es nach einer Injektion zu einem **Spritzenabszess** und steht fest, dass in der Arztpraxis **gravierende Hygienemängel** bestanden (hier: klare Hygienepläne fehlten, Desinfektionsmittel wurden aus den Originalbehältnissen umgefüllt, von vier überprüften Alkoholen waren zwei verkeimt, Flächendesinfektionsmittel mit einer langen Einwirkungszeit wurden zur Handdesinfektion eingesetzt, Arzhelferinnen haben vor dem Aufziehen von Spritzen ihre Hände nicht desinfiziert), muss der Arzt beweisen, dass der Schaden der Patientin nach aufgetretener Staphylokokken-Infektion auch bei Beachtung der maßgeblichen Hygieneregeln eingetreten wäre (OLG Koblenz, Urt. v. 22.06.2006 – 5 U 1711/05, OLGR 2006, 913, 914; bestätigt von BGH, Urt. v. 20.03.2007 – VI ZR 158/06, GesR 2007, 254, 255 = VersR 2007, 847).

Andererseits ist die Besiedlung einer Operationswunde durch **Raumkeime** nie sicher vermeidbar (OLG Hamm, Urt. v. 13.12.2004 – 3 U 135/04, GesR 2005, 164, 165). Auch bei **Punktionen und intraartikulären Injektionen** besteht keine „volle Beherrschbarkeit“ des Infektionsrisikos, wenn die Hygienestandards grundsätzlich eingehalten worden sind (OLG Hamm, Urt. v. 20.08.2007 – 3 U 274/06, MedR 2008, 217, 219: Infektion nach Injektion; OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2008 – 4 U 1857/07, OLGR 2008, 818, 820: Fehlinjektion mit Nervschädigung durch Arzt oder MTA nicht voll beherrschbar).

Das Infektionsrisiko kann auch bei Einhaltung aller Hygienevorschriften, insbesondere auch beim Tragen eines Mundschutzes, nie vollständig ausgeschlossen werden. Die **unterlassene Anwendung eines Mundschutzes bei der Durchführung einer Injektionsbehandlung** stellt einen einfachen Behandlungsfehler dar, eine Beweislastumkehr ist damit nicht verbunden (OLG Hamm, Urt. v. 20.08.2007 – 3 U 274/06, MedR 2008, 217, 219).

5. Anscheinsbeweis

Der Beweis des ersten Anscheins greift (nur) bei typischen Geschehensabläufen ein, also in Fällen, in denen ein bestimmter Tatbestand nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist (BGH, Urt. v. 14.06.2005 – VI ZR 179/04, MDR 2005, 1347; Urt. v. 05.04.2006 – VIII ZR 284/05, NJW 2006, 2262, 2263). Es gibt jedoch keinen allgemeinen Erfahrungssatz, wonach eine aufgetretene Komplikation, ein Körper- oder Gesundheitsschaden auf einen ärztlichen Fehler zurückgeht (OLG Jena, Urt. v. 18.05.2005 – 4 U 641/04, GesR 2005, 556, 557; OLG Hamburg, Urt. v. 22.02.2002 – 1 U 35/00, MDR 2002, 1315).

Dem Anscheinsbeweis kommt im Arzthaftungsprozess nur eine geringe Bedeutung zu, weil wegen der Verschiedenartigkeit der Abläufe im menschlichen Organismus und dessen oft nicht vorhersehbaren individuellen Reaktionen **häufig keine typischen Verläufe** festgestellt

werden können (Gehrlein, Rz B 118; OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2008 – 4 U 1857/07, OLGR 2008, 818, 820; OLG Nürnberg, Urt. v. 15.02.2008 – 5 U 103/06, VersR 2008, 71, 74).

Greift im Einzelfall ein Anscheinsbeweis ein, hat die Behandlungsseite konkrete Tatsachen vorzutragen und gemäß § 286 ZPO zu beweisen, aus denen auf die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes bzw. einer anderen Schadensursache geschlossen werden kann, um damit den Anscheinsbeweis zu erschüttern (BGH, NJW 1997, 1853, 1854; Geiß/Greiner, Rz B 231; Martis/Winkhart, Seite 29).

Ein **Anscheinsbeweis wurde etwa bejaht**, wenn einem Patienten, der zu keiner HIV-gefährdeten Risikogruppe gehört und auch durch die Art seiner Lebensführung keiner gesteigerten HIV-Infektionsgefahr ausgesetzt war, **kontaminiertes Blut eines Spenders**, der an Aids erkrankt ist, übertragen wird und sowohl beim Patienten als auch bei anderen Empfängern im selben Zeitraum eine Aids-Infektion festgestellt wird (BGH, Urt. v. 14.06.2005 – VI ZR 179/04, MDR 2005, 1347; MDR 1991, 728; Katzenmeier, NJW 2005, 3391, 3392). Erkrankt auch der Ehegatte des Blutempfängers an Aids, so spricht der Anscheinsbeweis auch dafür, dass er vom Blutempfänger angesteckt worden ist (BGH, a.a.O.). In einem solchen Fall hat die Behandlungsseite darzulegen und zu beweisen, welche andere Infektionsquelle konkret in Betracht kam. Der Krankenträger muss dabei die Nummer der verabreichten Charge näher darlegen (BGH, a.a.O.).

Der Beweis des ersten Anscheins spricht auch dann für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und dessen Kausalität für den Eintritt des Primärschadens, wenn in der Praxis des Arztes ein **Verstoß gegen die Regeln der Desinfektion festgestellt** werden kann (OLG Koblenz, Urt. v. 22.06.2006 – 5 U 1711/05, OLGR 2006, 913, 914; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 170) oder wenn eine **Injektion in einem bereits entzündeten Bereich gesetzt** worden ist (OLG Hamm, VersR 1988, 807; OLG Düsseldorf, VersR 1991, 1136).

Ein **Anscheinsbeweis greift jedoch nicht ein**, wenn ein aus vorhandener Steiß-Fuß-Lage entwickeltes Kind bei der Geburt eine Halsmarkläsion mit der Folge einer hohen Querschnittslähmung erleidet und festgestellt wird, dass der vom geburtsleitenden Arzt ausgeübte Zug objektiv zu stark war. Hier liegt kein derartig typischer Geschehensablauf vor, der nur mit mangelnder Sorgfalt des Arztes zu erklären wäre (OLG Nürnberg, Urt. v. 15.02.2008 – 5 U 103/06, VersR 2009, 71, 74). Kommt es im Rahmen einer Nachkürretage der Gebärmutter zur Entfernung von Plazentaresten bzw. eines Plazentapolyps zur **Perforation der Uteruswand**, spricht kein Anscheinsbeweis für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers (OLG Köln, Urt. v. 14.02.2007 – 5 U 122/06, OLGR 2007, 622).

Auch wenn bei einer zeitlichen Latenz von 24 Stunden zwischen einer Mobilisationsbehandlung, im entschiedenen Fall einer **physiotherapeutischen Manualtherapie** zur Lösung einer HWS-Blockade durch einen Orthopäden, und dem Eintritt eines Hirn-Stamminfarkts andere Ursachen, etwa normale Alltagsbewegungen des Patienten, für eine mögliche **Vertebraldissektion** (Einriss bzw. Spaltung der linksseitigen Arteria vertebralis), die als Folge der physiotherapeutischen Maßnahmen für den Eintritt des Hirn-Stamm-Infarkts in Frage kommt, nicht ausgeschlossen werden können, scheidet eine Beweiserleichterung aus dem Gesichtspunkt des Anscheinsbeweises aus (OLG Jena, Urt. v. 18.05.2005 – 4 U 641/04, GesR 2005, 556, 557).

Ein Anscheinsbeweis für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers scheidet auch aus, wenn für die im Rahmen einer Operation aufgetretene **Nervenläsion mehrere Ursachen in Betracht kommen können**, etwa eine Druckschädigung des Nervs durch ein Hämatom, eine

Schädigung des Rückenmarks durch einen Bandscheibenvorfall, eine Nachblutung o.a. (OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr. 21), wenn bei oder nach einer Hüftoperation eine **Zugschädigung des Nervus peroneus** (OLG Hamm, Urt. v. 24.11.2004 – 3 U 63/04, AHRS III 6410/320) oder nach einer Strumaresektion (Schilddrüsenoperation) eine **dauerhafte Recurrensparese** auftritt (OLG Oldenburg, Urt. v. 03.03.2004 – 5 U 46/03, AHRS III 6410/315; OLG Köln, NJW-RR 1999, 675; **a.A.** aber OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.10.2005 – 5 U 10/05, BeckRS 2005, 13450: Anscheinsbeweis möglich, wenn der Nervus Accessorius nicht freigelegt wurde) oder wenn nach einer intravenösen Injektion durch eine geschulte MTA der Radiologie zur Vorbereitung von Diagnosemaßnahmen Nervenirritationen auftreten (OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2008 – 4 U 1857/07, OLGR 2008, 818, 820).

6. Anfängereingriffe

Die Übertragung einer selbständig durchzuführenden Operation auf einen hierfür noch nicht ausreichend qualifizierten Assistenzarzt stellt einen Behandlungsfehler dar, der im Falle der Schädigung des Patienten Schadensersatzansprüche gegen den Krankenhausträger, die für die Zuteilung der Operation verantwortlichen Ärzte und unter Umständen auch gegen den operierenden Arzt wegen eines Übernahmeverschuldens auslösen kann (BGH, MDR 1993, 955; MDR 1984, 218; KG, Urt. v. 14.04.2008 – 20 U 183/06, VersR 2008, 1267; OLG München, Urt. v. 30.12.2004 – 1 U 2357/04, OLGR 2005, 880; Steffen/Pauge, Rz 253, 254 a; Martis/Winkhart, Seite 17).

Erleidet der Patient bei einer Anfängeroperation bzw. bei einer Anfängernarkose einen Gesundheitsschaden, besteht ein **Indiz dafür, dass die unzureichende Qualifikation des Arztes hierfür ursächlich geworden ist**. Die Behandlungsseite hat dann darzulegen und zu beweisen, dass die eingetretene Komplikation nicht auf der geringen Erfahrung und Übung des noch nicht ausreichend qualifizierten Operateurs beruht (BGH, MDR 1992, 749; OLG München, a.a.O.; OLG Oldenburg, Urt. v. 10.04.2001 – 5 U 88/00, OLGR 2002, 150; Katzenmeier, MedR 2004, 34, 38 f; Steffen/Pauge, Rz 260: Behandlungsseite hat die Vermutung zu entkräften, dass sich die fehlende Qualifikation nicht in der Schädigung des Patienten ausgewirkt hat). Dies gilt etwa dann, wenn es ein Arzt im Praktikum – gleiches würde etwa auch für einen Assistenzarzt im ersten Ausbildungsjahr gelten – bei der Behandlung einer postoperativen Infektion unterlässt, einen Abstrich zu Bestimmung des Erregers zu entnehmen und eine Antibiose einzuleiten und es zu einer „Superinfektion“ des Patienten kommt (OLG München, a.a.O.: auch grober Behandlungsfehler).

Überlässt ein Chef- oder Oberarzt einem erst drei Monate zuvor eingestellten Assistenzarzt die **Leitung einer schwierigen Geburt eines Kindes aus Beckenendlage bzw. Steiß-Fuß-Lage** und kommt es dabei zu einer Halsmarkläsion mit der Folge einer hohen Querschnittslähmung, haften der Krankenhausträger und der für die Einteilung verantwortliche Chef- bzw. Oberarzt für den festgestellten Behandlungsfehler des Assistenzarztes, der einen objektiv zu starken Zug bei der Entwicklung des Kindes ausgeübt hat (OLG Nürnberg, Urt. v. 15.02.2008 – 5 U 103/06, VersR 2009, 71/73: im entschiedenen Fall war die Patientin auch nicht auf die ernsthafte Behandlungsalternative einer sectio bei bestehender, erkannter Beckenendlage hingewiesen worden). Hat eine sechs Monate vor der Facharztprüfung stehende Assistenzärztin jedoch bereits 300 Geburten durchgeführt, so ist sie für die selbständige Durchführung einer Geburt bei einem zu erwartenden Geburtsgewicht unter 4000 g ohne besondere Risikofaktoren ausreichend qualifiziert (OLG Stuttgart, OLGR 2001, 394, 395; auch OLG Oldenburg, Urt. v. 18.09.2001 – 5 U 81/97, VersR 2002, 1028: Geburtseinleitung im letzten Facharzt-Ausbildungsjahr).

7. Dokumentationsversäumnisse

Die ärztliche Dokumentationspflicht erstreckt sich auf Umstände, die für die Diagnose und Therapie nach medizinischem Standard wesentlich sind und deren Aufzeichnung und Aufbewahrung für die weitere Behandlung des Patienten **medizinisch erforderlich** sind.

Umstände und Tatsachen, deren Aufzeichnung und Aufbewahrung für die weitere Behandlung des Patienten **medizinisch nicht erforderlich** sind, sind auch **aus Rechtsgründen nicht geboten**, so dass aus dem Unterbleiben derartiger Aufzeichnungen keine beweisrechtlichen Folgen gezogen werden dürfen (BGH, NJW 1999, 3408, 3409; OLG Brandenburg, Urt. v. 05.04.2005 – 1 U 34/04, OLGR 2005, 489, 491; OLG Hamm, Urt. v. 19.11.2007 – 3 U 83/07, juris, Nr. 30, 33, 34; OLG München, Urt. v. 12.04.2007 – 1 U 2267/04, juris, Nr. 158; OLG München, Urt. v. 18.09.2008 – 1 U 4837/07, juris, Nr. 32; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.01.2008 – 5 U 92/06, OLGR 2008, 491, 492 = NJW-RR 2009, 32, 33; Geiß/Greiner, Rz B 203; Martis/Winkhart, Seite 427, 436).

So müssen über den Verlauf einer Operation nur die wesentlichen, für eine spätere ärztliche Beurteilung voraussichtlich **unerlässlichen Fakten** wiedergegeben werden. Zu berichten ist regelmäßig über den Operationssitus, die angewandte Technik mit stichwortartiger Beschreibung der jeweiligen tatsächlichen Eingriffe und andere unerlässliche Maßnahmen. **Nicht erforderlich** ist dagegen die Wiedergabe von Routinemaßnahmen und medizinischen Selbstverständlichkeiten, wie z.B. einer spannungsfreien Verknotung der Anastomosennähte bei einer Bauchoperation bzw. Prostataektomie, die Frage, an welcher Stelle die Knoten der Anastomosennaht platziert worden sind und ob eine Dichtigkeitsprüfung der Verbindung Harnröhre-Blase erfolgt ist (OLG Oldenburg, Urt. v. 30.01.2008 – 5 U 92/06, OLGR 2008, 491, 492 = NJW-RR 2009, 32, 33), ebenso wenig die Durchführung der Blutstillung, Abdeckung des Operationsbereichs und die Vornahme von Desinfektionsmaßnahmen (OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr. 22, 24) oder die Tubusgröße bei der Intubation eines Kindes (OLG München, Urt. v. 18.09.2008 – 1 U 4837/07, juris, Nr. 32).

Die Dokumentation ist ausreichend, wenn sich **einem Mediziner der jeweiligen Fachrichtung hinreichend erschließt, wie der Operateur vorgegangen ist** und welche Besonderheiten dabei aufgetreten sind. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der operierende Arzt sich an den Hinweis beschränkt, der Zugang sei „in typischer Weise“ erfolgt und übliche Zwischenschritte nicht dokumentiert (OLG Koblenz, Urt. v. 27.07.2006 – 5 U 212/05, OLGR 2007, 163, 164 = MedR 2007, 305, 307).

Verläuft ein Nerv neben dem Operationsgebiet und strahlt er allenfalls mit sensiblen Fasern in das Operationsgebiet ein, so ist dieser Umstand im OP-Bericht nicht zu dokumentieren; denn für die Nachbehandlung ist dies aus medizinischen Gründen nicht von Belang (OLG Naumburg, Urt. v. 18.07.2006 – 1 U 29/05, OLGR 2007, 2, 5). Wird allerdings die Freilegung des Nervus Accessorius zur Bestimmung einer Lokalisation im OP-Bericht nicht dokumentiert, so ist zu Gunsten des Patienten davon auszugehen, dass der Arzt diese Maßnahme nicht getroffen hat. Die fehlende Darstellung des Nervus Accessorius zur Vermeidung seiner (dann eingetretenen) Verletzung stellt auch einen Behandlungsfehler dar (OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.10.2005 – 5 U 10/05, BeckRS 2005, 13450, Seite 8).

Dagegen stellt es keinen Dokumentationsmangel dar, wenn nicht alle Einzelbefunde einer Duplex-Ultraschalluntersuchung durch dauerhafte Bilder aktenkundig gemacht werden. Es genügt, wenn sich aus der Dokumentation die **Vorgehensweise bei der Befunderhebung und die vom Arzt gewonnenen Erkenntnisse** ergeben (OLG Naumburg, Urt. v. 13.03.2008

– 1 U 83/07, OLGR 2008, 573 = VersR 2008, 1073, 1074). Entdeckt der Arzt im Rahmen einer ambulanten Nachsorge zu einer stationären gefäßchirurgischen Behandlung eine subkutane Blutung, die nach seiner Einschätzung weder eine Verdrängung in innerer Organe noch von Muskulatur besorgen lässt, so genügt die **Dokumentation seines wertenden Untersuchungsergebnisses** (OLG Naumburg, Urt. v. 2.12.2008 – 1 U 27/08, juris).

Auch der Hinweis eines Unfallchirurgen oder Orthopäden, der Patient solle sich **bei Fortdauer der Beschwerden wieder vorstellen**, muss aus medizinischen Gründen nicht dokumentiert werden; denn ein entsprechender Vermerk hätte medizinisch keine Bedeutung (OLG München, Urt. v. 12.04.2007 – 1 U 2267/04, juris, Nr. 158).

Dagegen ist die Erteilung des Hinweises an den Patienten, dass seine **unverzögliche Vorstellung bei einem anderen Facharzt (hier: Neurologe) bzw. die sofortige Einweisung in eine Fachklinik erforderlich** ist, dokumentationspflichtig (OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.10.2006 – 7 U 183/05, OLGR 2007, 258, 259), ebenso die **Weigerung des Patienten**, eine Untersuchung vornehmen zu lassen sowie der dem Patienten erteilte **Hinweis auf die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Untersuchung** (BGH, MDR 1997, 940; OLG Bamberg, Urt. v. 04.07.2005 – 4 U 126/03, MDR 2006, 206 = OLGR 2005, 616, 617: Verweigerung einer Herzkatheteruntersuchung; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.07.2005- I - 8 U 33/05, VersR 2006, 841, 842). Wichtige Hinweise für den nachbehandelnden Arzt sind in einem zeitnah zu erstellenden Entlassungsbrief festzuhalten, etwa die Erforderlichkeit der Schonung des operierten Beines unter Benutzung von Unterarmgehstützen (OLG Schleswig, Urt. v. 19.05.2006 – 4 U 33/05, OLGR 2006, 546).

Während die **Durchführung einer funktionellen Befunderhebung** (hinreichende Diagnostik hinsichtlich geschilderter Zahn- bzw. Kiefergelenksprobleme) vor einer umfangreichen restaurativen Therapie (OLG Köln, Urt. v. 23.08.2006 – 5 U 22/04, MedR 2008, 46, 47), der **Ausgangsbefund bei einer zahnärztlichen Behandlung**, insbesondere vor der Durchführung prothetischer Maßnahmen, zu dokumentieren ist (OLG Koblenz, Urt. v. 29.06.2006 – 5 U 1591/05, GesR 2007, 18) und der Zahnarzt auch gehalten ist, den Röntgenbefund zusätzlich in der Kartei zu vermerken, um einen etwaigen Verlust von Röntgenbildern aufzufangen (OLG München, Urt. v. 22.02.2001 – 1 U 4321/00, AHRS III, 2695/306), bedarf es keiner Befundsicherung durch Anfertigung eines Röntgenbildes und keiner Dokumentation des Ausgangsbefundes, wenn der Zahnarzt oder Chirurg ein luxiertes Kiefergelenk erfolgreich reponiert bzw. einrenkt (OLG Naumburg, Urt. v. 01.11.2007 – 1 U 13/07, OLGR 2008, 284 = GesR 2008, 128).

Es stellt auch keinen Dokumentationsfehler dar, wenn ein Psychotherapeut über einen Patienten, der sich wegen einer psychischen Drucksituation am Arbeitsplatz in seine Behandlung begeben hat und dabei nach Exploration eine Suizidalität verneint hat, **keinen sogenannten „Suizidbogen“ erstellt** (OLG Braunschweig, Beschl. v. 11.02.2008 – 1 U 2/08, GesR 2008, 536, 537).

Eine unterbliebene, unvollständige oder auch nur lückenhafte Dokumentation bildet aber **keine eigenständige Anspruchsgrundlage** und führt grundsätzlich **nicht unmittelbar zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen einem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Primärschaden** (BGH, VersR 1999, 1282, 1283; OLG Koblenz, Urt. v. 15.01.2004 – 5 U 1145/03, VersR 2004, 1323 = GesR 2005, 156; OLG München, Urt. v. 18.09.2008 – 1 U 4837/07, juris, Nr. 32; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.01.2008 – 5 U 92/06, NJW-RR 2009, 32, 34 = OLGR 2008, 491, 492; OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.11.2006 – 1 U 582/05-203, OLGR 2007, 91, 92; Hausch, VersR 2006, 617,

614/618). Dokumentationsmängel erleichtern vielmehr zunächst lediglich den Nachweis eines Behandlungsfehlers, in dem die **Vermutung begründet wird, dass eine aus medizinischen Gründen erforderliche, jedoch nicht dokumentierte Maßnahme vom Behandler auch nicht getroffen worden ist** (OLG Oldenburg, a.a.O.; OLG München, a.a.O.; OLG Saarbrücken, a.a.O.)

Zu einer **Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs** zwischen einem festgestellten oder in Ermangelung einer Dokumentation anzunehmenden Behandlungsfehler und dem Schaden des Patienten kann es nur dann kommen, wenn die Dokumentationslücke entweder einen „groben Behandlungsfehler“ oder die Voraussetzungen einer „unterlassenen Befunderhebung“ indiziert (OLG Oldenburg, Urt. v. 30.01.2008 – 5 U 92/06, NJW-RR 2009, 32, 34; OLG Koblenz, Urt. v. 30.11.2006 – 5 U 784/06, OLGR 2007, 277, 279 = MedR 2007, 365; OLG Brandenburg, Urt. v. 05.04.2005 – 1 U 34/04, OLGR 2005, 489, 492; Hausch, VersR 2006, 612, 614). Danach reicht es zur Annahme einer Beweislastumkehr in Bezug auf den Ursachenzusammenhang nicht aus, wenn sich anhand von Lücken im Operationsbericht nicht beurteilen lässt, welche konkrete Ursache für den Zustand des Patienten verantwortlich ist, die Voraussetzungen eines „groben Behandlungsfehlers“ oder einer „unterlassenen Befunderhebung“ aufgrund der Dokumentationslücke aber nicht indiziert werden (OLG Oldenburg, a.a.O.; Hausch, VersR 2006, 612, 614; Müller, VPräsBGH, DRiZ 2000, 259, 268).

8. Verstoß gegen Leitlinien

Jedenfalls der Verstoß gegen eine S 1- oder S 2-Leitlinie indiziert nicht das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, jedenfalls nicht eines groben Behandlungsfehlers und führt damit nicht zu einer Beweislastumkehr (OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.07.2008 – 4 U 115/07, GesR 2008, 594, 596: Verstoß nicht per se fehlerhaft; OLG Hamm, Urt. v. 09.05.2001 – 3 U 250/99, OLGR 2002, 176, 177; OLG Naumburg, Urt. v. 01.11.2007 – 1 U 13/07, OLGR 2008, 284, 286 zur S 1-Leitlinie; OLG Naumburg, Urt. v. 11.07.2006 – 1 U 1/06, BeckRS 2007, 03103, Seite 11 zur S 2-Leitlinie; auch OLG Bamberg, Beschl. v. 28.07.2008 – 4 U 115/07, GesR 2008, 594, 596 = OLGR 2008, 784; Jorzig/Feifel, GesR 2004, 310, 313/315; a.A. Ziegler, VersR 2003, 545, 546 und GesR 2006, 109; differenzierend Bergmann, GesR 2006, 337, 342: S 3-Leitlinien können den Haftungsmaßstab bestimmen).